

LIBRO BIANCO SU DIRITTI D'AUTORE E DIRITTI FONDAMENTALI NELLA RETE INTERNET

Versione 1.0 giugno 2011

A cura di Fulvio Sarzana di S. Ippolito

Contributi di: Marco Scialdone, Paolo Brini, Luca Nicotra, Marco Pierani, Mauro Vergari, Stefano Quintarelli, Luca Annunziata, Gaia Bottà, Mauro Alovisio, Dino Bortolotto, Giovan Battista Frontera, Giulia Aranguena de la Paz, Centro Studi Informatica Giuridica Torino, Fabrizio Ventriglia.

Disclaimer: le opinioni contenute in ciascun contributo sono espresse dal rispettivo autore a titolo personale, salvo dove diversamente indicato.

Questo volume è distribuito con [licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Condividi allo stesso modo 2.5 Italia](#).

INDICE

PREMESSA	Pag. 5
----------	--------

di Fulvio Sarzana di S. Ippolito.....

CAPITOLO I.	Pag. 37
-------------	---------

L'impatto delle violazioni online del copyright prive di scopo di lucro sull'economia e sulla creatività.

di Marco Scialdone e Paolo Brini.....

CAPITOLO II.	Pag. 58
--------------	---------

Gli utenti e il diritto d'autore nel nuovo contesto tecnologico digitale.

I necessari limiti all'enforcement e le misure di promozione dell'offerta legale alla luce della proposta AGCOM.

di Marco Pierani e Mauro Vergari.....

CAPITOLO III.	Pag. 75
---------------	---------

I filtri per l'accesso ai contenuti nella rete e i pericoli per gli utenti: un overview tecnologico.

di Stefano Quintarelli, Luca Annunziata e Gaia Bottà.....

CAPITOLO IV.	Pag. 102
--------------	----------

Il punto di vista dei provider sui sistemi di filtraggio dei contenuti a protezione del diritto d'autore.

di Dino Bortolotto e Giovan Battista Frontera.....

CAPITOLO V.	Pag. 114
-------------	----------

Agcom, il rischio di *regulatory capture* e il ruolo del Parlamento italiano nella regolamentazione del diritto d'autore.

di Luca Nicotra e Fabrizio Ventriglia.....

CAPITOLO VI.

Pag. 153

La copia privata nel contesto digitale e l'offerta di contenuti audiovisivi legali sulla rete, problemi e prospettive.

di Giulia Aranguena de La Paz.....

CAPITOLO VII.

Pag. 183

Criticità della delibera Agcom sotto il profilo dell'educazione alla legalità e al diritto d'autore.

*di Mauro Alovisio, Corrado Druetta, Stefano Leucci, Massimo Ciavarella
Elena Cantello, Luca Achiluzzi, Guido Cellerino ed Erwin
Pouli.....*

Note sugli Autori.....Pag 198

Quando un'idea viene diffusa, nessuno ne possiede meno poiché ogni altro possiede il suo intero. Chi riceve un'idea da me, riceve lui stesso istruzioni senza diminuire le mie: come chi accende la sua candela dalla mia, riceve luce senza lasciare me al buio.

Thomas Jefferson, 1813

Citato da

Anna Masera su, LA STAMPA, 23/11/2004.

I do not like... the omission of a bill of rights providing clearly and without the aid of sophisms for freedom of religion, freedom of the press, protection against standing armies, restriction against monopolies, the eternal and unremitting force of the habeas corpus laws, and trials by jury in all matters of fact triable by the laws of the land..."

Thomas Jefferson , Letter to Madison from France, Dec.
20, 1787, concerning the recently-drafted Constitution.

PREMESSA.

di Fulvio Sarzana di S. Ippolito

«The Congress shall have Power [...] To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries » (« Il Congresso avrà il potere [...] di promuovere il progresso della scienza e delle arti utili, garantendo per periodi limitati agli autori ed inventori il diritto di esclusiva sulle loro opere (*sui loro scritti*) e sulle loro scoperte »).¹

Si esprime proprio così la Costituzione degli Stati Uniti.

¹ articolo 1, sezione 8, clausola 8.
http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html. La

Costituzione Statunitense viene citata da Cassinelli, R. Modifichiamo il diritto d'autore. Secondo alcuni autori peraltro di impostazione radicale come Richard Stalmann la formulazione della Costituzione Statunitense porrebbe l'accento proprio sulla funzione di progresso sociale insito nella definizione del diritto d'autore come strumento di progresso "Per la Costituzione Americana fu proposto che gli autori dovevano avere un diritto d'autore, un monopolio sulla copia dei loro libri. Questa proposta fu respinta. Invece, fu adottata una proposta fondamentalmente diversa e cioè che, per promuovere il progresso, il Congresso poteva stabilire eventualmente un sistema di diritti d'autore che avrebbe creato questi monopoli. Così i monopoli, secondo la Costituzione Americana, non esistono per il bene di chi li possiede; esistono per promuovere il progresso della scienza. I monopoli sono concessi agli autori come un modo per modificare il loro comportamento affinché facciano qualcosa che sia utile al pubblico".
<http://www.gnu.org/philosophy/copyright-and-globalization.it.html>

L'idea di porre nella Costituzione Statunitense una clausola di salvaguardia a protezione della libera circolazione ed il progresso si doveva proprio a Thomas Jefferson, il quale in una famosa lettera ad Isaac McPherson (il 13 agosto 1813), affrontando il discorso del regime di proprietà intellettuale da applicare alle invenzioni e alle scoperte, palesò le sue preoccupazioni.

Jefferson temeva che potesse nuocere alle future generazioni la sottoposizione delle idee ad un ordinario regime di proprietà privata (o statale), tanto da auspicare l'inserzione di una clausola *ad hoc* nella Costituzione degli Stati Uniti.²

Si deve ricordare peraltro che lo stesso Jefferson era un acceso sostenitore della proprietà privata in altri ambiti (ad esempio in quello agrario).

Per decine e decine di anni e di anni questa norma ha determinato l'equilibrio tra diritto alla conoscenza, giusta remunerazione e giusta protezione di chi pone in essere un'attività creativa nello spirito iniziale, ben espresso dal legislatore costituzionale statunitense, di un limite all'esercizio del diritto individuale a beneficio della collettività, che sarebbe tornata "proprietaria" dell'opera dell'ingegno, frattanto divenuta cultura, dopo pochi anni.

Poi sono arrivate sempre più fitte le modifiche, le interpolazioni, le aggiunte a questo principio che sembrava sacrosanto, che hanno di fatto invertito il principio del "ritorno" delle opere creative alla collettività per farne cultura, trasformando i diritti d'autore e

² <http://movingtofreedom.org/2006/10/06/thomas-jefferson-on-patents-and-freedom-of-ideas/>

soprattutto i diritti derivati, in un "fortino" da proteggere a costo di qualsiasi battaglia e di qualsiasi mezzo adottato o da adottare.³

Sino a quando è arrivato internet.

La rete delle reti ha radicalmente cambiato i rapporti di forza, i tempi e le modalità di riproduzione delle opere ed ha generato uno "tsunami" tecnologico in grado di cambiare per sempre le regole del diritto d'autore.⁴

³ Per un'evoluzione storica dei diritti di copyright da una prospettiva attenta ai diritti fondamentali si veda Robin Gross, "La "tragedia dei Commons": il rapporto tra proprietà intellettuale e diritto nell'era tecnologica e le minacce alle libertà civili e all'innovazione poste dall'espansione dell'ambito di tutela del copyright", *Ciberspazio e diritto : internet e le professioni giuridiche*, 8(1), 2007, pp. 61-82

⁴ Lawrence Lessig, in particolare in *The future of ideas*, è stato tra i primi autori a cogliere la differenza tra la Rete e il mondo tradizionale affermando espressamente «*in both artistic and commercial context in real space, there are barriers that keep innovators out. These barriers, for the most part, have been economic and real: the real cost of resources is a real constraint for most who would create ... Cyberspace has a different architecture. Its nature is therefore different as well. Digital content can be copied perfectly and practically freely... The barriers of cyberspace in its natural state are radically different from the barriers in real space*» Lessig L., *The future of ideas*, Vintage books, 2001, (pp. 120-121).

Le tecnologie digitali permettono, rispetto alle altre, un ulteriore salto di natura qualitativa e quantitativa: esse permettono la riproduzione perfetta di un numero di copie infinite dello stesso prodotto, così J. Balkin, *How Rights Change: Freedom of Speech in the Digital Era*, in «*Sidney Law Review*», 26, 2004, pp. 5-16; tr. it. *Come cambiano i diritti: la libertà di espressione nell'era digitale*, in Lessig et al., L. LESSIG et al., *I diritti nell'era digitale*, a cura di V. Colomba, Reggio Emilia, 2004, pp. 1-15.

In Italia si segnalano soprattutto gli studi di G. Ziccardi, *Internet, diritti e libertà*, Modena 2006, id *Libertà del codice e della cultura*, Milano, 2006 e Id, a cura di, *Nuove tecnologie e diritti di libertà nelle teorie nordamericane*, e in questo testo soprattutto il saggio di Robin D. Gross: *La "tragedia dei Commons": il rapporto tra proprietà intellettuale e diritto nell'era tecnologica e le minacce alle libertà civili e all'innovazione poste dall'espansione dell'ambito di*

tutela del copyright e quello di Andrea Rossato: *Le ragioni del libero accesso*, Modena, 2007, quelli di G. Pascuzzi, *I diritti sulle opere digitali: copyright statunitense e diritto d'autore italiano*, Padova, 2002, e quelli di Juan Carlos De Martin in *Le evoluzioni delle licenze Creative Commons* di Juan Carlos De Martin, in Giulio Concas, Giulio De Petra, Giovanni Battista Gallus, Giaime Ginesu, Michele Marchesi, Flavia Marzano, *Contenuti Aperti, beni comuni* 2009, Milano, che ritiene che i modelli sociologici che si sono affermati sulla rete possano far tornare alla mente l'aforisma di Camus " *Solitaire, Solidaire*", dando una chiave di lettura interessante alla rete come fenomeno "bifronte" all'interno del quale convivono istanze fortemente individualistiche (quasi anarco-libertarie) ed istanze fortemente solidaristiche. " *La Rete, infatti, è caratterizzata sia da un forte individualismo - con connotazioni, soprattutto negli Stati Uniti, addirittura libertarie - sia da una propensione alla cooperazione che ha dato origine a prodotti di una dimensione e di una complessità tali da non aver forse paragoni nella storia della collaborazione umana, come il sistema operativo GNU/Linux o l'enciclopedia Wikipedia*".

Interessanti anche le riflessioni su diritto d'autore, accesso alla cultura e biblioteche di Giuseppe Corasaniti, *Diritti d'autore e prospettiva sociale: quali opportunità per le biblioteche, in I diritti della biblioteca. Accesso alla conoscenza, proprietà intellettuale e nuovi servizi*, a cura di Cristina Borgonovo e Alessandra Scarazzato, Milano, Editrice Bibliografica, 2009, p. 33. Corasaniti individua il ruolo centrale delle biblioteche nella disciplina del diritto d'autore: le strutture bibliotecarie infatti rappresentano non un luogo di rischio per i diritti degli autori e degli editori, ma il luogo nel quale [...] la produzione letteraria e culturale viene ad essere distribuita nell'ambito di un rapporto di conoscenza pieno ed universale, aperto ad esigenze sociali e collettive, che sono in primo luogo le esigenze dello studio e della ricerca, corrispondenti a precisi obiettivi e diritti costituzionali (art. 9 e art. 33 Cost). Sotto questo profilo può ben dirsi che Internet sia la biblioteca delle biblioteche.

La raccolta di saggi " *scenari e prospettive del diritto d'autore*" a cura di Alberto Gambino e Valeria Falce, Roma 2009, è altresì molto aggiornata rispetto alle esperienze internazionali in tema.

Di recente si veda il testo curato da Ghidini-Stazi " *Accesso a informazione e conoscenza nell'era multimediale*", *Libertà di espressione, libertà di concorrenza, proprietà intellettuale*,

A questo Tsunami, come a tutti i fenomeni socio-economici che hanno attraversato le varie ere sociali, ha fatto da contraltare la nascita di due ben precisi schieramenti sociali.

Da un lato i titolari dei diritti d'autore, costituiti non solo dai veri e propri autori in qualità di titolari dei diritti che, in paesi quali l'Italia non hanno alcun potere decisionale se non formale a tutto vantaggio di chi economicamente trae vantaggio dalle opere degli Autori,⁵ e dall'altra i sostenitori di un approccio più morbido al problema della violazione dei diritti di proprietà intellettuale, a beneficio e a favore di un sistema che sia in grado di garantire (anche in un contesto pienamente proprietario) la libera circolazione delle idee, la piena libertà di espressione, insomma la possibilità di salvaguardare anche e soprattutto la cultura a beneficio della collettività.⁶

LUISS University press, Roma, 2011, con contributi di diversi studiosi, tra i quali alcuni funzionari dell'AGCOM.

⁵ Il diritto d'autore come diritto alla libera disponibilità delle prerogative dell'autore, sub specie per quelle di carattere patrimoniale ha "arretrato" sempre più il proprio campo d'azione a vantaggio degli utilizzi esclusivamente patrimoniali di chi non partecipa all'azione creativa in sé, creando una debolezza strutturale e contrattuale degli Autori a vantaggio degli intermediari economici tradizionali, che si riflette anche e soprattutto nella debolezza attuale in Italia degli organi di gestione collettiva dei diritti d'autori come la SIAE.

Per un' analisi di tale risvolto nel sistema Statunitense, Elkin-Koren, Copyright policy and the limits of freedom of contract, in *Intell. Prop. L. Rev.*, 1998, pp. 451 ss.

⁶ La dottrina statunitense, in anticipo di circa dieci anni rispetto a quella italiana a ha evidenziato le strette relazioni fra Copyright e libertà di espressione. Si veda in particolare Rubinfeld, *The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality*, in «*Yale Law Journal*», 112, 2002, pp. 1-60; J. Balkin, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory*

Naturalmente i titolari dei diritti a torto o a ragione hanno adottato sin da subito una politica di forte avversione a tutto ciò che appariva in grado di modificare lo status quo o che non fosse in grado di reprimere le possibili violazioni.⁷

Per mantenere il "parallelo" naturalistico quest'atteggiamento appare simile al fenomeno dell'arretramento delle acque che si verifica primo dello tsunami, in un estremo tentativo di protezione, da parte della terra, delle case magari costruite sulla costa senza alcun rispetto delle regole sismiche.

Lawrence Liang, il giurista indiano più accreditato nel settore del copyright e nuove forme di espressione, descrive plasticamente il fenomeno ricorrendo ad una metafora: nel film statunitense *Closer* l'Attrice Julia Roberts chiede ad un fotografo (nella fattispecie interpretato da Jude Law) che cosa si provasse a rubare con l'obiettivo la vita degli altri, ed il fotografo risponde che non c'era

of Freedom of Expression for the Information Society, in «*New York University Law Review*», 79, 2004, pp. 1-55.

⁷ John Ober, *Facilitating open access: Developing support for author control of copyright*. C&RL News", April 2006, v. 67, n. 4), paragona il Copyright all'Anello del Romanzo "Il signore degli anelli" di Tolkien: *"Il copyright è l'anello della trilogia di Tolkien, di inestimabile valore e che concede al suo possessore grande potere. Lawrence Lessig di Creative Commons, è Frodo con la speranza di riuscire a guidare i suoi sforzi in modo da condurre l'anello in un posto dove non sia distrutto ma trasformato positivamente. Prendete un gruppetto di editori avari e questi sono Gollum, di carattere conflittuale il cui spirito è divenuto nero, oscuro e severo e ritagliato solo in funzione di ottenere il prezioso anello..."* Nella Stessa tradizione letteraria statunitense si colgono cenni di insofferenza alla rigida disciplina del copyright, Mark Twain nei Notebook 1902-1903 afferma *"Only one thing is impossible for God: to find any sense in any copyright law on the planet"*

alcun furto dal momento che lui si limitava a prendere in prestito l'essenza stessa dell'immagine.⁸

Liang prende a prestito (appunto ndr) la metafora della fotografia per dimostrare che tanto più le tecnologie aumentano le possibilità di condivisione quanto più le norme sulla proprietà intellettuale che vengono proposte (e le categorie che spingono per tali modifiche) tendono invece a colpire in definitiva le stesse immagini senza curarsi in alcun modo delle circostanze e del mutato progresso tecnologico e del modo (e dei motivi) per i quali i soggetti si scambiano "l'essenza stessa" della libera manifestazione del pensiero.⁹

Analogamente tutte le modifiche normative (o amministrative proposte) in tema di copyright sono state (e sono) accettate da determinate categorie, solo ed esclusivamente se idonee a causare la repressione di soggetti terzi e mai, a mettere in discussione i fondamenti dei propri privilegi.

⁸ Free as in Soul: The Anti-image Politics of Copyright, Lawrence Liang
<http://altlawforum.com/>

⁹ Liang che propugna tesi senz'altro influenzate anche dalla profonda spiritualità orientale, ricorda come il **dibattito sulla proprietà intellettuale** tenda ad essere dominato da **questioni legali ed economiche**, mentre invece il **modo in cui ciascuno ricorda i contenuti culturali** (immagini, suoni, video, film, testi, musiche) dovrebbe diventare un parametro "filosofico" di valutazione, al di là degli aspetti economici e legali. Peraltro la posizione di Liang è molto concreta invece per quanto attiene la possibilità che il Copyright Act indiano venga invece improntato ai principi di "safe Harbour" tipici invece del DMCA statunitense, su cui si dirà più oltre http://it.wikipedia.org/wiki/Lawrence_Liang. Per una overview sulle tesi di Liang. Lawrence Liang, Sex, Laws and Videotape: The Public is Watching (PSBT, 2007).

Il fenomeno comune peraltro a molte categorie sociali che avvertono il pericolo di una “deriva” (in questo caso tecnologica) in grado di privare le stesse categorie dei benefits sino ad allora goduti¹⁰ può anche essere equiparato a quello che gli Anglosassoni chiamano con l'acronimo **NIMBY** (acronimo inglese per *Not In My Back Yard*, lett. "Non nel mio cortile").

In estrema sintesi l'acronimo significa che tutte le normative in via di introduzione sono accettate da determinate categorie solo se non “toccano” il proprio cortile di casa, il che significa nel contesto che ci riguarda, e mantenendo una metafora con la vita di tutti i giorni che, sarebbe ammissibile (e anzi auspicabile) una norma che permettesse al proprietario della villetta di proteggere il cortile di casa (il back yard) anche con le armi se necessario e senza particolari limiti in ordine ai potenziali bersagli, ma sarebbe da rigettare in toto una norma che decidesse di destinare a verde pubblico attrezzato la stessa porzione di cortile incolta da anni (e quindi inutilizzata o dove giocano i giovanissimi del quartiere) o che potrebbe essere destinata ad un migliore uso (dietro il versamento ad esempio di un canone concessorio) a beneficio quindi della collettività.

Il fenomeno della “chiusura” degli spazi “comuni” è analizzato peraltro proprio in relazione al diritto d'autore da Larry Lessig, il

¹⁰ Il ministro della giustizia tedesco Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, interrogata nel 2010 sulla possibilità che il Governo tedesco introducesse norme a tutela dei diritti d'autore nel contesto digitale aveva ritenuto che non si potessero “applicare i meccanismi dell'analogico al mondo digitale” sottolineando inoltre che non si può “creare un ospedale per i business model” inadeguati alla modernità.

giurista che si è occupato del diritto della rete più famoso negli Stati Uniti (molto noto peraltro anche in Italia).¹¹

Lessig ricorre ad un fatto storico realmente accaduto per far comprendere ai lettori l'inutilità delle misure di chiusura delle strade (digitali, per quanto riguarda il campo che ci riguarda) per prevenire accessi indesiderati, o peggio, fenomeni criminali.

Negli anni trenta, quando fu affidato all'architetto Robert Moses il compito di unire Long Island a New York, quest'ultimo progettò la costruzione di un ponte molto stretto per impedire agli autobus di raggiungere le spiagge e i parchi dell'isola.

Coloro che utilizzavano i mezzi pubblici erano infatti i ceti poveri, in prevalenza gli afro-americani e gli immigrati europei Irlandesi ed Italiani, non "graditi" alla popolazione anglofona cd WASP (acronimo del termine White Anglo-saxon protestant).¹²

¹¹ Peraltro sembrerebbe che il fenomeno della chiusura delle "praterie" della rete a beneficio dei pochi e a discapito dei molti possa essere equiparato anche al fenomeno delle enclosures. Con il termine enclosures ci si riferisce alla recinzione dei terreni comuni (terre demaniali) a favore dei proprietari terrieri avvenuta in Inghilterra tra il XVII ed il XIX secolo. Gli *enclosure acts* danneggiarono principalmente i contadini, che non potevano più usufruire dei benefici ricavati da quei terreni, a favore dei grandi proprietari: per le recinzioni era necessario sostenere spese di tipo privato ma anche legali, che scoraggiavano i piccoli proprietari. Alla fine del XVIII secolo, tale sistema aveva portato alla concentrazione della proprietà terriera nelle mani dell'aristocrazia inglese e, inoltre, aveva creato una massa di lavoratori disoccupati.

¹² L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, , pp. 91-92 (version 2.0, p. 128).

Per la verità Lessig analizza anche casi riusciti di "segregazione" architettonica come la ricostruzione di Parigi nel 1853, ordinata da Napoleone III, che venne decisa nella

Long Island, nell'idea progettuale dell'architetto Moses, doveva essere un luogo raggiungibile solo dalle automobili del ceto medio-alto.

In realtà si è visto che, nonostante il ponte stretto, il numero di furti negli appartamenti di Long Island non era inferiore a quello del resto dello Stato, anzi, trattandosi di una zona ad alta concentrazione di famiglie benestanti, era stato superiore rispetto ad altre zone più popolari: questo perché essendosi concentrati e rinchiusi a protezione delle loro proprietà gli abitanti della zona erano diventati un bersaglio molto più facile per i ladri che utilizzavano non gli autobus che non passavano attraverso il ponte, ma le macchine.

In effetti, si sarebbe potuto comprendere l'inutilità del progetto solo osservando che i ladri quando vogliono andare a compiere un furto non hanno bisogno di prendere l'autobus: si rubano direttamente la macchina con cui oltrepassano il ponte e vanno a compiere i furti.

Ma tant'è.

Questa forte polarizzazione di posizioni (e questa diversa visione del concetto di progresso e legislazione in divenire) ha determinato nei Paesi che hanno adottato norme sul copyright per adeguarle al

consapevolezza che ampi *boulevards* avrebbero reso più difficile l'organizzazione delle rivolte; in un altro senso, la collocazione delle Corti Costituzionali a notevole distanza dai luoghi dei poteri legislativo ed esecutivo (come è avvenuto, ad esempio, in Germania e nella Repubblica Ceca) ha la funzione di ridurre od eliminare i contatti al fine di evitare che il supremo organo giurisdizionale venga influenzato nelle sue decisioni, L. LESSIG, *Il diritto del cavallo. La lezione del cyberdiritto* (1999), in L. LESSIG *et al.*, *I diritti nell'era digitale*, a cura di V. Colomba, Reggio Emilia, 2004, pp. 17 e ss in versione originale Lessig, *The Law of the horse: what cyberspace might teach*, in *Harvard Law Review*, 1999, p 501 e ss.

contesto delle nuove tecnologie, una legislazione spesso “sbilanciata” verso il ruolo di repressione richiesto dai “terrorizzati” titolari dei diritti, o meglio da coloro che ne sfruttano in veste derivata i benefici economici.

Tali norme peraltro, per la natura stessa delle tecnologie di per sé mutevoli, non sono state quasi mai in grado di cogliere i significativi mutamenti della società e la necessità di adottare una politica di equilibrio tra le istanze dei titolari e i diritti dei cittadini digitali.

Si pensi alle Legislazioni Hadopi in Francia e al Digital Economy Act statunitense, fortemente stigmatizzate dalla Commissione sui Diritti Umani dell’ONU nel maggio 2011.¹³

L’Italia in questi ultimi dieci anni dopo alterne vicende, aveva adottato la politica di repressione basata sull’introduzione di fattispecie di natura penale (con il cd decreto Urbani nel 2004), modificando altresì, sempre con legislazione primaria, le norme processuali sul diritto d’autore con l’introduzione di strumenti processuali cautelari (e per ciò stesso rapidi) nel processo civile di fronte alle sezioni specializzate per la proprietà intellettuale del tribunale.

Improvvisamente si è assistito ad un cambio di rotta con l’affidamento del compito di regolamentare il tema all’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

Tutto ciò peraltro dopo che la stessa AGCOM aveva predisposto un’indagine conoscitiva sul mercato dei contenuti che era giunta a

13

http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf

tutt'altre conclusioni rispetto a quelle poi proposte con la Delibera 668/2010.

Sembra peraltro che si sia scelta la strada forse più discutibile per arrivare ad una repressione del fenomeno della violazione della proprietà intellettuale in rete, quella cioè di una regolamentazione amministrativa che, come tale, sfugge da un lato al controllo preventivo del Parlamento e dall'altra sottrae gli illeciti al controllo del giudice naturale costituzionalmente previsto.

L'AGCOM ha deciso sulla base di una norma (il cd decreto Romani del 2010) che si applica al settore televisivo (ancorchè anche su piattaforme telematiche) ¹⁴ e non ai siti privati, di "autoattribuirsi" il potere di regolamentare direttamente aspetti del diritto d'autore e dei diritti fondamentali dei cittadini (quali il diritto di accesso ad

¹⁴ In proposito risulta molto utile analizzare le acute Osservazioni del Centro NEXA for Internet & Società sulle proposte di intervento di cui all'allegato b) alla delibera n°668/10/cons del 17 dicembre 2010 "lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica" a cura di Juan Carlos De Martin, Marco Ricolfi, Carlo Blengino, Alessandro Cogo, secondo cui, tra l'altro "L'art. 32 bis T.U. Radiotv dispone che *«i fornitori di servizi media audiovisivi operano nel rispetto dei diritti d'autore e dei diritti connessi, ed in particolare [...] si astengono dal trasmettere o ri-trasmettere, o mettere comunque a disposizione degli utenti, su qualsiasi piattaforma e qualunque sia la tipologia di servizio offerto, programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi, o parti di tali programmi, senza il consenso di titolari dei diritti [...]»*.

La stessa norma autorizza l'autorità ad emanare *«le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e dei divieti di cui al presente articolo»*.

Ciò significa però che l'Autorità dispone del potere ora delineato (a prescindere dal suo contenuto regolamentare o anche provvedimentale) soltanto nei confronti dei *«fornitori di servizi media audiovisivi*.

internet) senza attendere che tale modifica fosse effettuata, come d'obbligo nel nostro Ordinamento, da un intervento del Parlamento, e senza riflettere sulla circostanza che esistono oramai da dieci anni sezioni specializzate dei tribunali che fanno il loro lavoro, anche in via cautelare e magistrature penali perfettamente in grado di applicare le leggi esistenti.

Ciò naturalmente pone anche dei gravi dubbi sull'esercizio della delega legale contenuta nel nuovo art. 32 bis del decreto Romani, per una formulazione regolamentare dei divieti posti in tema di *copyright* digitale che tenga conto della possibilità di applicarli ai **soli** fornitori di servizi di media audiovisivi che risultino in concorrenza effettiva con la televisione, così come previsto dall'effettiva sfera d'azione del nuovo T.U. dei servizi di media audiovisivi e radiofonici ex D.Lgs. n. 177/2005.¹⁵

Questa "nuova" iniziativa paranormativa (nel senso di una mancanza di normativa primaria alla base che non sia il cd decreto Romani che però si occupa di altro) costituisce peraltro l'approdo (non si sa quanto definitivo) di un processo che si è innescato appena ci si è resi conto delle potenzialità della rete internet e che ha visto approntare norme sempre più stringenti e sempre meno attente ad ascoltare anche le voci critiche.

Norme che peraltro, come si diceva, sono sempre più spesso eluse dalle tecnologie e dai giovani frequentatori della rete che vivono questa contrapposizione con fastidio e, a volte, con spirito emulativo

¹⁵ Così G. Aranguena de la Paz , *Diritto d'autore, contenuti digitali, libertà della rete. Parte la consultazione Agcom sul diritto d'autore online*, http://www.key4biz.it/News/2011/01/12/Policy/Giulia_Aranguena_de_la_Paz_diritto_d_autore_pirateria_agcom_Digital_Millennium_Copyright_Act.html

e che non attendono certo il legislatore per trovare le vie d'uscita (lecite e a volte purtroppo illecite).

Insomma, nel corso degli anni sono mutati gli attori del sistema, ieri la SIAE e il diritto penale, oggi un'autorità amministrativa indipendente e un "supposto" diritto amministrativo di sostegno ma non è cambiato ciò che si intende raggiungere, ovvero perseguire meglio e di più, senza andare "tanto per il sottile" qualsiasi violazione del diritto d'autore, anche se tale violazione sia indistinguibile dall'esercizio del diritto di libera espressione, in qualsiasi forma venga perpetrata da chiunque e in qualunque modo esso accada.

Anche se tale violazione avviene in via del tutto amatoriale attraverso le cd piattaforme UGC (*User Generated Content*, come Youtube ad esempio) inserendo pochi secondi di una hit nelle foto delle vacanze da mostrare magari ai propri amici nei social network oppure mettendo una fotografia all'interno del proprio blog.

Poiché infatti in Italia non esiste il cd "fair use"¹⁶, e non è stata recepita in Italia l'art 5.3 della direttiva 29/01 riguardante

¹⁶ Negli USA, il titolo 17, § 107 del "Copyright Act", stabilisce la **citazione lecita non autorizzata** o **l'incorporazione di materiale protetto da copyright nel lavoro di un altro autore sotto certe specifiche condizioni**, si tratta appunto del cosiddetto **fair-use**. Per ammettere o meno il suo uso, la giurisprudenza statunitense ha elaborato quattro elementi, la cui esistenza deve essere valutata simultaneamente:

1. L'oggetto e la natura dell'uso, in particolare se ha natura commerciale oppure didattico e senza scopo lucrativo.
2. La natura dell'opera protetta.

l'inclusione occasionale o accidentale di opere altrui, se non nei limiti del diritto di cronaca e nei limiti del fine informativo,¹⁷ qualsiasi filmato amatoriale trasmesso in qualsivoglia forma anche su youtube è di per sé, ai sensi della legge sul diritto d'autore, illecito se contiene anche occasionalmente un'opera o un materiale protetto, il che significa che se qualcuno canta "Happy birthday to you" ad una festa e lo mette su youtube o sul proprio sito, già potrebbe incorrere nella rimozione del sito.

Il che significa anche, che se qualcuno pubblica su un blog una foto o un file amatoriale contenente occasionalmente pochi secondi di un'opera protetta, così come se nel filmato appare un oggetto di design, lo stesso soggetto può essere considerato responsabile della violazione del diritto d'autore, non potrà avvalersi delle eccezioni allo stesso diritto e potrà essere inibito.

Il "fair use" negli Stati Uniti, ricollegandosi alla libera espressione del pensiero riconosciuta dal primo emendamento alla Costituzione ed al concetto di "progresso della scienza e delle arti utili" pensato da

-
3. La quantità e l'importanza della parte utilizzata in rapporto all'insieme dell'opera protette.
 4. Le conseguenze di questo uso sul mercato potenziale o sul valore dell'opera protetta.

<http://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#107>

Per un'analisi invece delle libere utilizzazioni nel sistema Comunitario: G. Mazziotti, *Monopoli elettronici e utilizzazioni libere nel diritto d'autore comunitario*, in *Il Diritto di Autore* 2004, Volume 75 (2), pp. 150 -180.

¹⁷ Art 65, comma 2, legge sul diritto d'autore.

Jefferson, consente di porre un freno alle richieste di rimozioni indiscriminate di contenuti che non sembrano avere scopo di lucro.¹⁸ Ma in Italia questo principio non esiste e le cd "libere utilizzazioni" in quanto eccezioni al diritto d'autore sono tassative.

Da questo punto di vista appare estremamente lineare quanto affermato da Enzo Mazza, Presidente della FIMI (la federazione dell'industria discografica italiana) che in un'intervista alla testata telematica italiana Key4biz ha dichiarato *"Negli anni - ha precisato Mazza A Key4biz - abbiamo avuto modo di osservare quali danni ha procurato l'ideologia della rete libera che più che altro ha significato sottrazione di contenuti alle imprese dell'intrattenimento, perché di libero c'è stato solo il furto su larga scala, spesso spacciato magari per User Generated Content (USG)"*.¹⁹

Eppure "l'ideologia della rete libera" costituisce anche una legittima preoccupazione del Grandi della terra se è vero, come è vero, che fra le pieghe della dichiarazione finale del G8 di Deauville del maggio 2011, non a caso denominato "G8 DECLARATION RENEWED

¹⁸ Rogers, Douglas L. *"Increasing Access to Knowledge Through Fair Use, Analyzing the Google Litigation to Unleash Developing Countries."* Tulane Journal of Technology & Intellectual Property, 10 (2007).

¹⁹

http://www.key4biz.it/News/2011/05/30/Policy/enzo_mazza_fimi_Nicolas_Sarkoz_y_Facebook_Google_eBay_Telecom_Italia_eg8_g8_203625.html.

Per un intelligente analisi dei fenomeni di condivisione in rete di files protetti da diritto d'autore e per la distinzione con il concetto giuridico di "furto" Jessica Litman, "Condivisione e furto", *Cyberspazio e diritto : internet e le professioni giuridiche*, 6(2), 2005, pp. 245-316

COMMITMENT FOR FREEDOM AND DEMOCRACY » , le grandi potenze si siano poste il problema di garantire il libero accesso alla rete internet e di cercare di contrastare le norme che sono in grado di creare ostacoli al libero accesso alla rete.

Basta leggere il punto 11 relativo ad Internet della dichiarazione del G8 (che non a caso precede il punto relativo alla dichiarazione sul copyright) che così si esprime “ *La libertà di opinione, di espressione, di informazione, di riunione e di associazione devono essere salvaguardati su Internet come altrove. La Censura arbitraria o indiscriminata così come le restrizioni di accesso a Internet sono incompatibili con gli obblighi internazionali degli Stati 'e sono chiaramente inaccettabili. Inoltre, essi ostacolano la crescita economica e sociale*”.

La dichiarazione che riecheggia peraltro il documento della Casa Bianca sul Cyberspazio, firmata dal Presidente Obama, che ospiterà il prossimo g8 informatico, secondo la quale “*Gli Stati Uniti saranno un infaticabile sostenitore delle libertà fondamentali di espressione e di associazione attraverso il cyberspazio, si adopereranno per potenziare gli attori della società civile, difensori dei diritti umani e giornalisti nel loro utilizzo dei media digitali, e si adopereranno per incoraggiare i governi ad affrontare le minacce reali del cyberspazio piuttosto che imporre impropriamente delle responsabilità alle imprese e limitare la libertà di espressione o il libero flusso delle informazioni*”, mi sembra estremamente chiara nel considerare con sfavore strumenti di limitazione di accesso ad internet per i “cittadini globali”.

L'ONU peraltro (o quantomeno la Commissione sui diritti umani) , come già detto, a mezzo dello speciale rappresentante per i diritti umani Frank William de La Rue, si è espressa chiaramente nel maggio del 2011 nel considerare i limiti all'accesso ad internet attraverso sistemi di disconnessione o di filtraggio, ivi comprese le ipotesi nelle quali tali sistemi siano adottati per proteggere file protetti dal diritto d'autore, come una patente violazione dell'art 19 della Convenzione Internazionale sui diritti civili e politici del 1966.²⁰

Tornando al nostro *"piccolo mondo antico"*, cioè l'Italia, risiede nelle stesse preoccupazioni espresse dai Capi di Governo, dall'ONU (e dai Big della rete) il motivo per il quale in questi mesi decine di associazioni (si veda ad esempio l'iniziativa www.sitononraggiungibile.it), migliaia di cittadini che hanno sottoscritto due diverse petizioni in rete (http://www.avaaz.org/it/it_internet_bavaglio/ e la già menzionata sitononraggiungibile) e pressoché la totalità del mondo accademico che ha scritto dopo la delibera AGCOM in materia (De Minico,

20

http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf p. 14. *"Disconnecting users from Internet access, including on the basis of violations of intellectual property rights law While blocking and filtering measures deny access to certain content on the Internet, States have also taken measures to cut off access to the Internet entirely. The Special Rapporteur is deeply concerned by discussions regarding a centralized "on/off" control over Internet traffic. In addition, he is alarmed by proposals to disconnect users from Internet access if they violate intellectual property rights. This also includes legislation based on the concept of "graduated response", which imposes a series of penalties on copyright infringers that could lead to suspension of Internet service, such as the so-called "threestrikes-law" in France and the Digital Economy Act 2010 of the United Kingdom".* vedi anche http://news.bbc.co.uk/2/mobile/programmes/click_online/9509215.stm

Rodotà, Libertini) nonché gli stessi stakeholders delle TLC (Vodafone, Telecom) hanno espresso notevoli perplessità sul sistema in via di introduzione da parte dell'AGCOM sul presupposto che il sistema prefigurato dall'Agcom sia in grado di creare rischi di privazione dell'accesso alla rete internet, senza una verifica preliminare da parte di un giudice.

E ciò si verifica proprio nella parte più “desiderata” dai titolari dei diritti, ovvero l'inibizione all'accesso a determinati siti esteri mediante il sistema dell'avvelenamento dei DNS o dell'inibizione a livello IP, (su cui *amplius infra* il capitolo “i filtri per l'accesso ai contenuti nella rete e i pericoli per gli utenti: un overview tecnologico”) che renderebbe di fatto l'AGCOM arbitro di quello che un cittadino italiano può o non può vedere dei contenuti provenienti da siti esteri.

E' proprio in quei settori che, come dimostra la giurisprudenza della Corte di Cassazione nel caso Pirate Bay, è necessario che intervenga la magistratura per decidere in quali casi si tratti di violazioni o quando si tratti di un uso lecito.

Magistratura che, peraltro in questi ultimi due mesi è intervenuta con immediatezza e precisione quando è stata chiamata a decidere (si veda il caso recente del portale btjunkie).

E' la nostra Costituzione peraltro a richiederlo.

Eppure la strada più semplice (richiamata anche qui dalla dichiarazione del g8 Deauville) sarebbe l'autoregolamentazione, prevista tra l'altro dalle nostre norme positive in materia.

Tra le norme fortemente volute dall'industria dell'audiovisivo qualche anno fa, ve ne sono proprio quelle (il cd Decreto urbani e soprattutto la Legge 31 marzo 2005, n. 43) , che ritengono l'autoregolamentazione (con il recepimento da parte dell'esecutivo) l'unico strumento per contemperare le opposte esigenze in una chiave "inclusiva" e non di contrapposizione.

Si legge infatti in quest'ultima norma *"Al fine di utilizzare la rete quale strumento per la diffusione della cultura e per la creazione di valore nel rispetto del diritto d'autore, il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro delegato per l'innovazione e le tecnologie, di concerto con i Ministri per i beni e le attività culturali e delle comunicazioni, promuove, nel rispetto delle normative internazionalmente riconosciute, forme di collaborazione tra i rappresentanti delle categorie operanti nel settore, anche con riferimento alle modalità tecniche per l'informazione degli utenti circa il regime di fruibilità delle opere stesse. Nell'ambito delle forme di collaborazione di cui al presente comma, il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro delegato per l'innovazione e le tecnologie, di concerto con i Ministri per i beni e le attività culturali e delle comunicazioni, promuove anche la sottoscrizione di codici di deontologia e di buona condotta per determinati settori, ne verifica la conformità alle leggi e ai regolamenti anche attraverso l'esame di osservazioni di soggetti interessati e contribuisce a garantirne la diffusione e il rispetto. I codici sono trasmessi alla Presidenza del Consiglio dei Ministri unitamente ad ogni informazione utile alla loro applicazione. I Codici sono resi accessibili per via telematica sui siti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministro per*

l'innovazione e le tecnologie, dei Ministeri delle comunicazioni e per i beni e le attività culturali, nonché su quelli dei soggetti sottoscrittori.”

La scelta quindi di regolamentare il diritto d'autore da parte dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni avrebbe potuto essere quella, in armonia con quanto richiesto dal nostro ordinamento, di sollecitare la Presidenza del Consiglio nel redigere i codici di autoregolamentazione, magari presiedendo lei stessa nel contraddittorio delle parti alla redazione di tali codici, e non mediante un sistema di “*enforcement*” calato all'improvviso dall'alto.

Un'attività cooperativa ed inclusiva che l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sembrava coscientemente voler adottare nell'indagine conoscitiva sul diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica della fine del 2009, all'interno della quale si leggevano affermazioni come queste *“si potrebbe avviare un dialogo con gli ISP finalizzato a sottoscrivere un protocollo d'intesa che definisca nel dettaglio le condizioni di fornitura delle informazioni sopra individuate, sì da pervenire al medesimo risultato senza imposizioni coercitive, attraverso un'attività “cooperativa” tra l'Autorità e i fornitori di accesso ad Internet”*.²¹

Salvo poi inopinatamente mutare “volto” e normativa nel giro di pochi mesi con la delibera 668/2010 del Dicembre 2010, stravolgendo totalmente le stesse conclusioni alle quali l'Autorità era giunta con l'indagine conoscitiva sul diritto d'autore.

Ritengo utile inoltre riportare quanto affermato da una illustre costituzionalista, Giovanna De Minico, esperta fra le altre cose delle norme nel settore delle telecomunicazioni, che così si esprime in un

articolo del sole 24 ore on line del 30 maggio 2011: *“Eravamo convinti che il diritto alla libera informazione prevalesse sul diritto allo sfruttamento dell'opera d'ingegno. Confidavamo che le decisioni contro un soggetto non potessero essere prese senza prima sentirlo. Ritenevamo che l'affidamento in esclusiva di una materia litigiosa al potere giudiziario impedisse l'intervento di ogni altro potere. Certezze giuridiche tuttora corrispondenti a regole costituzionali scritte e non, ma da ultimo indebolite dal decreto 44/2010 e dallo schema di regolamento sul diritto d'autore online dell'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni.”*²²

1. Il modello di notice and take down o avvertimento “all’italiana”.

L'AGCOM ha deciso di introdurre in Italia il sistema del *notice and take down* ovvero la procedura di avvertimento al potenziale violatore del diritto di proprietà intellettuale sulla rete sotto la sua supervisione proprio quando tale sistema viene dichiarato dall'ONU nel maggio 2011 potenzialmente pericoloso per le libertà individuali espresse dalla Convenzione internazionale sui diritti civili e politici del 1966.

Non si sa se Frank de la Rue, speciale rapporteur dell'ONU sui diritti civili e politici, avesse presente la situazione italiana che sta per essere introdotta dall'AGCOM sulle disconnessioni in tema di diritto

²¹ <http://www.agcom.it/Default.aspx?message=visualizzadocument&DocID=3790>

²² <http://www.ilsole24ore.com/art/norme-e-tributi/2011-05-29/diritto-impresa-osservatorio-ceradiluissa-081613.shtml?uuid=AagbFXbD>

d'autore, nonostante nel Report del 2010 ci fosse un esplicito riferimento ad un invito compiuto dalle autorità italiane a visionare lo stato dei diritti in Rete in Italia.

Né si sa inoltre se quest'invito sia stato effettivamente reiterato, visto che nel report del 2011 non si menziona più alcun invito effettuato da parte del Governo Italiano.

Fatto sta che il Report dell'Onu del 2011 interviene nel settore del rispetto dei diritti civili e politici delineato dalla convenzione del 1966 raccomandando agli Stati di porre attenzione agli strumenti di inibizione dei cittadini dai contenuti presenti sulla rete per motivi politici e di libertà, ma anche, e il rapporto lo dice espressamente, nel settore del Copyright.

Tra gli argomenti affrontati dall'ONU vi sono le disconnessioni dalla rete dei netizen e anche un profilo che non sembra stato adeguatamente valorizzato dai commenti al Rapporto, ovvero l'utilità del principio del "notice and take down".

Sotto il primo profilo l'ONU mostra preoccupazione per i sistemi di disconnessione dei cittadini da internet per violazioni legate alla proprietà intellettuale, puntando il dito in particolare contro il sistema Hadopi in Francia e contro il sistema del Digital Ecomy act della Gran Bretagna.

L'articolo 17 della norma Britannica prevede la possibilità di emettere un'ingiunzione da parte un ministro, previo consenso del Ministro

della Giustizia, delle Camere del Parlamento e di una Corte, per bloccare anche mediante strumenti il blocco degli IP o dei DNS degli utenti, qualsiasi sito Internet che è stato usato, è ancora usato o è molto probabile che venga usato per violare il copyright analogamente a quanto previsto dal punto 3.5 della delibera 668/2010 dell'AGCOM.

Sotto il profilo del sistema dell'“avvertimento” a colui che starebbe violando il diritto d'autore di interrompere i comportamenti illeciti (il cd notice and take down), pena a seconda dei casi la disconnessione (come nel caso dell'HADOPI in Francia) o l'impossibilità per accedere ai cittadini di un paese ai contenuti che violerebbero il diritto d'autore (come in Italia, con il regolamento in via di approvazione da parte dell'AGCOM) va detto che l'ONU dimostra di vedere con estremo sospetto il principio introdotto per la prima volta negli Stati Uniti dal Digital Millenium Copyright Act.

Il rapporto afferma espressamente: *“Tuttavia, mentre un sistema di notice and take down è un modo per impedire agli intermediari di impegnarsi attivamente nelle o incoraggiare comportamenti illeciti dei loro servizi, il sistema è soggetto ad abusi da parte sia dello Stato e soggetti privati. Gli utenti che vengono avvertiti dal fornitore del servizio che il loro contenuto è stato segnalato come illegale spesso ricorrono poco o hanno poche risorse per contestare la rimozione. Inoltre, dato che gli intermediari possono essere considerati responsabili o in alcuni casi essere oggetto di responsabilità penale se non rimuovono il contenuto al momento del ricevimento della notifica da parte degli utenti per quanto riguarda i*

contenuti illegali, sono inclini a censurare comunque i contenuti potenzialmente illegali”²³

Nonostante questi dubbi però in Italia si è deciso di innestare la “quarta” nella repressione delle violazioni del diritto d’autore in rete partendo proprio dal sistema del “notice and take down”.

Dunque la bandiera della repressione delle violazioni lasciata momentaneamente cadere dal Parlamento dopo il decreto Urbani e dopo le norme sul diritto d’autore degli ultimi dieci anni (perché diversamente da quanto spesso affermato a dimostrazione di una potenziale inerzia del nostro Parlamento, il diritto d’autore è stato il diritto “speciale” più affrontato dal legislatore italiano in questi ultimi anni, almeno nel contesto digitale, secondo solo forse alla regolamentazione della pedofilia telematica) è stata “impugnata” dall’Autorità delle garanzie nelle Comunicazioni sulla base di un combinato disposto di norme che, a parere dell’Autorità stessa, le

²³ *However, while a notice-and-takedown system is one way to prevent intermediaries from actively engaging in or encouraging unlawful behaviour on their services, it is subject to abuse by both State and private actors. Users who are notified by the service provider that their content has been flagged as unlawful often have little recourse or few resources to challenge the takedown. Moreover, given that intermediaries may still be held financially or in some cases criminally liable if they do not remove content upon receipt of notification by users regarding unlawful content, they are inclined to err on the side of safety by overcensoring potentially illegal content. Lack of transparency in the intermediaries’ decisionmaking process also often obscures discriminatory practices or political pressure affecting the companies’ decisions. Furthermore, intermediaries, as private entities, are not best placed to make the determination of whether a particular content is illegal, which requires careful balancing of competing interests and consideration of defence*

http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf, p.12

avrebbero conferito il potere di normare anche aspetti interagenti con i diritti fondamentali degli individui.

Non si intende entrare nello specifico delle soluzioni proposte, sia per l'ampio numero di contributi giunti all'AGCOM per la decisione in tema di diritto d'autore, sia perché le posizioni dei vari Attori sono state rese in massima parte disponibili direttamente sulla rete internet.²⁴

Scopo invece della presente analisi è quello di individuare il modello ideale da cui si è partiti per fondare un'azione di contrasto alla diffusione di materiale protetto da diritto d'autore e verificare se le premesse di partenza da cui è partita l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni siano condivisibili ed in linea con i principi prima di tutto costituzionali che informano il nostro sistema.

Orbene l'Agcom con la delibera 668/2010 ha preso a modello il sistema del "*notice and take down*" in uso negli Stati Uniti con il Digital Millenium Copyright Act, che, come è noto, è inserito all'interno di un contesto giuridico caratterizzato dai principi di common law, cercando di importarlo nel contesto italiano, che risponde invece ai principi di civil law tipici della legislazione continentale.

²⁴ In particolare la posizione del raggruppamento di Associazioni promotrici dell'Iniziativa [sitononraggiungibile](http://www.fulviosarzana.it/blog/consultazione-pubblica-sui-lineamenti-di-provvedimento-concernente-l-esercizio-delle-competenze-dell'autorita-nell-attivita-di-tutela-del-diritto-d) è visibile qui <http://www.fulviosarzana.it/blog/consultazione-pubblica-sui-lineamenti-di-provvedimento-concernente-l-esercizio-delle-competenze-dell'autorita-nell-attivita-di-tutela-del-diritto-d>

Primo fra tutti il principio di legalità formale.²⁵

La normativa Statunitense che prevede un sistema di notifiche da parte del titolare del diritto e di controdeduzioni da parte del potenziale violatore, e che risponde anche ai principi del cd “safe Harbour”, ovvero la non responsabilità del provider che provvede ad istituire un sistema di “notice and take down”, è stata spesso criticata per l’incertezza definitoria e la genericità delle sue previsioni che la rendono un “ contenitore” in grado di prevedere qualsiasi esito in un senso o nell’altro, anche se soprattutto i motori di ricerca considerano il safe Harbour, un’ancora di salvataggio per evitare “guai peggiori”, ovvero la responsabilità preventiva.

L’incertezza della norma peraltro appare evidente quando la norma al di là del contesto specifico del “contributory infringement” degli intermediari, pone un divieto generalizzato della commercializzazione ed utilizzo di tecnologie che abbiano la finalità di elusione o limitazione degli accorgimenti di protezione delle opere

²⁵ Ritiene peraltro che sia proprio quella l’intenzione dell’AGCOM italiano Giulia Aranguena de La Paz, *L’Italia verso il digital millennium copyright act*, in iuslab, gennaio 2011. Peraltro il DMCA prevede procedure di contestazione delle infrazioni e di risoluzione delle controversie che appaiono molto diverse rispetto a quelle in uso negli Stati Uniti, come emerge anche dalle osservazioni effettuate dai vari soggetti che hanno risposto alla consultazione.

In tema di DMCA lo Studio principale (forse l’unico) e più approfondito, da una prospettiva però estremamente tradizionale, si deve a P. Marzano, *Diritto d’autore e digital technologies. Il Digital Copyright nei trattati OMPI, nel DMCA e nella normativa comunitaria*, Milano, 2005. Si veda anche Nimmer, *Copyright. Sacred Text, Technology and the DMCA*, L’Aja, 2003, p 137 e ss.

digitali, perché non è così immediato stabilire quando un determinato apparato è utilizzabile per esclusivi fini illeciti.

Si tratta probabilmente dello stesso problema definitorio adottato dalla delibera dell'AGCOM in relazione ad alcuni istituti quali il "sito dedicato interamente alle attività illegali" che, nel tentativo di riprodurre la terminologia "claudicante" già adottata dal legislatore americano in relazione ai dispositivi tecnologici, ha cercato di individuare normativamente i criteri per individuare in via empirica principi metagiuridici come il concetto di sito "completamente dedicato alla pirateria".

Tale sito, che sarebbe oggetto quindi di una possibile inibizione a livello IP o DNS per i cittadini italiani, sarebbe qualificato come illecito, e quindi essere reso irraggiungibile per i cittadini stessi, senza che vi sia una definizione chiara e tassativa di quali siano le condotte illecite.

In particolare la difficoltà di individuare con precisione la "quantità" di illecito che farebbe scattare l'inibizione a livello IP o DNS appare simile al tentativo di definire un soggetto come colui che "è dedito completamente al furto" oppure è dedito al 50% o al 30% al furto, cosa che non può essere fatta peraltro nemmeno da un Giudice che quantomeno ha i parametri predeterminati dal legislatore quali il concetto di lucro, figuriamoci da un'Autorità amministrativa indipendente che ha sempre fatto altro rispetto al diritto d'autore.

Il rischio insomma è che si inibiscano siti che hanno solo pochi file illeciti e tutto il resto lecito, senza poter in alcun modo stabilire regole certe e chiare sulla punibilità della fattispecie e sui soggetti destinatari della sanzione.

Le incertezze definitorie risultano evidenti anche nei passi della Delibera dell'AGCOM in cui si citano le ipotesi di sfruttamento a scopo di lucro e le violazioni, per così dire, amatoriali allorché l'Autorità, nel compiere un'operazione di "ortopedia" giuridica che le consentirebbe di intervenire in tutti e due i casi (nel primo caso formalmente affiancandosi all'autorità giudiziaria mentre nel secondo caso operando direttamente), quando, come è noto, entrambe le fattispecie sono già regolate dalla legge e assoggettate alla potestà sanzionatoria del Giudice penale, così come a legislazione esistente è impossibile "vivisezionare" (si passi il termine *n.d.r.*) il diritto d'autore per scomporlo e ricomporlo in modo diverso da quanto effettuato dal legislatore primario.

Pertanto come è noto il principio di legalità, diversamente da quanto avviene negli Stati Uniti ove il diritto di common law consente di colmare le lacune del legislatore mediante una ricostruzione giurisprudenziale delle fattispecie di illecito, impedisce nel nostro sistema che si possa operare in via amministrativa mediante sanzioni e fattispecie non previste dalla normativa primaria, nel rispetto anche dei principi di tassatività della norma penale, che è pienamente operante in Italia con le fattispecie previste dal Decreto Urbani.

Ulteriori e stringenti dubbi sorgono sulle modalità di notice and take down prescelte dall'Autorità al fine di regolamentare la prima fase della procedura di contestazione dell'illecito, quella di "avvertimento" al soggetto che starebbe violando il diritto d'autore, e qui mi sembra che le osservazioni più calzanti siano ancora una volta state effettuate dai "think tanks" del centro Nexa del Politecnico di Torino " *La procedura ipotizzata è di fatto assai distante dal notice and take down previsto dalla normativa statunitense, cui l'Autorità*

dichiara espressamente di ispirarsi” e “il procedimento di notice and take down di cui al DMCA tende a garantire il difficile equilibrio tra gli interessi dei titolari dei diritti di privativa ed i diritti degli utenti quali destinatari dei servizi, a fronte dell'attività di mera intermediazione (accesso, trasmissione, memorizzazione temporanea o ospitalità) di alcuni fornitori della società dell'informazione.

L'esito della procedura determina unicamente l'insorgere della possibile responsabilità patrimoniale dell'intermediario, altrimenti irresponsabile, che potrà esser fatta valere avanti l'autorità giudiziaria in caso di mancata rimozione.

Il paragrafo J) dell'art. 512 DMCA che prevede le possibili ingiunzioni a carico degli ISP ai sensi dell'art. 502 (Remedies for infringement: Injunctions), rimette esclusivamente all'autorità giudiziaria la valutazione attenta dei molteplici interessi in gioco per le inibitorie.”.²⁶

Senza contare poi che il notice and take down avverrebbe nei confronti di chi sta materialmente violando le norme penali a presidio del diritto d'autore, risolvendosi nell'avvertimento da parte dell'AGCOM a colui che sta commettendo un reato prima e al di là dell'intervento degli organi di polizia giudiziaria e della magistratura.

²⁶ *“Osservazioni del Centro NEXA for Internet & Società sulle proposte di intervento di cui all'allegato b) alla delibera n°668/10/cons del 17 dicembre 2010 “lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorita' nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica” ” a cura di Juan Carlos De Martin, Marco Ricolfi, Carlo Blengino, Alessandro Cogo, cit. “ p. 16.*

In pratica un Organo dello Stato avvertirebbe colui che sta “rubando” chiedendogli di “smettere” e di “restituire” il maltolto, il che francamente appare veramente singolare.

Insomma, non si comprende davvero come si possa eludere il ricorso necessario all'Autorità giudiziaria ed introdurre questo “notice and take down” all'italiana.

2. Conclusioni

A questo punto le conclusioni che si possono trarre dal susseguirsi degli eventi ci induce a porci una semplice domanda.

C'è una reale necessità (al di là delle incongruenze normative) che vengano adottate in tutta fretta e senza il ricorso al legislatore statale norme (o meglio regolamenti amministrativi) in Italia in grado di incidere sull'accesso ai contenuti in rete?

Noi riteniamo di no.

L'Italia non è la *“repubblica delle banane del copyright”* come si è cercato di farla apparire al solo fine di ottenere provvedimenti più repressivi e che sfuggano al principio della separazione dei poteri, non è un paese sprovvisto di Tribunali (che sono oltretutto specializzati in questo settore), ha una Costituzione (amata) e un Parlamento forse non amato (come istituzione) ma che appare ancora in grado di poter approvare una legge, e non è soprattutto un Paese da mettere sotto tutela da chicchessia come fosse percorso da bande di “criminali

inveterati" che imperversano sul web al solo scopo di mettere a segno "furti" di diritto d'autore.

Da un punto di vista di politica normativa occorrerebbe riflettere sul fatto che la giusta presa di consapevolezza di un "problema" nella protezione del diritto d'autore su internet non dovrebbe trasformarsi in una "guerra santa" in grado di travolgere i principi stessi del diritto, e nuocere così alla libertà di accesso alle informazioni sulla rete.

C'è chi ha affermato che per i titolari dei diritti d'autore la lotta alle violazioni costituisce la propria personale "lotta al terrorismo" (nella fattispecie il presidente di una delle associazioni dei titolari dei diritti) e c'è anche chi ha aggiunto che in questa guerra i terroristi sono in realtà i nostri figli, e che qualsiasi principio di privazione dell'accesso ad internet renderebbe più oscuro il loro (ed il nostro) futuro, risolvendosi nel lungo periodo in un vero e proprio boomerang per l'intera società e per i principi di libera circolazione del pensiero.

Sarebbe forse più intelligente (e più utile) quindi affrontare il tema della regolamentazione del diritto d'autore sulla rete con equilibrio e imparzialità, con scelte condivise e non con "improvvisi colpi di mano" se è vero fra l'altro che anche Organismi molto tradizionalisti come la WIPO, (ovvero l'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale) hanno cominciato a dubitare in un contesto mondiale del possibile ruolo di "freno allo sviluppo" di legislazioni troppo stringenti in materia di diritti di proprietà intellettuale.²⁷

²⁷ Ci si riferisce in particolare al Rapporto "An Analysis of the Economic/Legal Literature on the Effects of IP Rights as a Barrier to Entry", preparato dal Center on Law and Information

CAPITOLO I.

L'IMPATTO DELLE VIOLAZIONI ONLINE DEL COPYRIGHT PRIVE DI SCOPO DI LUCRO SULL'ECONOMIA E SULLA CREATIVITÀ

di Paolo Brini e Marco Scialdone

1. Introduzione

Le tecnologie che consentono la diffusione delle informazioni e dei contenuti su Internet sono state accolte con diffidenza dall'industria musicale e cinematografica, analogamente a quanto avvenuto in passato con riferimento all'introduzione sul mercato dei televisori, dei telecomandi per i televisori, dei nastri magnetici e dei videoregistratori²⁸.

Policy (CLIP) della Fordham University School of Law, New York, per la WIPO, del 15 aprile 2011

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_sym_ge_11/wipo_ip_sym_ge_11_wwww_168817.pdf .

28 Negli anni '50 e '60 si assistette ad una feroce battaglia contro la televisione che avrebbe portato secondo le major alla morte del cinema, così come fu adottata dai titolari dei diritti di proprietà intellettuale negli anni '80 la campagna "home taping is killing music" (http://en.wikipedia.org/wiki/Home_Taping_Is_Killing_Music link controllato il 4 giugno 2011) contro i nastri magnetici. Si pensi, ancora, alla battaglia legale negli U.S.A. per proibire la vendita dei videoregistratori (Sony Corp. Of America vs. Universal Studios et al., Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, per maggiori informazioni consultare

Si consideri, ad esempio, la forza con cui IFPI (International Federation of the Phonographic Industry), nei suoi rapporti annuali, ha affermato l'esistenza di una correlazione causale fra la condivisione del materiale protetto da copyright e il declino delle vendite dei supporti musicali, partendo dall'assunto secondo cui ogni copia o download non autorizzato equivalga ad una vendita perduta.²⁹

Tuttavia, a parere di chi scrive, l'industria dell'intrattenimento ha finora fallito nel proporre studi scientifici che siano davvero in grado di dimostrare sia l'assunzione che la correlazione causale sopra citate. Ciò che, al contrario, risulta inequivocabile è che *"what we know about media piracy usually begins, and often ends, with industry-sponsored research"*³⁰.

Nel prosieguo della trattazione si darà conto, allora, dell'esistenza di un'ampia serie di studi da cui è possibile evincere che:

1. l'implicazione "copia non autorizzata→vendita mancata"

http://en.wikipedia.org/wiki/Sony_Corp._of_America_v._Universal_City_Studios,_Inc. Link verificato il 4 giugno 2011).

29 IFPI denuncia, altresì, un calo degli investimenti nel settore musicale sempre causato dalle violazioni online del copyright. Sul punto cfr. IFPI, Digital Music Report 2010, <http://www.ifpi.org/content/library/DMR2010.pdf> (link verificato in data 4 giugno 2011)

30 *"Quello che conosciamo della "pirateria dei media" normalmente inizia, e spesso finisce, con le ricerche sponsorizzate dalla stessa industria dell'intrattenimento"*. La citazione è tratta dallo studio *Media Piracy in emerging economies*, il primo studio indipendente su larga scala relativo al tema della pirateria audiovideo nelle economie dei paesi emergenti, con focus su Brasile, India, Russia, Sud Africa, Messico e Bolivia. Lo studio può essere consultato al seguente indirizzo <http://piracy.ssrc.org>. (link verificato il 4 giugno 2011).

è falsa;

2. le violazioni di massa del copyright prive di scopo di lucro hanno un ruolo benefico nei confronti della creatività e della nascita di nuove opere;
3. non esiste allo stato attuale alcuna prova per cui le predette violazioni rappresentino un danno per l'economia globale;
4. esistono correlazioni dirette e causali fra violazioni del copyright e benefici economici agli artisti.

La selezione degli studi è stata operata in ragione del numero di citazioni ricevute in pubblicazioni scientifiche peer-reviewed. Per comodità si è provveduto a suddividere i contenuti soggetti a copia non autorizzata in tre settori, senza avere la pretesa di tracciare netti confini fra di essi: libri, musica e film.

Infine, tramite l'analisi dello studio chiave BASCAP/TERA, attualmente portato all'attenzione dei decisori italiani ed europei, si è cercato di dimostrare come le argomentazioni dell'industria dell'intrattenimento si basino su macroscopici errori scientifici tali da invalidarne le conclusioni.

2. La natura degli studi

La gran parte degli studi si basa su interviste ad un campione statisticamente significativo. Pochi sono gli studi disponibili che si fondino su un'osservazione diretta dei contenuti effettivamente copiati e scaricati online ed essi sono stati condotti essenzialmente attraverso l'osservazione del funzionamento di applicazioni oramai obsolete. Occorre considerare, infatti, che esiste un'oggettiva e

crescente difficoltà tecnica nell'osservazione diretta delle copie online. Dagli inizi del millennio un progressivo inasprimento delle legislazioni nazionali contro la condivisione online di materiale protetto ha provocato uno spostamento verso applicazioni e protocolli più difficili da monitorare. Negli ultimi anni, inoltre, si è assistito ad un progressivo aumento di utilizzo di tecniche di offuscamento e cifratura che rendono impossibile, anche teoricamente, condurre studi basati su osservazioni dirette.

Appare lecito ipotizzare che all'aumentare dell'*enforcement* questo trend sarà confermato o accelerato. Potrebbe rivelarsi impossibile, a livello di ISP nazionali e router di frontiera, identificare e discernere il traffico che viola il copyright da quello che non lo viola, rendendo quindi gli studi diretti impossibili da condurre. In questo scenario, le ricerche statistiche con interviste a campioni significativi sono le uniche sulle quali basarsi.

La totalità delle ricerche è piuttosto recente (dal 2005 al 2010) e coincide con il periodo di diffusione di massa del file sharing. La pressione legale portata contro i servizi centralizzati come Napster, chiuso nel 2002, ha accelerato e favorito la diffusione della condivisione di massa di opere protette dal copyright.

3. Libri

Nel periodo 2002-2007, la pubblicazione di nuovi libri ha conosciuto un incremento del 66%, coincidente con l'inizio delle condivisioni di massa³¹.

Nel 2002 Tim O'Reilly scriveva che la minaccia più seria per un autore non è essere copiato, ma essere sconosciuto e che *"Piracy is a kind of progressive taxation, which may shave a few percentage points off the sales of well-known artists (and I say 'may' because even that point is not proven), in exchange for massive benefits to the far greater number for whom exposure may lead to increased revenues."*³²

In un arco pluriennale di osservazioni si è notato che, a parità di tutti gli altri fattori, i libri condivisi nei network p2p in coincidenza alla distribuzione nelle librerie (o in leggero anticipo), beneficiano, rispetto ai libri non condivisi, di un incremento medio di vendite del 19,1% nel periodo iniziale di promozione e di un incremento medio del 6,5% nelle 4 settimane successive alla promozione³³.

A ciò aggiungasi che la condivisione online di libri protetti da copyright ha reso accessibili tali opere alle persone con disabilità della vista o alla lettura. In assenza di adeguate eccezioni o limitazioni del copyright o in assenza della loro implementazione, tali

31 Cfr. Felix Oberholzer-Gee e Koleman Strumpf, *File-Sharing and Copyright*, in *Innovation Policy and the Economy*, vol. 10, 2010, pp. 19-55, National Bureau of Economic Research Series.

32 Cfr. Tim O'Reilly, *Privacy is a progressive taxation and other thoughts on the evolution of online distribution*, pubblicato il 12/11/2002 su www.openp2p.com, articolo consultabile al seguente indirizzo <http://openp2p.com/pub/a/p2p/2002/12/11/piracy.html>, link controllato il 4 giugno 2011

33 O'Leary, Brian: *Impact of P2P and Free Distribution on Book Sales*, O'Reilly Media, 2009.

soggetti hanno trovato nelle opere già digitalizzate e quindi convertibili o immediatamente leggibili con appositi software di lettura, “una galassia” di cultura ed intrattenimento precedentemente a loro negata³⁴.

L'impatto globale della pirateria online (priva di scopo di lucro) sui libri appare essere, in buona sostanza, ampiamente positivo sia sotto il profilo squisitamente economico, che sotto quello culturale e sociale.

4. Musica

Partendo dal dato relativo al numero di album prodotti nel 2000, anno in cui la condivisione di musica tramite Napster cominciò ad assumere proporzioni significative, gli studi presi in considerazione evidenziano come siffatto numero sia cresciuto nel corso dell'ultimo decennio in una percentuale superiore al 100%³⁵.

La valutazione dell'impatto della pirateria *online* priva di scopo di lucro, e quindi di una causalità fra “download” e “vendite”, origina un serio problema di endogeneità, che impone di scartare qualsiasi studio che si basi su congetture non confortate dai dati³⁶. In

34 Sul punto si rimanda agli atti del convegno “*Meeting the Needs of the Visually Impaired Persons: What Challenges for IP?*”, World Intellectual Property Organization”, Ginevra, 13 luglio 2009, http://www.wipo.int/meetings/en/2009/vip_ge/program.html, link controllato il 4 giugno 2011

35 Cfr. Felix Oberholzer-Gee e Koleman Strumpf, op. cit. nota 4

36 Cfr. GAO (United States Government Accountability Office), *Intellectual Property. Observations on Efforts to Quantify the Economic Effects of Counterfeit and Pirated*

particolare, come verrà analizzato più a fondo nel prosieguo, il GAO, nello studio citato in nota 9, coerentemente ad un corretto approccio scientifico, qualifica come completamente inaffidabili gli studi commissionati dalle *major* per dimostrare un presunto danno economico.

Per eliminare il bias di endogeneità alcune ricerche hanno fatto ricorso ad una combinazione di interviste su un campione significativo ed osservazioni empiriche dirette, evitando accuratamente qualsiasi congettura o assunzione aprioristica. Da un punto di vista scientifico e razionale solo queste ricerche possono essere considerate rappresentative e/o significative.

Boorstin³⁷, nel 2004, è stato il primo ad organizzare una ricerca che tenesse conto sia delle differenze di età sia della capacità di spesa di coloro che condividono *online* materiale protetto da copyright. Le conclusioni dello studio sono che esiste un impatto negativo per la vendita dei CD nelle persone con un'età minore di 24 anni e positivo per quelle di età maggiore. Siccome la seconda categoria ha una capacità di spesa superiore, l'effetto totale della pirateria online priva di scopo di lucro è un aumento delle vendite dei CD. La ricerca cita inoltre numerosi fattori per il declino del CD, fra i quali obsolescenza, scarsa praticità, nuove abitudini sociali basate su tecnologie differenti.

Goods, April 2010, disponibile al seguente indirizzo <http://www.gao.gov/new.items/d10423.pdf>, link controllato il 4 giugno 2011.

37 Cfr. Boorstin, Eric S., Music Sales in the Age of File Sharing. Senior Thesis, Department of Economics, Princeton University, 7 April 2004, disponibile al seguente indirizzo <http://www.cs.princeton.edu/~felten/boorstin-thesis.pdf>, link controllato il 4 giugno 2011.

Nel 2009 il governo olandese ha commissionato uno studio vasto ed approfondito³⁸, basato simultaneamente su indagini presso le industrie, *review* scientifica della letteratura esistente ed interviste ad utilizzatori di Internet di età maggiore di 14 anni. Lo scopo dello studio era quello di dare risposte quantitative in merito all'impatto della condivisione online di musica, cinema e videogames.

Dallo studio è emerso che il 44% della popolazione olandese condivide abitualmente *online* opere protette da copyright. Nell'ambito della percentuale da ultimo richiamata, le persone con età compresa fra 15 e 24 anni spendono globalmente, nei mercati considerati, quanto il resto della popolazione non dedita alla condivisione, mentre le persone con più di 24 anni spendono di più di coloro che non condividono. Analizzando le abitudini di spesa dei "condivisori", si è calcolato un aumento di spesa nell'intrattenimento di circa 100 milioni di euro all'anno, con conseguenti forti benefici per il mercato in generale, per gli artisti e per il welfare.

Nel campo musicale, lo studio evidenzia uno spostamento della spesa a favore dei servizi online e dei concerti dal vivo, questi ultimi capaci di garantire guadagni considerevolmente maggiori agli artisti e considerevolmente minori alle major (per un concerto dal vivo, un artista contrattualizzato con una major è remunerato per il 20-50%

38 Cfr. Huygen, Annelies; Joost Poort, Nico van Eijk et al., TNO, SNO and IViR, commissioned by the Dutch Ministries of Education, Culture and Science, Economic Affairs and Justice (2009): *Ups and Downs. Economic and cultural effects of file sharing on music, film and games*, February 2009, disponibile all'indirizzo http://www.ivir.nl/publicaties/vaneijk/Ups_And_Downs_authorised_translation.pdf, link controllato il 4 giugno 2011.

del prezzo lordo del biglietto, a fronte dello 0,1-2% del prezzo lordo di un CD).

Lo studio olandese, in ultima istanza, conferma le conclusioni di Boorstin in merito allo spostamento delle consuetudini sociali nella spese per l'intrattenimento e per la cultura, aggiungendo un'analisi quantitativa di quanto esattamente un *"pirata online"* spenda di più rispetto ad un *"non-pirata"*.

Una ricerca concentrata sui CD e sulle reti p2p è quella canadese di Andersen e Frenz del 2007 in collaborazione con Decima Research³⁹ e finanziata dall'industria, basata su un campione di oltre 2100 persone (campione statisticamente rappresentativo della popolazione canadese) con confronti sui dati ufficiali di vendita. Le conclusioni della ricerca sono di una correlazione fra file sharing e aumento delle vendite dei CD, in particolare è possibile calcolare con buona precisione che ogni 12 canzoni scaricate le vendite aumentano di 0,44 CD.

Una ricerca giapponese del 2004 concentrata sull'utilizzo di Winny⁴⁰ e vendite di CD giunge a conclusioni analoghe⁴¹. La ricerca è

39 Cfr. Andersen, Birgitte - Marion Frenz, *The Impact of Music Downloads and P2P File-Sharing on the Purchase of Music: A Study for Industry Canada*, 2007, disponibile all'indirizzo [http://www.ic.gc.ca/eic/site/ippd-dppi.nsf/vwapj/industrycanadapapermay4_2007_en.pdf/\\$file/industrycanadapapermay4_2007_en.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/ippd-dppi.nsf/vwapj/industrycanadapapermay4_2007_en.pdf/$file/industrycanadapapermay4_2007_en.pdf), link controllato il 4 giugno 2011.

40 Winny è un software giapponese che consente la condivisione di file tramite reti p2p, per maggiori informazioni si rimanda alla pagina di Wikipedia ad esso dedicata, <http://en.wikipedia.org/wiki/Winny>, link controllato il 4 giugno 2011.

41 Cfr. Tanaka, Tatsuo, *Does file sharing reduce music CD sales? A case of Japan*, Institute of Innovation Research, Hitotsubashi University, Working Paper #05-08, December 2004,

interessante perché Winny è stata una delle prime applicazioni a consentire il file sharing criptato ed anonimo, con conseguente garanzia pressoché assoluta di “impunità” per l'utilizzatore. La ricerca trova una correlazione fra utilizzo di Winny per condivisione di musica e l'aumento di vendite dei CD.

Una più recente ricerca inglese del 2008 concentrata esclusivamente sui giovani di fascia di età compresa fra 14 e 24 anni mostra che il 61% del campione di 1808 cittadini pratica regolarmente file sharing. Gli individui di questa frazione spendono più in musica rispetto agli altri, con una differenza sostanziale di spesa a favore dei concerti dal vivo: 50% in CD e 50% in concerti dal vivo⁴²

IPSOS Allemagne ha condotto nel 2009 un'estesa ricerca internazionale su 12 paesi (Cina, India, Brasile, Francia, Germania, Regno Unito, Italia, Giappone, Russia, Spagna, USA, ed Emirati Arabi Uniti) su un campione di 6500 persone concentrata sui rapporti fra *file sharing* di musica e film e abitudini di spesa. Il risultato è che coloro che condividono online spendono di più di coloro che non lo fanno, con alcuni casi particolarmente interessanti come quello tedesco in cui i “condivisori” spendono quasi il triplo (in musica online legale e CD) dei non-condivisori⁴³.

disponibile all'indirizzo <http://www.iir.hit-u.ac.jp/iir-w3/file/WP05-08tanaka.pdf>, link controllato il 4 giugno 2011

42 Bahanovich, David - Dennis Collopy, *Music Experience and Behaviour in Young People*, University of Hertfordshire, summer 2009, disponibile all'indirizzo http://herts.academia.edu/DennisCollopy/Papers/175296/Music_Experience_and_Behaviour_in_Young_People, link controllato il 4 giugno 2011.

43 Cfr. IPSOS Allemagne, *Connections ist eine globale Studie von Ipsos MediaCT zu Plattformen und Informationsquellen von Musik Video und Video Spielen*, 2009

Nel 2006 la Fondazione Luigi Einaudi ha pubblicato un rapporto di ricerca dal titolo *“I comportamenti di consumo di contenuti digitali in Italia. Il caso file sharing”*⁴⁴. Come è possibile leggere nell'introduzione dello studio, *“Lo scopo della ricerca è stato quello di valutare i comportamenti di consumo degli utenti internet italiani con particolare attenzione a tre tipologie di navigatori: coloro i quali non hanno scaricato contenuti da internet (non downloader), coloro che hanno scaricato da internet prevalentemente contenuti a pagamento (downloader pay) e coloro che hanno scaricato da internet prevalentemente in modalità gratuita da altri utenti, ovvero tramite file sharing (downloader free). Su una base di 1600 utenti internet italiani rappresentativi dell'intera popolazione internet nazionale, sono così suddivisi: non downloader 67% (1075 rispondenti), downloader pay 7% (119 rispondenti) e downloader free 25% (406 rispondenti)”*.

Orbene a consumi culturali bassi o nulli si associa prevalentemente una tipologia di utente *non-downloader*, mentre alla categoria di consumi culturali medio-alti si associa la tipologia di utente *downloader*, con uno scarto di soli 4 punti percentuali tra *downloader free* (22%) e *downloader pay* (26%).

Il dato della propensione all'acquisto risulta, altresì, particolarmente significativo: secondo la ricerca i *downloader free* hanno una propensione all'acquisto positiva nel 47% dei casi, percentuale che diventa pari al 76% se si considera anche la propensione bassa.

44 Lo studio è disponibile al seguente indirizzo http://www.anica.it/online/attachments/033_filesharing_report.pdf, link controllato il 4 giugno 2011.

Se si guarda, poi, agli effetti delle pratiche di downloading sui consumi culturali, con particolare riferimento ai contenuti musicali (ovvero l'acquisto medio di CD/mese e la fruizione di media di eventi musicali/anno) i risultati sono ancora più sorprendenti.

I comportamenti relativi al “consumo musicale” risultano in larga parte riequilibrati⁴⁵, sia per i *downloader pay* che per i *free*: rispettivamente nel 60% e 62% dei casi il ricorso ai contenuti musicali digitali ha riconfigurato i precedenti comportamenti di acquisto senza provocare sostanziali sconvolgimenti. Comportamenti che si sono modificati invece con una tendenza alla diminuzione nel 30% circa dei casi intervistati in entrambe le tipologie di *downloader*; percentuale parzialmente recuperata da una minore tendenza all'aumento dei consumi (rispettivamente il 9% dei *downloader pay* e il 7% dei *downloader free*).

In conclusione, gli studi sopra riportati dimostrano l'inesistenza di una correlazione causale fra pirateria *online* priva di scopo di lucro e danno nelle vendite dell'offerta legale. Esiste, al contrario evidenza che i *downloader free* abbiano una più alta propensione all'acquisto rispetto ai non *downloader*, e una propensione all'acquisto sostanzialmente identica ai *downloader pay*.

5. Film

45 Nello studio il termine “riequilibrato” sta a significare che tra gli utenti c'è stato un effetto di riorganizzazione dei propri consumi: è diminuito il consumo di CD e aumentato quello dei concerti, o viceversa.

E' nel biennio 2003/2004 che inizia in maniera sostenuta la condivisione, oltre che dei brani musicali, anche dei film grazie all'evoluzione degli algoritmi di compressione DivX e XviD e all'aumento di larghezza di banda disponibile, fenomeno che ha assunto proporzioni di massa fra il 2006 e il 2008. Nel 2009 il numero di film prodotti dalle major è aumentato del 30% rispetto al 2003 (Oberholzer-Gee/Strumpf 2009, già citato in nota 4), mentre gli incassi globali al botteghino hanno conosciuto un trend positivo, fino all'esplosione del 2009 e soprattutto del 2010, anno che ha segnato il record di tutti i tempi (record non solo assoluto, ma confermato anche applicando correzioni legate a inflazione e potere d'acquisto) degli incassi al botteghino (dati ufficiali MPAA, 2011), a dispetto di una profonda crisi economica mondiale.

I condivisori di film spendono di più dei non condivisori nell'acquisto di DVD e BluRay e vanno al cinema più spesso; invece, non appaiono interessati al noleggio dei film (Huygen, 2009, studio citato in nota 11).

Smith & Telang non trovano invece correlazioni fra condivisione dei film e acquisto dei DVD; la condivisione in violazione del copyright non influisce, né positivamente né negativamente, sulla vendita dei film in DVD⁴⁶.

Una ricerca di Magid Associates Inc. evidenzia come i condivisori siano i migliori clienti di Hollywood. Lo studio si concentra sugli utilizzatori di Vuze, un importante client BitTorrent. La spesa,

46 M. D. Smith – R. Telang, *Competing with Free: The Impact of Movie Broadcasts on DVD Sales and Internet Piracy*, Carnegie Mellon University Working Paper, 2008, disponibile all'indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1028306, link controllato il 4 giugno 2011.

considerevolmente maggiore dei condivisori rispetto ai non-condivisori, si concentra soprattutto su biglietti del cinema (+34%), acquisto di DVD (+24%), noleggio di film (+34%). Lo studio inoltre mette in evidenza come i condivisori siano importanti “*opinion leaders*” con il potere di influenzare le decisioni di acquisto di vasti circoli sociali online⁴⁷.

Tornando in Italia, sempre lo studio della Fondazione Einaudi, citato nel paragrafo precedente, evidenzia come rispetto ai contenuti video, nel complesso, il ricorso al *downloading* abbia un impatto limitato per quanto riguarda i consumi culturali anche al differenziarsi dell’utenza.

A ciò aggiungasi che circa 1/5 del campione (23%) intervistato ha affermato di scaricare film recenti ma non nuovi: solo il 13% ha dichiarato di scaricare prime visioni mentre l’11% rappresenta il gruppo dei cinefili, ovvero di chi scarica film considerati classici.

Anche in questo caso solo una parte del campione sembra affermare di usare le reti per il file sharing come alternativa o integrazione all’offerta audiovisiva tradizionale, mentre la parte più consistente dei *downloader free* lo considera come possibilità di accesso a prodotti che sono stati soggetti a un rapido *turnover* e su cui non ci si è concentrati a sufficienza.

In buona sostanza, la pratica del file sharing connessa a prodotti video non appare danneggiare le vendite di DVD e BluRay: al contrario, almeno due ricerche indipendenti, condotte su campioni

47 Frank N. Magid Associates, Inc. “Introducing Hollywood’s Best Customers”, 2009, disponibile all’indirizzo <http://www.magid.com/sites/default/files/pdf/vuze.pdf>, link controllato il 4 giugno 2011.

diversi e con diverse metodologie, trovano una correlazione fra pirateria e aumento di vendite di DVD e BluRay.

Infine, allo stadio attuale sono necessarie più ricerche scientifiche per poter stabilire se esiste una correlazione causale (e se esiste, se essa è positiva o negativa) fra pirateria online e noleggio di film. L'oggetto dello studio è particolarmente difficile in quanto il mercato dei noleggi (sia online sia offline/"fisico") appare essere fortemente influenzato da una grande quantità di variabili in evoluzione molto rapida (offerte TV via cavo, offerte TV via satellite, Internet TV ecc.).

6. Gli studi presentati dalle major

Una nota particolare meritano i cinque "studi" sui cui le major si basano per sostenere la tesi opposta a quella che emerge dalle ricerche fin qui citate.

Quattro di essi (Norbert Michael, *The Impact of Digital File-Sharing on the Music Industry: An Empirical Analysis*, 2006; Rob & Waldfogel, *Piracy on the High C's*, 2006; Alejandro Zenter *Measuring the Effect of File Sharing on Music Purchases*, 2003; Liebowitz, *File-Sharing: Creative Destruction or Just Plain Destruction?*, 2006) sono facilmente classificabili come privi di affidabilità in quanto non soddisfano i requisiti basilari di una ricerca scientifica. Nello specifico, essi:

1. fanno congetture in assenza di un insieme di dati sperimentali osservati/raccolti;
2. sono viziati da errore di endogeneità;
3. non considerano, né qualitativamente né quantitativamente, il mercato delle *indies*, che per

numero di "album" rilasciati rappresenta la schiacciante maggioranza (80%) della totalità della musica offerta.

Tali carenze sono state, altresì, messe in evidenza dal rapporto del GAO già citato in precedenza, in cui è dato leggere: *"some experts and literature also identified some potential positive effects of counterfeiting and piracy"; "three widely cited U.S. government estimates of economic losses resulting from counterfeiting cannot be substantiated due to the absence of underlying studies"; "Commerce and FBI officials told us they rely on industry statistics on counterfeit and pirated goods and do not conduct any original data gathering to assess the economic impact of counterfeit and pirated goods on the U.S. economy or domestic industries. However, according to experts and government officials, industry associations do not always disclose their proprietary data sources and methods, making it difficult to verify their estimates"*.

Il GAO aggiunge che gli studi che si basano su metodi standard econometrici comprensivi di moltiplicatori economici e/o modelli di equilibrio parziale non hanno valore, in quanto quei metodi sono inapplicabili quando si deve escludere l'endogeneità. Nel caso degli studi citati, il problema dell'endogeneità è palese quando si assume un rapporto di causa (download)-effetto (diminuzione vendite) tramite congetture arbitrarie – per fare un esempio banale, l'assunzione a priori – in assenza di dati - che il download di un brano causi la mancata vendita di un intero album. Prima di stabilire una relazione di causa-effetto fra due variabili, occorre stabilire se esse sono dipendenti fra loro esclusivamente, o se sono indipendenti, oppure se sono dipendenti sia fra loro sia da altre variabili.

Il recentissimo “studio” BASCAP/TERA⁴⁸, attualmente sottoposto all'attenzione della Commissione Europea e del Parlamento Europeo, è un esempio lampante di studio pilotato per sostenere tesi stabilite a priori.

Due sono gli errori basilari che debbono da subito essere evidenziati: in primo luogo, la pirateria interna può certamente causare perdite a specifici settori industriali, ma queste non sono necessariamente perdite per l'intera economia nazionale. All'interno di un dato sistema economico, infatti, la pirateria è una *riallocazione* di reddito, non una perdita: il denaro risparmiato su CD o DVD viene speso in altri beni (cibo, vestiti, altro intrattenimento, ecc.)

In secondo luogo, i numeri sulle perdite di posti di lavoro di TERA portano ad assumere che le perdite da pirateria ricadano solo sulle compagnie europee. Per film, musica e software, tuttavia, questo è palesemente errato. Gli studios di Hollywood controllano l'80% del mercato dei film nell'Unione Europea. Microsoft e molte altre compagnie americane di software hanno una quota di mercato ancora più alta nelle categorie chiave del software di produttività. L'impronta globale di molte di queste compagnie rende la suddivisione dei flussi di reddito difficile, ma la dinamica sovrastante è semplice: per le importazioni di proprietà intellettuale, le vendite legali rappresentano un flusso in uscita per l'economia nazionale. La pirateria della proprietà intellettuale importata, per contrasto, rappresenta un guadagno di benessere nella forma di accesso espanso a beni di valore. Nei film e nel software, i paesi

48 Lo studio è disponibile al seguente indirizzo <http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/BASCAP/Pages/Building%20a%20Digital%2>

europei sono principalmente importatori di proprietà intellettuale. Nel caso più complicato della musica, uno studio molto credibile finanziato dal governo olandese ha stimato che l'impatto benefico della pirateria musicale in Olanda abbia un valore positivo di 100 milioni di euro (Huygen et al., 2009, già citato).

Lo studio di TERA conferma esso stesso le perplessità sopra manifestate allorquando nell'ultimo paragrafo dell'appendice finale così si esprime: *“per risultare pienamente consistenti, avremmo dovuto considerare i prodotti pirata nella proporzione locale/estero (per tutti i prodotti creativi considerati), ma questi dati non erano disponibili”*. Questa omissione finisce per rendere assai discutibile l'intera analisi⁴⁹.

7. Conclusioni

Nel novembre 2010 il primo ministro inglese, David Cameron, annunciò la realizzazione di uno studio indipendente sul rapporto tra proprietà intellettuale ed innovazione.

Nel maggio 2011 il rapporto, scritto con il contributo di un *panel* di esperti di livello internazionale coordinati dal Prof. Ian Hargreaves, è stato reso pubblico⁵⁰.

[0Economy%20-%20TERA%281%29.pdf](#), link controllato il 4 giugno 2011.

49 Sul punto cfr., J. Karaganis, *Piracy and Jobs in Europe: Why the BASCAP/TERA Approach is Wrong*, disponibile al seguente indirizzo <http://blogs.ssrc.org/datadrip/wp-content/uploads/2010/03/Piracy-and-Jobs-in-Europe-An-SSRC-Note-on-Methods.pdf>, link controllato il 4 giugno 2011.

50 <http://www.ipo.gov.uk/ipreview>, link controllato il 4 giugno 2011.

Con una certa soddisfazione chi scrive ha potuto riconoscere in esso quelle preoccupazioni più volte manifestate (e ribadite anche nel presente contributo) in merito alla c.d. *“retorica della pirateria”*, una retorica fondata su studi di dubbio valore scientifico ed alimentata ad arte al solo scopo di esercitare pressioni sui Governi per ottenere normative sempre più stringenti in materia di copyright.

Nello studio, correttamente denominato *“digital opportunity”*, si può leggere: *“Our intellectual property framework will face further significant pressure to adapt in the coming years, as we make our way into the third decade of the commercial internet. **We urge Government to ensure that in future, policy on Intellectual Property issues is constructed on the basis of evidence, rather than weight of lobbying, and to ensure that the institutions upon which we depend to deliver intellectual property policy have clear mandates and adaptive capability.** Without that, the pile of IP reviews on the Government’s doorstep – four in the last six years – will continue to accumulate”*.

Abbiamo davvero bisogno che le politiche in materia di proprietà intellettuale siano basate su numeri reali e non sul peso specifico di una lobby o di un settore industriale.

Da qui la necessità di un’operazione trasparenza sui dati che, nel corso dell’ultimo decennio, sono stati forniti sul fenomeno della condivisione non a scopo di lucro di materiale protetto dal diritto d’autore, giacché è su di essi che si sono basati gli interventi normativi adottati.

Va da sé che il sovradimensionamento del fenomeno e del suo impatto economico ha generato e continua a generare⁵¹ risposte del tutto spropositate, tali da entrare non di rado in conflitto con altri fondamentali diritti dell'individuo come quello alla riservatezza nelle comunicazioni elettroniche, come la libertà di espressione, come l'accesso alla cultura.

Alla luce di quanto sopra risuonano quanto mai vere le parole di un celebre giurista italiano, magistrato della Suprema Corte di Cassazione e padre dell'Informatica Giuridica in Italia, Renato Borruso, secondo cui *“la vera comprensione del diritto, quale che sia il suo oggetto, implica sempre la conoscenza, prima ancora che delle norme, del fenomeno, inteso come fatto di vita e di esperienza che la norma vuole regolamentare: altrimenti non si è veri giuristi, ma soltanto legulei”*⁵²

Speriamo davvero che, tanto nei confini nazionali che al di là degli stessi, chiunque (sia esso un'autorità amministrativa, un giudice, o il

51 Si pensi al dottrina del c.d. Three strikes che prevede finanche la disconnessione da Internet nel caso di ripetute violazioni del diritto d'autore. Tale pratica è stata condannata da un recente rapporto delle Nazioni Unite sui diritti umani (*“While blocking and filtering measures deny access to certain content on the Internet, States have also taken measures to cut off access to the Internet entirely. The Special Rapporteur is deeply concerned by discussions regarding a centralized “on/off” control over Internet traffic. In addition, he is alarmed by proposals to disconnect users from Internet access if they violate intellectual property rights. This also includes legislation based on the concept of “graduated response”, which imposes a series of penalties on copyright infringers that could lead to suspension of Internet service, such as the so-called “three strikes- law” in France and the Digital Economy Act 2010 of the United Kingdom.”*) Disponibile al seguente indirizzo http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf, link controllato il 4 giugno 2011)

52 R. Borruso, *L'informatica del diritto*, Milano 2004, p. 295

Parlamento) sarà chiamato ad operare in un contesto così difficile come quello della tutela delle opere dell'ingegno nelle reti di comunicazione elettronica, sappia comportarsi da vero giurista e non quale piccolo leguleio.

CAPITOLO II.
GLI UTENTI E IL DIRITTO D'AUTORE
NEL NUOVO CONTESTO TECNOLOGICO DIGITALE
I necessari limiti all'enforcement e le misure di promozione
dell'offerta legale alla luce della proposta AGCOM
di

Marco Pierani – Altroconsumo e Mauro Vergari – Adiconsum

1. Premessa

“Quella del confronto del mondo del copyright con l'ambiente digitale è stata più una triste storia di resistenza luddista che un esempio di impegno intelligente” - a sostenere recentemente con estrema chiarezza questa tesi non è stato un “pirata” qualsiasi ma Francis Gurry⁵³, il Direttore generale di WIPO, *World Intellectual Property Organization*.

Internet e, ancora di più il web 2.0, hanno infatti reso obsoleti una serie di modelli di business consolidati ma, per un altro verso, hanno aperto incredibili, nuove prospettive economiche e imprenditoriali. Colpita da questo classico esempio di disruptive technology, che cosa poteva fare l'industria dell'audiovisivo? Difendere le proprie posizioni di rendita o aprirsi al futuro: ha scelto la prima strada. Che cosa potevano fare la politica e le Istituzioni? Accompagnare e stimolare l'industria dell'audiovisivo verso il futuro o proteggerla nel business del passato. Hanno scelto decisamente la seconda strada,

⁵³ Il discorso per esteso pronunciato da Francis Gurry, Direttore generale di WIPO, lo scorso 25 febbraio nell'ambito della Conferenza *Future Directions in Copyright Law* presso la *Queensland University of Technology di Brisbane, Australia* è leggibile qui http://www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/speeches/dg_blueskyconf_11.html

anche perché, per molti aspetti, significava anche proteggere loro stesse.

Tale atteggiamento protezionistico ha determinato un evidente conflitto con i consumatori che hanno visto venir meno la possibilità di ampliare le loro scelte d'acquisto a prezzi più bassi perché maggiormente concorrenziali. Il consumatore, peraltro, continua a rimanere disorientato dal comparto dell'audiovideo che, in controtendenza rispetto ad altri mercati, risulta recalcitrante rispetto all'utilizzo efficace dei nuovi canali di vendita online, nati grazie all'innovazione tecnologica.

Purtroppo, per non riconoscere e affrontare seriamente un tipico fenomeno di market failure prodotto nell'industria dell'audiovisivo dall'avvento di Internet e del digitale, da più di dieci anni a questa parte continuiamo a raccontarci che il solo problema della distribuzione dei contenuti online è costituito dalla c.d. "pirateria" e così, all'insegna della sconfitta del mercato ma anche del diritto, abbiamo assistito ad un vero e proprio abuso della proprietà intellettuale. Questo abuso si è manifestato, da una parte, nel forzoso mantenimento in vita di modelli di gestione collettiva dei diritti d'autore su base nazionale in quanto tali, oltre che antieconomici, apertamente lesivi dei principi del mercato interno e della concorrenza dell'Unione europea, dall'altra in forme eccessive di enforcement, invasive di altri diritti fondamentali, come la libertà di manifestazione del pensiero, il giusto processo, la privacy e l'accesso alla cultura e all'informazione.

Quello di cui stiamo discutendo è un comportamento noto, studiato prima ancora che in economia in sociologia e in antropologia e adottato da sempre nel campo militare: per serrare le fila del proprio

esercito e motivare le truppe conviene e risulta più efficace creare un nemico esterno anche se, come nel caso di specie, il nemico esterno, la cosiddetta pirateria, è nato e si è poi diffuso ampiamente proprio a causa dell'inefficacia e l'intempestività con le quali l'industria dell'audiovisio ha inteso ristrutturarsi a seguito del mutato scenario tecnologico.

La proposta avanzata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni con la Delibera 668/10/CONS nella parte in cui intende istituire un procedimento sommario a tutela del diritto d'autore purtroppo non può che considerarsi in tale solco di continuità. Perseverare però, in questo caso, appare doppiamente diabolico, è infatti un vero peccato che nel momento in cui, almeno per quanto concerne il segmento della musica, si stanno finalmente cominciando a sperimentare nuove forme di distribuzione digitale e business models innovativi intesi a soddisfare le esigenze e la domanda forte del consumatore digitale, ci si ostini per altro verso, rispondendo a un richiamo quasi ancestrale, a concentrarsi sull'enforcement quando è, al contrario, di tutta evidenza che un fallimento di mercato non si può che risolvere con strumenti di mercato.

D'altra parte, continuare a parlare di sempre più invasive forme di enforcement del diritto d'autore risulta inaccettabile per i consumatori così come trasformare gli Internet Service Provider in una sorta di nuovi gendarmi della Rete, depotenziando le prerogative della Magistratura e delle Forze dell'Ordine, non pare accettabile da questi ultimi ma, a ben vedere, tale approccio non dovrebbe essere neanche negli obiettivi a medio termine di un'industria seria che voglia affrontare un mercato che ha

prospettive illimitate, tantomeno dovrebbe essere negli obiettivi delle Istituzioni che hanno sì il compito di promuovere lo sviluppo economico del Paese ma anche quello di difendere il diritto dei consumatori/cittadini⁵⁴.

2. Pretermissione del consumatore dal contraddittorio nel procedimento sommario proposto dall'Autorità ed evidente contrasto con il vigente diritto comunitario

La proposta AGCOM tocca questioni cruciali non solo per il futuro dell'industria dei contenuti audiovisivi ma anche e soprattutto, sotto

⁵⁴ Non ve ne sarebbe probabilmente alcun bisogno tuttavia, a scanso di equivoci, intendiamo chiarire che chi scrive non difende affatto la pirateria commerciale ma, nel rappresentare gli interessi dei consumatori, ritiene doveroso distinguere la cosiddetta "pirateria" senza scopo di lucro, un effetto più che una causa del fallimento di mercato determinato dall'atteggiamento protezionistico delle major dell'audiovisivo. In realtà riteniamo che i consumatori, così come in ogni altro ambito di consumo, siano disposti ad acquistare anche contenuti digitali e multimediali ed a pagare il giusto prezzo in un mercato trasparente, competitivo e rispettoso dei loro diritti, questo dovrebbe fare riflettere chi continua a demonizzare tecnologie, come il p2p, che in quanto tali non possono che essere neutre rispetto a comportamenti lesivi del diritto d'autore. In tal senso, come Adiconsum ha avuto modo di esplicitare in audizione presso la Commissione Cultura della Camera e come più recentemente indicato nella risposta congiunta alla consultazione AGOM di Adiconsum, Agorà Digitale, Altroconsumo, Assonet, Assoprovider e Studio Legale Sarzana, non siamo contrari alle licenze collettive estese sempre che l'eventuale introduzione su tali basi di schemi contrattuali di accesso ad Internet con account "munito di licenza" da concordare con le associazioni rappresentative degli interessi dei consumatori rimanga un'opzione e non sia imposto e spalmato su tutti gli utenti, ivi compresi quelli eventualmente non interessati.

il profilo dell'interesse generale, per un equilibrato sviluppo economico, sociale, tecnologico e culturale del nostro Paese. Ora che, dopo le consultazioni con tutti gli stakeholders, l'Autorità dovrà tirare le sue conclusioni, appare utile ed opportuno cercare di spiegare meglio i motivi per i quali, se approvata nella forma in cui è stata messa in consultazione, la Delibera rischia di divenire molto pericolosa per i consumatori, per i cittadini e per la libertà d'espressione in Rete.

Occorre innanzitutto sfatare la vulgata secondo la quale il procedimento sommario a tutela del diritto d'autore proposto da AGCOM sarebbe da apprezzare perchè, a differenza che ad esempio la legge Hadopi in Francia, qui si "responsabilizzano" i provider, o più ampiamente gli intermediari della società dell'informazione, e non si va affatto contro i consumatori! Questo hanno dichiarato alcuni Commissari AGCOM e sulla stessa linea si è espresso il Sottosegretario ai Beni e alle Attività Culturali Francesco Giro nel fornire risposta scritta all'interpellanza presentata dall'On.le Roberto Cassinelli: *"Un procedimento che, peraltro, avviene senza il minimo coinvolgimento dell'utente privato"*⁵⁵.

E' proprio vero, il procedimento sommario, come delineato dall'Autorità al paragrafo 3.5 della delibera 668/10/CONS, avviene senza il minimo coinvolgimento dell'utente privato ma, a nostro avviso, non c'è da farsene un vanto! Si pretermette completamente il

⁵⁵ Nella sua interpellanza, presentata nel febbraio 2011, l'On.le Cassinelli chiedeva in sostanza che fosse il Governo a farsi carico di un organico progetto di riforma della legge sul diritto d'autore, da sottoporre poi al Parlamento anzichè lasciare ad un'Autorità amministrativa come l'AGCOM il compito di riscrivere od implementare tali norme.

consumatore finale, sebbene esso sia necessariamente la principale parte in causa soprattutto per quanto concerne le ipotesi di lesione nelle piattaforme di user generated contents. Si consideri, infatti, che la proposta avanzata dall'Autorità prevede, come indicato a pag. 15 del documento di consultazione, che i titolari dei diritti possano inviare un avviso di violazione del copyright al fornitore del servizio di media audiovisivo o al gestore del sito e che quest'ultimo *“se la richiesta appare fondata, deve rimuovere il contenuto entro il termine di 48 ore dalla ricezione della richiesta, eventualmente – e non obbligatoriamente – contattando il soggetto che ha caricato il video”*.

Di tal che i provider, visti anche i tempi ristrettissimi a disposizione, si guarderanno bene dal comunicare la contestazione all'utente, al contrario, molto più facilmente introdurranno clausole blindate nei contratti con gli utenti che consentiranno loro, anche in forza della Delibera, di esonerarsi da responsabilità e risolvere il contratto con gli utenti che abbiano ipoteticamente leso il diritto d'autore altrui. Quale risultato, il consumatore non potrà fare valere i suoi diritti nell'ambito del successivo sommario contraddittorio che si svolgerà presso l'Autorità e avrà termine in 5 giorni.

Tale lacuna, oltre a discostare notevolmente la procedura ipotizzata dal notice and takedown statunitense al quale l'Autorità dichiara di ispirarsi⁵⁶, risulta ledere gravemente il fondamentale diritto di difesa

⁵⁶ Nel caso del notice and take down statunitense il right owner che invia il notice deve adeguatamente circostanziare quale sia il contenuto lesivo dei suoi diritti e si prende tutte le responsabilità del caso ove il suo notice non sia basato su fondati diritti, sussiste, infatti, per converso anche il diritto dell'utente ad inviare un counter notice con il quale può chiedere al provider di rimettere immediatamente online il contenuto, nel caso intenda contestare la sussistenza dei diritti in capo al supposto right owner.

e contraddittorio dell'utente ponendola in evidente conflitto con l'art 1 pragrafo 3 bis della Direttiva 2009/140/CE del 25 novembre 2009 che recita come segue: *"I provvedimenti adottati dagli Stati membri riguardanti l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, devono rispettare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dai principi generali del diritto comunitario. Qualunque provvedimento di questo tipo riguardante l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, che ostacolasse tali diritti o libertà fondamentali può essere imposto soltanto se appropriato, proporzionato e necessario nel contesto di una società democratica e la sua attuazione dev'essere oggetto di adeguate garanzie procedurali conformemente alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e ai principi generali del diritto comunitario, inclusi un'efficace tutela giurisdizionale e un giusto processo. Tali provvedimenti possono di conseguenza essere adottati soltanto nel rispetto del principio della presunzione d'innocenza e del diritto alla privacy. Dev'essere garantita una procedura preliminare equa ed imparziale, compresi il diritto della persona o delle persone interessate di essere ascoltate, fatta salva la necessità di presupposti e regimi procedurali appropriati in casi di urgenza debitamente accertata conformemente alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Dev'essere garantito il diritto ad un controllo giurisdizionale efficace e tempestivo."*

Si ricorda – per inciso - che alla succitata Direttiva, che fa parte del c.d. Telecoms Package, l'Italia doveva dare attuazione entro il 25

maggio 2011, ecco dunque un altro rilevante motivo per il quale la sede naturale per ogni decisione in materia deve tornare necessariamente ad essere il Parlamento, a meno che non si voglia ancora una volta rischiare di fare approdare l'esito di questa convulsa quanto contraddittoria attività di produzione normativa in sede comunitaria al vaglio di un probabile procedimento di infrazione.

3. Il fine ultimo del diritto d'autore è quello di promuovere lo sviluppo culturale e massimizzare la diffusione delle opere: necessario riconoscere le libere utilizzazioni nel nuovo contesto tecnologico

Le tecnologie digitali consentono ad utenti e consumatori di accedere al patrimonio culturale globale, di condividere le proprie e le altrui creazioni intellettuali e di prendere parte al processo creativo con modalità e secondo dinamiche sconosciute sino a qualche decennio fa. In tale contesto la disciplina del diritto d'autore la cui ratio ultima è proprio quella di promuovere lo sviluppo culturale e massimizzare la diffusione delle opere dell'ingegno non può costituire come, per contro, sta accadendo un elemento di ostacolo ai processi di sviluppo e creazione culturale.

E', d'altra parte, evidente che proprio le caratteristiche delle nuove tecnologie dell'informazione se da un lato espongono le opere protette da diritti d'autore ad un rischio di utilizzazione abusiva e non autorizzata più elevato che in passato, dall'altro, consentono potenzialmente di abbattere tale rischio attraverso l'adozione di processi di informatizzazione dell'enforcement dei diritti d'autore per effetto dei quali ogni forma di utilizzo non autorizzata di

un'opera verrebbe automaticamente preclusa, a prescindere dalla sua effettiva lesività per i diritti del titolare e/o, più in generale, per il mercato di riferimento.

Esempi di tale preoccupante fenomeno sono rappresentati dai più evoluti sistemi di gestione dei contenuti utilizzati dalle piattaforme user generated content, dai meccanismi di filtraggio dei contenuti che si vanno diffondendo anche in ambito europeo⁵⁷, ma, per altro verso, anche da alcune recenti decisioni dell'Autorità giudiziaria⁵⁸ nell'ambito delle quali si è ritenuto di porre a carico degli intermediari della comunicazione obblighi connessi all'impedimento di comunicazioni elettroniche generalizzati e tali da precludere la circolazione, in qualsiasi forma e contesto, di taluni contenuti digitali,

⁵⁷ Vedi in merito alla questione del filtraggio dei contenuti le rilevanti Conclusioni dell'Avvocato Generale presso la Corte di Giustizia UE, M. Pedro Cruz Villalón nella causa *Scarlet vs Sabam*, dello scorso 14 aprile 2011 e leggibili qui <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=fr&num=79889585C19100070&doc=T&ouvert=T&seance=CONCL#Footref1>

L'Avvocato Generale ha in sostanza suggerito alla Corte di Giustizia di dichiarare incompatibile con l'Ordinamento europeo provvedimenti quali quelli adottati dal Tribunale di Bruxelles volti ad imporre ad un provider di servizi di accesso un obbligo generale di filtraggio dei contenuti protetti da diritto d'autore scambiati dai propri utenti.

⁵⁸ Il riferimento va in particolare all'ordinanza cautelare del marzo 2011 resa dal Tribunale di Roma nei confronti di Yahoo! A ben vedere questa decisione, al di là degli aspetti tecnico giuridici molto controversi rispetto a una corretta applicazione della normativa vigente, stimola riflessioni più elevate in termini di policy perchè – comunque la si voglia vedere – nessuno può ragionevolmente pensare che una soluzione percorribile contro la “pirateria” possa essere quella di affidare sistematicamente ai motori di ricerca l'onere di controllare e quindi “ripulire” – anche se a posteriori – il web.

nonché dal procedimento sommario a tutela del diritto d'autore proposto da AGCOM che, ove definitivamente approvato nelle forme indicate nel precedente paragrafo, introdurrebbe meccanismi tali da consentire all'Autorità di impedire - in modo automatico e prescindendo da qualsivoglia requisito di colpevolezza accertato dell'Autorità giudiziaria - l'accesso a siti posti fuori dal territorio italiano e di rimuovere contenuti sospettati di violare il diritto d'autore. In pratica, gli utenti potrebbero vedersi in tal modo sbarrato l'accesso a siti, blog, testate online o altre fonti informative che siano solo sospettate di aver violato la disciplina del diritto d'autore. Si creerebbe inoltre una evidente disparità fra cittadini dell'Unione europea perché le limitazioni insieterebbero solo sul nostro territorio nazionale e non in altri Stati membri da dove gli utenti continuerebbero a poter accedere ai contenuti dei siti inibiti nel nostro Paese.

In tale contesto è evidente l'esigenza di ripensare il sistema delle c.d. libere utilizzazioni ovvero eccezioni ai diritti d'autore del titolare necessarie a garantire, nel sistema della legge sul diritto d'autore e nelle dinamiche di circolazione delle opere, il temperamento tra i diritti del singolo e l'interesse della collettività all'accesso ed alla diffusione dei prodotti culturali.

La materia delle c.d. libere utilizzazioni rappresenta, proprio perché crocevia di una pluralità di interessi riconducibili a stakeholders diversi (i titolari dei diritti d'autore, gli utenti e consumatori di contenuti digitali e gli intermediari della comunicazione solo per citare i principali) materia complessa nella quale il legislatore ha, sin qui, scelto di procedere con interventi settoriali e di basso profilo. E', tuttavia, fuor di dubbio che sia ormai necessario un intervento

strutturale di alto profilo che valga a consentire al Sistema Paese di cogliere le straordinarie opportunità in termini culturali ed economici che la circolazione dei contenuti digitali rende, oggi, accessibili agli autori, ai fruitori di contenuti ma anche al mondo della ricerca ed a quello della piccola e media impresa.

Il principio guida che dovrebbe ispirare l'intervento in materia dovrebbe muovere dal presupposto secondo il quale, nell'Era dell'accesso la maggior parte delle nostre esperienze di vita (personale, professionale, imprenditoriale e politica) hanno, in misura crescente, per presupposto l'accesso ad un contenuto digitale con l'ovvia conseguenza che maggiori sono le possibilità ed opportunità di accesso e più intensa e produttiva diviene l'esperienza personale, professionale, imprenditoriale e politica di ciascuno.

A ciò occorre aggiungere che, a differenza di quanto sin qui accaduto in quella che si potrebbe definire l'Era del possesso, l'accesso da parte di un membro della collettività ad un contenuto digitale non è esclusivo così come, invece, ieri accadeva per il possesso, fisico, del contenuto medesimo. Le nuove tecnologie, infatti, abilitano e rendono naturali forme di accesso ai contenuti concorrenziali per effetto delle quali l'accesso da parte di un singolo ad un contenuto non preclude né ad altri singoli di accedervi attraverso la medesima dinamica né al creatore del contenuto medesimo di disporre secondo il modello di business eventualmente prescelto.

In tale contesto, dunque, potrebbe agevolmente – almeno sotto il profilo dell'equilibrio e della sostenibilità della soluzione da elaborare – individuarsi una soluzione per effetto della quale ferma restando la tutela dei diritti d'autore dei singoli rispetto ad ogni eventuale violazione, la collettività, possa entro taluni limiti,

utilizzare gli altrui contenuti digitali all'unica condizione che tale forma di utilizzo non sia concorrenziale rispetto ad altre effettive o potenziali forme di utilizzo commerciale del contenuto e, dunque, tale da ledere effettivamente il modello di business utilizzato dal titolare dei diritti per la messa in circolazione della propria opera.

Tale approccio, peraltro, varrebbe, finalmente, a rendere sostenibile il sistema dell'enforcement dei diritti d'autore perché ne confinerebbe l'utilizzo alle sole ipotesi di reale lesione di un interesse economico rilevante e, soprattutto, ne fonderebbe il ricorso su un nuovo "patto sociale" tra titolari dei diritti, Stato ed utenti e fruitori: nessun sistema di enforcement sin qui sperimentato, infatti, ha, sin qui, prodotto il risultato sperato in quanto è completamente mancata la condivisione degli obiettivi da parte della collettività di riferimento che ha, spesso, avvertito come innaturale la qualificazione di talune condotte diffuse quali illeciti e/o violazioni suscettibili di dar luogo a risposte sanzionatorie di rilevante entità.

Sotto il profilo più strettamente giuridico la proposta ha solide basi tanto nel nostro Ordinamento che nel framework normativo europeo ed internazionale. La necessità di equilibrare le prerogative dell'autore con gli interessi della collettività, infatti, trova il suo fondamento in diritti costituzionalmente protetti, quali il diritto personale di libertà e dignità umana (artt. 3 e 15 Cost.), il diritto alla cultura e alla ricerca scientifica e tecnica (artt. 9 e 33 Cost.), il diritto alla libera manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), il diritto alla libera iniziativa economica (art. 41 Cost.), il diritto alla proprietà privata (art. 42 Cost.), solo per citare gli esempi più rilevanti e, sembra incontestabile che le libere utilizzazioni sono una via per raggiungere tale equilibrio.

Gli interessi che sono tutelati dal diritto d'autore e dalle utilizzazioni libere devono essere protetti come diritti fondamentali e, pertanto, in uno Stato regolato da una costituzione rispettosa del cittadino, devono coesistere con la tutela degli altri diritti parimenti fondamentali secondo un ordinato modello di valori, equilibrato e aperto, che per sua stessa natura deve mantenersi sempre adeguato alle specifiche condizioni socio-culturali di convivenza del proprio tempo.

4. Conclusioni

In conclusione, sulla base di quanto sopra esposto e come più ampiamente argomentato nella risposta congiunta alla consultazione AGOM di *Adiconsum*, *Agorà Digitale*, *Altroconsumo*, *Assonet*, *Assoprovider* e *Studio Legale Sarzana e Associati*⁵⁹, il procedimento a tutela del diritto d'autore delineato al paragrafo 3.5 della Delibera 668/10/CONS appare inaccettabile in quanto incostituzionale, gravemente lesivo del diritto al contraddittorio del consumatore, in contrasto con il vigente diritto comunitario, carente di analisi di impatto economico e sproporzionato.

L'unico ambito di legittimo intervento da parte dell'Autorità per quanto concerne l'enforcement del diritto d'autore rimane eventualmente quello esplicitamente attribuito dal nuovo art. 32 bis, comma 3 del Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, come inserito ai sensi dall'art. 6 del decreto legislativo 15

⁵⁹ Tale documento, in attesa che l'AGCOM pubblichi gli atti della consultazione, è leggibile qui http://sitononraggiungibile.e-policy.it/wp-content/uploads/2011/03/consultazione_pubblica_sitononraggiungibile.pdf

marzo 2010, n. 44 (cd. "decreto Romani"), inerente lo specifico e chiaramente delimitato settore dei media audiovisivi, ed in riferimento, quanto all'ambito soggettivo, solo ed esclusivamente ai fornitori di servizi media audiovisivi.

In particolare, come ricorda l'Autorità stessa nel documento di consultazione, tale nuovo articolo, al comma 2 lettera b), dopo aver fatto divieto ai fornitori di servizi di media audiovisivi di *"trasmettere, ritrasmettere o mettere comunque a disposizione degli utenti, su qualsiasi piattaforma e qualunque sia la tipologia di servizio offerto, programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi, o parti di tali programmi, senza il consenso di titolari dei diritti"*, al comma 3 attribuisce proprio all'Autorità il compito di emanare *"le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti di cui al presente articolo"*.

Vale altresì la pena di ricordare, a scanso di equivoci, come lo stesso decreto Romani al successivo articolo 4 stabilisca che *"Non rientrano nella definizione di "servizio di media audiovisivo": i servizi prestati nell'esercizio di attività precipuamente non economiche e che non sono in concorrenza con la radiodiffusione televisiva, quali i siti Internet privati e i servizi consistenti nella fornitura o distribuzione di contenuti audiovisivi generati da utenti privati a fini di condivisione o di scambio nell'ambito di comunità di interesse; ogni forma di corrispondenza privata, compresi i messaggi di posta elettronica; i servizi la cui finalità principale non è la fornitura di programmi; i servizi nei quali il contenuto audiovisivo è meramente incidentale e non ne costituisce la finalità principale."*

Si tratta di una norma di rango primario che non può essere disattesa in alcun modo da una regolamentazione secondaria. Non si

comprendono dunque le motivazioni alla base dell'inciso presente al punto 2.3 della Delibera secondo il quale *“La competenza dell’Autorità in materia di copyright non sembra soffrire sensibili limitazioni dall’esclusione operata dall’art. 2, comma 1, lettera a) (del decreto Romani n.d.r.) per i “i siti internet privati e i servizi consistenti nella fornitura o distribuzione di contenuti audiovisivi generati da privati ai fini di condivisione o di scambio nell’ambito di comunità d’interesse”.* Né si comprende il motivo per il quale nella premessa di cui al punto 3.5.1 del paragrafo 3.5, vengano indicati tra i destinatari del provvedimento anche *“i gestori dei siti web”.*

Ma, oltre all'enforcement c'è necessariamente di più! come pare riconosce esplicitamente la stessa Autorità nelle premesse del documento di consultazione: *“Sul tema del diritto d'autore online si è sviluppato negli ultimi anni un ampio dibattito, focalizzato principalmente sulle misure più efficaci per contrastare il fenomeno. Tale approccio, che è sempre stato guidato dalla esigenza di tutelare l'“autore” dinanzi al “consumatore”, ha portato all'adozione, in diversi Paesi, di misure di contrasto fondate essenzialmente su divieti e sanzioni. Gli effetti pratici di un siffatto tipo di reazione, tuttavia, sono quantomeno dubbi. Sarebbe infatti opportuno individuare un modello di regolazione che ponga sull'attribuzione del giusto valore anche ai diritti dei consumatori di accedere ai contenuti online, contestualmente però, va da sé, sostenendo gli autori e le associazioni rappresentative dei loro interessi e i soggetti che veicolano i contenuti sul web. In questo senso, qualunque politica o intervento di contrasto della pirateria non può prescindere dalla coeva promozione di misure finalizzate a favorire l'offerta legale di contenuti accessibili ai cittadini: politiche che*

guardino ad uno solo di questi due aspetti sono destinate a fallire, come dimostra l'inefficacia delle misure tecniche di contrasto alla pirateria".

E' anche nostra salda convinzione che il diritto d'autore dovrebbe essere regolamentato in modo da garantire che nella sfera digitale ci sia il giusto equilibrio tra i diversi interessi, altrimenti da strumento di promozione della creatività e di nuovi contenuti esso diverrà un sistema di controllo e censura pervasivo e un ostacolo intollerabile all'accesso alla cultura e all'informazione. Purtroppo, però, con un salto logico di cui è difficile comprendere i motivi fondanti, alle pur apprezzabili ed equilibrate dichiarazioni di principio poste nell'incipit del documento di consultazione non fa seguito nel suo prosieguo alcuna proposta di azione concreta per quanto concerne la promozione del mercato legale e l'eliminazione delle barriere di natura contrattuale che ne rallentano lo sviluppo. Per questi aspetti l'Autorità si limita, con estrema timidezza, a svolgere considerazioni di massima astenendosi dall'ipotizzare misure prescrittive. Una timidezza e una cautela tanto più incomprensibili e stridenti se confrontate con la stringente quanto invasiva proposta avanzata invece dall'Autorità al paragrafo 3.5 con misure prescrittive per quanto concerne l'ipotizzato procedimento sommario di tutela del diritto d'autore.

Anche per questi motivi, sarebbe oltremodo auspicabile ed opportuno che, a conclusione delle consultazioni, facendo tesoro dei numerosi contributi costruttivi ricevuti e degli approfondimenti tecnici prodotti dai propri Uffici l'Autorità, stanti le sue limitate prerogative in materia, prendesse atto con serietà e lungimiranza dell'impossibilità di emanare allo stato un equilibrato regolamento definitivo in materia di diritto d'autore in Rete e si adoperasse, a

seguito di un ulteriore confronto e scambio di idee nell'ambito di una grande assemblea di tutti gli stakeholders, ad elaborare - anche attraverso appositi gruppi di lavoro - una utile Comunicazione sia alle Camere che alla Commissione europea. Con tale Comunicazione l'Autorità potrebbe indicare le necessarie linee di intervento per un ammodernamento della legge sul diritto d'autore (L. 633 del 21 aprile 1941) che si concentri su misure finalizzate a promuovere il mercato legale in Rete e, quindi, a rimuovere le esistenti barriere per lo sviluppo dell'offerta quali le finestre di distribuzione e l'interoperabilità delle piattaforme, oltre che a riconoscere più ampiamente le libere utilizzazioni nel contesto digitale.

CAPITOLO III.

I FILTRI PER L'ACCESSO AI CONTENUTI NELLA RETE E I PERICOLI PER GLI UTENTI: UN OVERVIEW TECNOLOGICO

di Stefano Quintarelli, Luca Annunziata e Gaia Bottà

1. Filtri, l'enforcement ha bisogno di terzi

Il rapporto tra i contenuti e il cittadino della rete che opera con essi, ad oggi, non può che essere mediato: l'utente ha bisogno di ospitalità per il materiale che condivide, ha bisogno di connettività per condividerlo, ha bisogno di rintracciare e di rendere rintracciabili i contenuti immessi online. È in questi rapporti tra utente e contenuto che si innesta l'azione dei detentori dei diritti che intendano tutelare le proprie opere, spesso abusate. Per questo motivo l'enforcement del diritto d'autore necessita di attori terzi, coloro che, pur senza interessarsi dei contenuti con cui trafficano gli utenti, permettono loro di condividerli e di fruirne. Solo con la collaborazione di questi intermediari, siano essi contenitori o veicolo di accesso ai contenuti, si può tentare di setacciare i contenuti per lasciar circolare solo quelli a norma di legge. Una questione quanto mai attuale per avviare una proficua discussione sulla sostenibilità e lo sviluppo di modelli alternativi di business.

2. Filtrare i contenuti con la collaborazione dei contenitori

Esistono degli strumenti che i detentori dei diritti possono utilizzare per tutelare le proprie opere proprio nel contesto in cui le opere vengano condivise in violazione della legge. Sono spesso strumenti

messi a disposizione dai contenitori del materiale condiviso: le piattaforme di *hosting*.

Si pensi al caso di YouTube, che ospita sui propri server i contenuti pubblicati dagli utenti: esso consente ai detentori dei diritti di inibire la circolazione delle opere condivise illegalmente offrendo al contempo canali per accogliere le segnalazioni di violazione e rimuovendo i contenuti fuorilegge.

Ma non di soli filtri “umani” si tratta: YouTube può identificare audio e video, a mezzo ContentID⁶⁰, e provvedere alla loro eliminazione.

Non tutte le piattaforme si mostrano però collaborative come il servizio di video sharing di Google: non è raro che ai servizi dedicati alla semplice ospitalità di contenuti venga imposto di far calare dei filtri che permettano agli utenti di condividere contenuti nel solo regime della legalità. Se i servizi di hosting lamentano la complessità del mettere in atto uno schema di filtri preventivi, l'orientamento degli stessi tribunali di tutto il mondo si mostra ancora poco uniforme rispetto alla questione. Rapidshare, armadietto digitale per riporre e condividere online qualsiasi tipo di file, è stato protagonista di due decisioni tedesche di segno opposto: nell'agosto 2010 una corte d'appello di Düsseldorf lo ha sollevato dall'onere della rimozione preventiva di contenuti chiesto dall'industria del

⁶⁰ <http://www.youtube.com/t/contentid>

copyright⁶¹, mentre solo pochi mesi dopo, nel dicembre 2010, la piattaforma di hosting è stata condannata da una corte di Amburgo a pagare una multa per non aver provveduto ad impedire la condivisione di opere letterarie protette⁶².

2.1 - ContentID

Il più noto esempio di sistema di filtraggio di contenuti a monte è quello implementato dal portale di videosharing YouTube, di proprietà di Google. La prima introduzione⁶³ di ContentID⁶⁴ risale al 2007⁶⁵: si ritiene che inizialmente la sua tecnologia fosse basata su quella prodotta dall'azienda *Audible Magic*⁶⁶ (circostanza mai chiarita del tutto dalle parti), e prevedeva il confronto tra una "impronta digitale" (*fingerprint*) dell'audio incorporato nel video con un database costruito sulla base dei campioni forniti dai detentori dei diritti. Successivamente⁶⁷ la tecnologia si è evoluta per consentire maggiore flessibilità di utilizzo e per includere anche i contenuti video nelle verifiche.

⁶¹ <http://punto-informatico.it/2952787/PI/News/rapidshare-no-ai-filtri-preventivi.aspx>

⁶² <http://punto-informatico.it/3049465/PI/News/rapidshare-multa-distrazione-al-filtraggio.aspx>

⁶³ <http://punto-informatico.it/2089954/PI/News/youtube-sfodera-filtri-antipirati.aspx>

⁶⁴ <http://www.youtube.com/t/contentid>

⁶⁵ <http://googleblog.blogspot.com/2007/06/state-of-our-video-id-tools.html>

⁶⁶ <http://www.audiblemagic.com/technology.php>

⁶⁷ <http://googleblog.blogspot.com/2007/10/latest-content-id-tool-for-youtube.html>

In sostanza⁶⁸, YouTube riceve da parte dei suoi oltre 1.000 partner registrati al programma ContentID il materiale riguardante i contenuti rivendicati dai detentori dei diritti: questo materiale viene elaborato per ricavarne un campione rappresentativo (*sample*), viene associato a dei metadati che lo descrivano forniti dagli stessi detentori dei diritti, e dunque inserito in un insieme di campioni di confronto che a oggi conta oltre 4 milioni di file⁶⁹.

Secondo gli ultimi dati forniti⁷⁰ da YouTube, ogni minuto circa 48 ore di video vengono caricati sulla sua piattaforma: ciascuna di queste clip viene messa a confronto con il database ContentID, e il suo contenuto vagliato a fronte delle rivendicazioni dei detentori dei diritti. Il sistema è in grado identificare video e audio anche in presenza di sostanziali modifiche degli stessi: artefatti legati alla compressione, modifiche in post-produzione all'audio (es: *resampling*, accelerazione della riproduzione, attenuazione, amplificazione ecc), sorgenti non ortodosse per il video (es: riprese di uno spettacolo televisivo tramite videocamera dallo schermo dell'apparecchio TV). Il sistema è inoltre in grado di individuare singole presunte infrazioni in porzioni minime delle clip (es: spezzoni contenenti un brano musicale in sottofondo).

Qualora uno dei video caricati produca un riscontro positivo nel database di confronto, si aprono diverse strade. Come detto, YouTube ha cercato di rendere più flessibile l'utilizzo dei suoi

⁶⁸ <http://youtu.be/9g2U12SsRns>

⁶⁹ <http://youtube-global.blogspot.com/2010/12/content-id-turns-three.html>

strumenti: inizialmente la tecnologia ContentID riguardava principalmente i contenuti audio, e in caso di identificazione si limitava a rimuovere il sonoro della clip incriminata segnalandolo all'autore. Quest'ultimo aveva la possibilità di inserire una nuova traccia sonora nel video, allo scopo di renderlo nuovamente fruibile. Successivamente⁷¹, dietro pressione di alcuni detentori dei diritti, YouTube ha iniziato a rimuovere i contenuti ritenuti in infrazione di copyright.

In seguito all'introduzione di ContentID, gli utenti della piattaforma hanno iniziato a cercare metodi più o meno sofisticati per aggirarne i controlli. Dal semplice ribaltamento dell'immagine (*mirroring*) per evitare l'identificazione del video, fino a più approfondite analisi⁷² per ricavare a posteriori le metodologie di verifica e controllo adottate da YouTube: modifiche più o meno complesse di audio e video sono state adottate per tentare di sfuggire ai controlli, innescando la classica rincorsa tra gestori della piattaforma e suoi utenti per restare al passo gli uni con gli altri.

Il risultato di tale sforzo è la sostanziale *caotizzazione* dei contenuti e della loro disponibilità: clip di un certo successo possono venire rimosse senza preavviso impedendo la loro fruizione da parte delle migliaia di utenti che le trovino incorporate (*embed*) in siti terzi esterni a YouTube. È pressoché impossibile stilare un elenco o una

⁷⁰ <http://punto-informatico.it/3174053/PI/News/youtube-ad-maiora.aspx>

⁷¹ <http://punto-informatico.it/2542709/PI/News/eff-youtube-massacra-creativita.aspx>

⁷² <http://www.csh.rit.edu/~parallax/>

playlist di clip che duri nel tempo: in qualunque momento, al crescere del database e all'evolversi delle tecnologie a disposizione di YouTube, un singolo video può essere rintracciato e identificato come in violazione delle leggi sul diritto d'autore, e quindi essere rimosso o bloccato. Non mancano esempi, anche eclatanti⁷³, di falsi positivi⁷⁴, che non pochi grattacapi⁷⁵ hanno creato al portale e alla sua proprietà, convincendoli a introdurre forme più strutturate⁷⁶ e più gradualmente di intervento.

YouTube ha poi realizzato⁷⁷ un sistema denominato "click-to-buy": in presenza di un riscontro positivo nel database ContentID e in mancanza di una indicazione precisa su come intervenire da parte del detentore dei diritti, la piattaforma fornisce⁷⁸ accanto al contenuto un link che conduce su una piattaforma di e-commerce dove poter acquistare legittimamente il contenuto stesso. La filosofia dietro questa iniziativa è quella di contribuire alla crescita del business dei partner fornendo un accesso rapido e semplificato a forme di monetizzazione legali e autorizzate del materiale coperto da diritto d'autore, anche se i numeri paiono estremamente modesti.

⁷³ <http://punto-informatico.it/2612581/PI/Brevi/warner-lessig-viola-copyright.aspx>

⁷⁴ <http://punto-informatico.it/2825042/PI/News/youtube-torna-casa-lessig.aspx>

⁷⁵ <http://punto-informatico.it/2615124/PI/Brevi/come-ti-remix-lessig.aspx>

⁷⁶ <http://youtube-global.blogspot.com/2010/04/content-id-and-fair-use.html>

⁷⁷ <http://youtube-global.blogspot.com/2009/01/watch-it-on-youtube-then-click-to-buy.html>

⁷⁸ http://punto-informatico.it/2432254_2/PI/News/youtube-video-sono-banner.aspx

Inoltre, oltre a chiedere la rimozione di un contenuto ritenuto in infrazione del diritto d'autore, i detentori dei diritti possono oggi optare per concedere una sorta di "licenza" sul contenuto individuato. Nel corso degli anni, YouTube ha introdotto sempre diverse varianti di pubblicità abbinabile alle clip: in stile televisivo⁷⁹, con accordi diretti⁸⁰ con i detentori dei diritti⁸¹ ⁸² o invitando singoli utenti a partecipare a formule di *revenue sharing*⁸³ sugli introiti pubblicitari, alla costante ricerca⁸⁴ di un modello di business condiviso e sostenibile⁸⁵. I detentori dei diritti accreditati oggi possono provvedere automaticamente all'inserimento di banner pubblicitari all'interno delle clip identificate come a loro appartenenti, condividere i profitti dell'advertising con Google, oppure optare per una drastica rimozione per tentare di mantenere un difficile controllo sui propri contenuti.

Nel panorama italiano spiccano le due diverse filosofie adottate dai due principali network televisivi nazionali: Rai, che è il *broadcaster* titolare del servizio pubblico, ha di fatto abbracciato sin dal 2008⁸⁶ il

⁷⁹ <http://punto-informatico.it/3043005/PI/News/youtube-pubblicita-sorvolabile.aspx>

⁸⁰ <http://punto-informatico.it/2768458/PI/News/musica-online-fallimenti-speranze.aspx>

⁸¹ <http://punto-informatico.it/2600219/PI/News/youtube-sposa-universal-flirta-sony.aspx>

⁸² <http://punto-informatico.it/2438090/PI/News/youtube-star-trek-salsa-spot.aspx>

⁸³ <http://punto-informatico.it/2698002/PI/News/youtube-paga-15-minuti-fama.aspx>

⁸⁴ <http://punto-informatico.it/1976256/PI/News/youtube-inizia-pagare-utenti.aspx>

⁸⁵ <http://punto-informatico.it/2341410/PI/Commenti/webtheatre-peter-pubblicita-google.aspx>

⁸⁶ <http://punto-informatico.it/2439136/PI/Brevi/piu-rai-dentro-youtube.aspx>

modello di distribuzione proposto da YouTube, pur con tutti i distinguo⁸⁷ del caso, mentre Mediaset, soggetto privato vincolato a sua volta ai propri contratti di acquisizione dei diritti, ha esercitato⁸⁸ il più stretto controllo sui propri contenuti, anche ricorrendo⁸⁹ (con successo) alle vie legali.

Restano in sospeso⁹⁰ alcune questioni fondamentali legate al tipo di licenza disponibili sulla piattaforma e al cosiddetto *fair use*⁹¹, ovvero l'uso consentito di estratti⁹² di opere coperte da diritto d'autore in presenza di un contributo creativo significativo. I già citati casi⁹³ di rimozione di video contenenti spezzoni di materiale coperto dal diritto d'autore mettono in luce i limiti dell'approccio automatico adottato da YouTube: l'algoritmo alla base di ContentID non è in grado di distinguere tra un utilizzo legittimo di video e audio inseriti in un contesto creativo e un abuso perpetrato ai danni dei legittimi detentori dei diritti. Peraltro tale distinzione è talvolta anche oggetto di diatribe legali in cui un giudice, non un sistema automatico, è chiamato a dirimere le liceità o meno di un comportamento.

⁸⁷ <http://punto-informatico.it/2826093/PI/News/altro-che-bbc-qui-mamma-rai.aspx>

⁸⁸ <http://punto-informatico.it/3139163/PI/News/confalonieri-internet-della-concorrenza-sleale.aspx>

⁸⁹ <http://punto-informatico.it/2773039/PI/News/youtube-grande-fratello-va-asportato.aspx>

⁹⁰ <https://www.eff.org/deeplinks/2007/10/youtubes-copyright-filter-new-hurdle-fair-use>

⁹¹ <https://www.eff.org/issues/ip-and-free-speech/fair-use-principles-usergen>

⁹² <https://www.eff.org/deeplinks/2009/01/youtubes-january-fair-use-massacre>

⁹³ <https://www.eff.org/deeplinks/2010/03/youtubes-content-id-censorship-problem>

L'introduzione recente⁹⁴ di alcune forme (incomplete) di licenza *Creative Commons*⁹⁵ sembra recepire questa istanza in particolare: ma, a oltre tre anni di distanza dalla prima introduzione di ContentID, le problematiche legate alla cultura del remix e del riuso non sembrano a oggi trovare una piena soluzione.

Accanto al sistema di filtraggio automatico, YouTube mantiene attivo un sistema di segnalazione manuale da parte degli utenti dei video in violazione delle policy della piattaforma o delle leggi vigenti. Inoltre, YouTube dal 2006⁹⁶ dispone di un sistema di segnalazione "*notice and takedown*", attraverso il quale i detentori dei diritti possono presentare richiesta di rimozione di una clip.

3. - Filtrare i contenitori con la collaborazione dei fornitori di connettività

Qualora non si possa fare affidamento sulla collaborazione dell'intermediario che ospita fisicamente i file, è possibile ostacolare condivisione e fruizione dei contenuti agendo sui flussi di dati che scorrono in rete, trasportati dalle infrastrutture di connettività. Impedendo cioè agli utenti di raggiungere i contenitori che ospitano i contenuti condivisi illecitamente. I terzi chiamati a collaborare in questo caso sono gli Internet Service Provider.

⁹⁴ <http://punto-informatico.it/3180400/PI/News/youtube-creative-commons-tutti.aspx>

⁹⁵ <http://creativecommons.org/>

⁹⁶ <http://www.techdirt.com/articles/20061022/164548.shtml>

È questa la strategia adottata dalle autorità italiane nei confronti di The Pirate Bay. Il 10 agosto 2008⁹⁷ gli Internet Service Provider italiani, su ordine del GIP Raffaella Mascarino del Tribunale di Bergamo⁹⁸, hanno iniziato a deviare il traffico degli utenti italiani: coloro che tentassero di accedere al motore di ricerca per torrent si vedevano restituire dal browser pagine vuote o occupate dalle segnalazioni del blocco.

Ma dopo la decisione del Tribunale del Riesame di Bergamo⁹⁹ che stabiliva l'illiceità del sequestro ordinato agli ISP italiani e ordinava ai provider di riaprire i rubinetti tornando a indirizzare il traffico verso The Pirate Bay senza deviazione alcuna¹⁰⁰, dopo che la procura di Bergamo aveva chiesto e ottenuto¹⁰¹ dalla Cassazione l'annullamento del dissequestro, un nuovo ostacolo è stato frapposto tra i cittadini della rete italiani ed il sito svedese. Si tratta, in questo caso, di un filtro che opera a livello IP¹⁰²: sono sempre gli Internet Service Provider a dover prestare la propria collaborazione nel tentativo di arginare le pratiche di condivisione illegali.

⁹⁷ <http://punto-informatico.it/2381433/PI/Brevi/10-agosto-2008-italia-blocca-pirate-bay.aspx>

⁹⁸ <http://www.ictlex.net/?p=934>

⁹⁹ <http://punto-informatico.it/2417079/PI/Brevi/italia-sblocca-accesso-the-pirate-bay.aspx>

¹⁰⁰ <http://punto-informatico.it/2423555/PI/Brevi/pirate-bay-partito-ordine-sblocco.aspx>

¹⁰¹ <http://punto-informatico.it/2778015/PI/News/cassazione-baia-si-puo-sequestrare.aspx>

¹⁰² <http://punto-informatico.it/2808491/PI/News/sigillo-ip-the-pirate-bay.aspx>

3.1 - Filtraggio IP

Un router¹⁰³ (*instradatore*) è un componente di rete che si occupa di instradare da sorgente a destinazione i pacchetti di dati in cui sono suddivise le informazioni: si tratta di un dispositivo che, conoscendo origine e destinazione, inoltra le informazioni desiderate seguendo le informazioni contenute in tabelle di percorsi: le *tabelle di routing*. In altre parole, il router è un elemento fondante di una rete, poiché costituisce di fatto un incrocio tra le diverse parti dell'infrastruttura e consente di muovere i contenuti al suo interno in maniera intelligente.

Il filtraggio di tipo IP prevede l'inserimento, da parte di un ISP¹⁰⁴ (*Internet Service Provider*) di specifiche regole all'interno delle *tabelle di routing*: in questo modo, richieste indirizzate a uno specifico indirizzo IP, ovvero ad esempio un indirizzo che identifica un server, vengono ignorate. Questo tipo di filtraggio è stato impiegato in Italia.

L'approccio del filtraggio IP può vantare una relativa semplicità di implementazione: l'infrastruttura prevede già i router, e la loro configurazione specifica consta di pochi comandi impartiti da un tecnico. I principali svantaggi di questa tecnica consistono nella sua grossolanità: a uno stesso indirizzo IP possono corrispondere più siti Web o servizi, con la sfortunata conseguenza di impedire l'accesso a risorse legittime nel tentativo di bloccarne una o poche altre illegittime. Inoltre, qualora il numero di questi indirizzi da filtrare

¹⁰³ <http://it.wikipedia.org/wiki/Router>

¹⁰⁴ http://it.wikipedia.org/wiki/Internet_Service_Provider

crescesse significativamente, i costi degli apparati e della loro gestione aumenterebbero in modo importante.

Il filtraggio IP deve prevedere un coordinamento centrale per l'aggiornamento proattivo e costante delle *tabelle di routing*: al variare dell'indirizzo IP, ovvero nel caso in cui il fornitore dei contenuti che si desidera filtrare cambi host, il filtro non risulterà più efficace e occorrerà intervenire per fare fronte alla nuova situazione.

Infine, è già successo in alcuni casi che la pubblicazione centralizzata di una lista di indirizzi da filtrare, una volta scoperta¹⁰⁵, producesse l'effetto opposto¹⁰⁶: diventando un elenco di interessanti luoghi "proibiti" da sfruttare, una volta scoperto come aggirare il filtraggio.

3.2 - Filtraggio Proxy

Il *proxy*¹⁰⁷ è una categoria di sistemi molto popolare negli anni di inizio dell'Internet commerciale, che si interpone tra client e server, ovvero è un componente che fa da tramite tra i due. L'esempio più comune di *proxy* è quello di tipo HTTP¹⁰⁸, ovvero del tipo impiegato per la navigazione web: scopi comuni dell'impiego di un *proxy* erano la connessione tra una rete privata e una esterna (a scopo di comunicazione o di *firewalling*¹⁰⁹), il *caching*¹¹⁰ (per velocizzare le

¹⁰⁵ <http://punto-informatico.it/2651690/PI/News/pedolista-italiana-wikileaks.aspx>

¹⁰⁶ <http://punto-informatico.it/2580879/PI/News/australia-smascherata-lista-nera.aspx>

¹⁰⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/Proxy_server

¹⁰⁸ http://it.wikipedia.org/wiki/Proxy#Proxy_HTTP

¹⁰⁹ <http://it.wikipedia.org/wiki/Firewall>

operazioni di caricamento avvicinando le informazioni al richiedente), il monitoraggio, il controllo, l'anonimato.

Poiché un *proxy* agisce a livello applicativo, la sua intromissione nelle comunicazioni degli utenti può essere giustificata per limitare l'utilizzo di specifici protocolli. In questo modo è possibile impedire l'utilizzo di specifici strumenti impedendo la circolazione dei pacchetti relativi, lasciando inalterato l'utilizzo di ogni altro protocollo.

Oggi l'utilizzo avviene perlopiù in ambito aziendale per inibire l'accesso a determinati servizi online da parte di dipendenti in un certo modo ribaltando la logica di funzionamento di Internet: tutte le risorse sono bloccate ad eccezione di ciò che viene esplicitamente consentito. Il funzionamento è legato anche in certa misura al controllo delle configurazioni dei PC da parte del datore di lavoro che non consente l'installazione di altri programmi sulle macchine degli utenti né il cambiamento delle configurazioni.

Non trova quindi efficacia pratica nel mondo degli ISP, in quanto dirottare l'intero traffico richiede l'impiego di apparecchiature e software con un impegno estremamente oneroso sotto il profilo della infrastruttura. Inoltre, un disservizio sul *proxy* può causare gravi ripercussioni sulla affidabilità dei servizi erogati.

¹¹⁰ http://it.wikipedia.org/wiki/Web_cache

3.3 - Filtraggio DNS

Le operazioni di filtraggio dei contenuti Internet a mezzo DNS¹¹¹ (*DNS poisoning*¹¹², avvelenamento dei DNS) hanno preso rapidamente piede anche alla luce delle direttive comprese nella legge in discussione presso il Senato USA (*Protect IP Act*¹¹³). La loro implementazione richiede la collaborazione di diversi attori facenti parte della catena dei fornitori di servizio in Rete, e presentano diverse difficoltà legate soprattutto all'efficacia e alla precisione nella loro applicazione. Questo tipo di filtraggio è stato impiegato in Italia.

Il sistema DNS può essere equiparato a un elenco telefonico: in luogo di ricordare sequenze di quattro terzetti di numeri (nel protocollo IPv4¹¹⁴, es: *192.168.255.100*) rappresentanti l'indirizzo di un sito Web, all'utente finale è consentito inserire una stringa di testo (es: *www.esempio.it*) che verrà quindi tradotta in un numero identificativo unico. A titolo meramente esemplificativo, ipotizziamo che:

1. l'utente ricerchi un'informazione tramite un motore di ricerca, da cui ottenga un indirizzo web (*www.esempio.it*);
2. ottenuto questo indirizzo lo inserisca nella barra degli indirizzi del browser, ovvero clicchi su uno dei risultati della ricerca;
3. a questo punto, la sua richiesta verrà inoltrata al suo server DNS di riferimento;

¹¹¹ http://en.wikipedia.org/wiki/Domain_Name_System

¹¹² http://en.wikipedia.org/wiki/DNS_poisoning

¹¹³ http://en.wikipedia.org/wiki/Protect_IP_Act

¹¹⁴ <http://it.wikipedia.org/wiki/IPv4>

4. il DNS restituisce all'utente l'indirizzo IP dove reperire il sito web desiderato (192.168.255.100);
5. il programma *browser* dell'utente si collega a quell'indirizzo IP e visualizza i contenuti all'utente.

La comunicazione avviene sempre tra indirizzi IP. L'associazione tra indirizzi IP e nomi mnemonici è sempre garantita da questa sorta di rubrica chiamata DNS che "risolve" gli indirizzi.

Se ciascuno di questi passaggi arriva a buon fine, il meccanismo di risoluzione degli indirizzi permette di visitare e consultare qualunque risorsa disponibile in Rete.

L'operazione di filtraggio consiste nel viziare uno o più dei passaggi sopra descritti: condizionando le informazioni contenute nel punto 3 (il servizio comunemente fornito dal proprio ISP), ad esempio, si riesce agevolmente a dirottare il traffico diretto a domini specifici verso pagine di errore o contenuti alternativi. In questo modo, l'utente non potrà visualizzare i contenuti ivi ospitati, ma non potrà altresì ottenere alcuna informazione ancorché lecita disponibile presso quello stesso dominio.

Questo tipo di approccio è analogo all'attacco conosciuto come "*man in the middle*"¹¹⁵, nel quale l'attaccante fornisce alla vittima informazioni viziate sulla disponibilità e l'affidabilità di una risorsa cercata: in questo modo, ad esempio, un malintenzionato che si

¹¹⁵ http://en.wikipedia.org/wiki/Man-in-the-middle_attack

impossessasse del server DNS usato dall'utente, potrebbe dirottare il traffico legittimo di un utente su un proprio server, intercettandone le comunicazione ed eventualmente sottraendo contenuti sensibili. Per questo motivo, molti esperti criticano¹¹⁶ l'approccio del filtraggio DNS a causa dei possibili vizi che ciò potrebbe introdurre nella catena di fiducia necessaria a un corretto utilizzo di Internet.

Bisogna comunque osservare che, in presenza di filtraggi o del DNS, per collegarsi ad un determinato sito web è sufficiente:

- specificare il suo indirizzo IP reale, evitando di richiedere al DNS la conversione tra nome del sito e relativo indirizzo IP;
- configurare il proprio PC per usare un server DNS alternativo a quello filtrato.

3.4 Equilibrio normativo

Tutte le pratiche descritte di filtraggio implicano un intervento attivo da parte degli ISP nella comune navigazione dei propri clienti. A vario titolo, ciascuno dei metodi implica un'influenza più o meno marcata dell'azione dei provider nella comunicazione tra client e server: poiché la normativa europea in materia garantisce ai provider stessi il ruolo di intermediario (*mere conduit*¹¹⁷) e i rispettivi benefici per quanto riguarda la responsabilità rispetto alle infrazioni, a fronte della loro imparzialità rispetto a quanto svolto via Internet dai loro

¹¹⁶

<http://www.shinkuro.com/PROTECT%20IP%20Technical%20Whitepaper%20Final.pdf>

¹¹⁷ http://itlaw.wikia.com/wiki/Mere_conduit

utenti, ciò pone gli ISP nella scomoda posizione di dover mediare tra diritti e doveri che gli sono riconosciuti dalla legge.

4. - Strumenti di aggiramento: DNS, proxy, VPN, TOR

L'aggiramento o la vanificazione dei vari tipi di filtraggio non richiede necessariamente una conoscenza approfondita degli strumenti informatici. Esistono software specifici¹¹⁸, gratuitamente ottenibili via Internet, che in maniera totalmente trasparente per l'utente provvedono automaticamente a scavalcare le più comuni limitazioni imposte a livello di connettività.

Per scavalcare un blocco DNS, ad esempio, può bastare impostare all'interno del proprio computer server DNS diversi¹¹⁹ da quelli forniti di default dal proprio ISP: limitazioni imposte a provider di uno stato possono non essere stati imposti a quelli di uno stato limitrofo. In alternativa, seguendo una guida specifica¹²⁰, si possono introdurre eccezioni valide per evitare questo tipo di filtro mediante la semplice modifica di poche righe di testo in alcuni file di configurazione di sistema.

Queste pratiche sono, per ragioni di sicurezza, normalmente deprecate: reindirizzamenti del traffico a livello DNS sono un vettore molto sfruttato dai malintenzionati per truffe e *phishing*¹²¹, pertanto –

¹¹⁸ <http://punto-informatico.it/2643288/PI/News/bitblinder-p2p-fa-anonimo.aspx>

¹¹⁹ <http://www.iuculano.it/it/internet/aggirare-blocco-scommesse/>

¹²⁰ http://www.ehow.com/how_7328821_bypass-tpb-filter.html

¹²³ <http://it.wikipedia.org/wiki/Phishing>

¹²³ <http://www.techsnack.net/how-to-bypass-blocked-website-from-your-schooloffice>

come dimostra l'introduzione del protocollo *DNSSEC*¹²² – sarebbe opportuno educare il senso comune verso un irrobustimento della catena di fiducia legata al protocollo DNS piuttosto che al suo indebolimento.

Scavalcare il blocco di indirizzi web specifici può inoltre essere attuato mediante la scelta di una codifica differente¹²³ dell'indirizzo (es: esadecimale), oppure tramite l'utilizzo di servizi di anonimizzazione comunemente disponibili in Rete. Il loro impiego, come nel caso precedente, non richiede alcuna esperienza nell'utilizzo di strumenti avanzati e le istruzioni per il loro utilizzo si trovano semplicemente con qualsiasi motore di ricerca.

Un sistema di aggiramento dei blocchi IP consiste¹²⁴ nell'utilizzo dei *proxy*: se, ad esempio, uno specifico contenuto non fosse disponibile nella propria nazione a causa di limitazioni contrattuali o giudiziarie, il suo reperimento tramite un server *proxy* situato in una nazione differente dalla propria richiede appunto uno sforzo minimo da parte dell'utente, anche senza configurazione specifica del proprio computer.

<http://it.wikipedia.org/wiki/Phishing>

¹²² <http://www.techsnack.net/how-to-bypass-blocked-website-from-your-schooloffice>

¹²³ <http://it.wikipedia.org/wiki/Phishing>

¹²³ <http://www.techsnack.net/how-to-bypass-blocked-website-from-your-schooloffice>

¹²⁴ <http://punto-informatico.it/3143394/PI/News/btjunkie-ritorno-col-proxy.aspx>

4.1 – VPN

VPN è l' acronimo di *Virtual Private Network*¹²⁵; ovvero la realizzazione di una rete virtualmente privata che è veicolata sulla rete pubblica Internet, assicurandone la riservatezza delle comunicazioni; i dati viaggiano con lo stesso livello di protezione con cui viaggierebbero all'interno di una rete privata locale (LAN¹²⁶).

Le reti VPN nascono per soddisfare il bisogno di utenti privati di utilizzare un mezzo di trasporto pubblico (Internet) per la trasmissione sicura delle proprie informazioni, senza dover ricorrere a costose e complesse infrastrutture private. La natura sicura e discreta delle VPN le rende strumenti ideali per consentire agli utenti P2P¹²⁷ (*peer to peer*, ovvero una delle forme più diffuse di *file sharing*¹²⁸) di eludere qualunque tipo di controllo. I dati viaggiano coperti da una cifratura più o meno robusta confusi tra il resto del traffico di rete: le tecnologie impiegate per distinguere il traffico P2P da quello “comune” per HTTP (Web) o posta elettronica risultano pertanto inefficaci.

La creazione e la gestione di una VPN può essere un procedimento costoso. I suoi vantaggi per coloro i quali intendono tuttavia utilizzare la connessione a Internet per il P2P (sia illegale che legale) sono indubbi: anonimato, scarsa tracciabilità. Per questo motivo, uno

¹²⁵ <http://en.wikipedia.org/wiki/Vpn>

¹²⁶ http://en.wikipedia.org/wiki/Local_area_network

¹²⁷ <http://en.wikipedia.org/wiki/Peer-to-peer>

¹²⁸ http://en.wikipedia.org/wiki/File_sharing

dei più celebri siti dedicati al *file sharing*, *The Pirate Bay*¹²⁹, ha annunciato nel 2009¹³⁰ (e lanciato nel 2010¹³¹) un servizio VPN denominato *IPREDATOR*¹³². Il suo basso costo, 5 euro al mese, e la relativa semplicità di utilizzo seguendo una semplice guida passo passo^{133 134}, rendono *IPREDATOR* uno strumento di aggiramento dei sistemi di filtraggio economico e facile da usare: la sua configurazione è alla portata di quasi qualunque utente di cultura informatica medio-bassa.

L'utilizzo di una VPN per la trasmissione dei propri dati impedisce l'efficacia di misure di contenimento del *file sharing* analoghe a quelle adottate in Francia, e conosciute come "dottrina Sarkozy"¹³⁵.

Il livello di competenza necessario per configurare una VPN con un fornitore estero è modesto, seppure superiore a quello richiesto per usare un *proxy* come descritto in precedenza. In questo caso non è necessario seguire una lista di istruzioni per cambiare la propria modalità di navigazione, ma è necessario operare delle semplici configurazioni sul proprio computer.

¹²⁹ <http://thepiratebay.org/>

¹³⁰ <http://punto-informatico.it/2584911/PI/News/ipredator-darknet-al-gusto-the-pirate-bay.aspx>

¹³¹ <http://punto-informatico.it/2791641/PI/News/ipredator-libera.aspx>

¹³² <https://www.ipredator.se/>

¹³³ <https://www.ipredator.se/faq/guides/connectionvista/>

¹³⁴ <https://www.ipredator.se/faq/qna/>

¹³⁵ <http://punto-informatico.it/cerca.aspx?s=%22dottrina+sarkozy%22&t=4&o=0>

4.2 - TOR

TOR¹³⁶, acronimo di *The Onion Router*, è uno strumento di anonimizzazione per la comunicazione via Internet. TOR protegge le comunicazioni degli utenti che utilizzano il protocollo attraverso una serie di *relay*, ovvero server che costituiscono un circuito virtuale attraverso il quale far rimbalzare i propri pacchetti di dati, coperti da una cifratura stratificata, da partenza a destinazione. TOR è un software open source¹³⁷ gestito dall'organizzazione senza scopo di lucro *The Tor Project*¹³⁸.

Un utente che decida di utilizzare TOR non dovrà far altro che installare e lanciare il software apposito sulla propria macchina. Quest'ultimo negozierà automaticamente (rinnovandolo periodicamente) un percorso virtuale attraverso la rete dei nodi TOR. L'uso della parola *Onion* (in inglese *cipolla*) indica la cifratura a più strati cui vengono sottoposti i pacchetti in transito per garantire la sicurezza della trasmissione. Grazie a questo procedimento, un osservatore posto in punto qualsiasi della rete TOR non è in grado in alcun modo di risalire all'origine o alla destinazione di un pacchetto in transito.

¹³⁶ <http://www.torproject.org/>

¹³⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/Open_source

¹³⁸ <http://www.torproject.org/about/corepeople.html.en>

Nonostante persistano alcune debolezze e limitazioni¹³⁹ alle capacità di TOR, come ad esempio delle performance inferiori in fase di navigazione, la sua natura open e la sua disponibilità per quasi qualsiasi piattaforma e sistema operativo, unite alla gratuità, ne fa un potente e molto apprezzato strumento di anonimizzazione, anche per la difesa della libertà d'espressione nei paesi ove persistano limitazioni significative all'utilizzo di Internet¹⁴⁰.

4.3 - Plugin

In risposta alla crescente pressione normativa¹⁴¹ sulle comunicazioni in Rete, la semplificazione degli strumenti di aggiramento del filtraggio sta rapidamente prendendo piede. Il più attuale esempio di questa tendenza è costituito da *MafiaaFire*¹⁴², estensione per il noto e diffuso browser Firefox, nata¹⁴³ ¹⁴⁴ per scavalcare le limitazione recentemente introdotte dalla legislazione USA in materia di filtraggio di domini.

¹³⁹ [http://en.wikipedia.org/wiki/Tor_\(anonymity_network\)#Weaknesses](http://en.wikipedia.org/wiki/Tor_(anonymity_network)#Weaknesses)

¹⁴⁰ <http://punto-informatico.it/3135861/PI/News/freedom-house-istruzioni-anticensura.aspx>

¹⁴¹ <http://punto-informatico.it/3157845/PI/News/protect-ip-stangata-del-copyright.aspx>

¹⁴² <https://addons.mozilla.org/en-US/firefox/addon/mafiaa-fire-redirector/>

¹⁴³ <http://punto-informatico.it/3136523/PI/News/mafiaa-fire-estensione-antisequestro.aspx>

¹⁴⁴ <http://punto-informatico.it/3153062/PI/News/mafiaa-fire-mozilla-sugli-scudi-antisequestro.aspx>

Per utilizzare questa categoria di software il livello di complessità che l'utente deve affrontare si colloca a metà tra la configurazione di una VPN e l'utilizzo di un *proxy*.

5. - Filtrare i filtri dell'informazione

I detentori dei diritti, per scoraggiare la condivisione illecita dei contenuti, hanno cominciato a guardare oltre, cercando la collaborazione di soggetti *ancora più terzi* rispetto alle operazioni di condivisione compiute dai cittadini della rete. È così che i filtri, oltre che sui contenuti e sui contenitori, possono agire su un ulteriore fronte: quello delle bussole che facilitano l'accesso al contenitore in cui è riposto il contenuto che interessa all'utente.

I contenuti condivisi dai cittadini della rete proliferano, e coloro che intendono fruirne necessitano di orientamento, di strumenti di selezione che permettano di rintracciare esattamente quello che si sta cercando. I motori di ricerca svolgono questa funzione proponendo all'utente i link che più si avvicinano a soddisfare i suoi bisogni, espressi per mezzo delle parole usate come chiavi di ricerca.

Per questo motivo l'*enforcement* del diritto d'autore si concentra sempre di più su questo tipo di strumenti: non è inusuale che i detentori dei diritti chiedano ai motori di ricerca di non mostrare risultati che puntino a "siti contenitore" in cui si ritiene si praticino attività contro la legge¹⁴⁵.

¹⁴⁵

<http://punto-informatico.it/2921086/PI/News/google-intermediario-intermediari.aspx>

I motori di ricerca offrono altresì strumenti che tentano di anticipare i desideri dell'utente, suggerendo ad esempio le parole chiave che potrebbero condurre ai risultati a cui tende. Si tratta di servizi come *Google Suggest*¹⁴⁶: se un utente è alla ricerca di un determinato contenuto, non è raro che il servizio associ alla parola chiave usata dall'utente per descrivere il contenuto una ulteriore parola chiave che rappresenta il contenitore in cui è probabile rintracciarlo. Contenitori che non sempre ospitano contenuti condivisi legalmente.

Google sembra aver smesso di suggerire parole chiave ritenute inopportune dai detentori dei diritti¹⁴⁷: il filtro che Google applica volontariamente ai propri strumenti è un filtro alla propria missione, quella di facilitare l'accesso all'informazione.

Ma non finisce qui la rassegna dei soggetti terzi ad essere filtrati: negli Stati Uniti si sta discutendo il *Protect IP Act*^{148 149}, dedicato alla tutela della proprietà intellettuale: il testo della legge prevede la possibilità di imporre a inserzionisti e servizi di pagamento di interrompere i propri rapporti con i contenitori di materiale condiviso illegalmente.

¹⁴⁶ <http://punto-informatico.it/2385476/PI/Brevi/se-mancano-parole-ci-pensa-google.aspx>

¹⁴⁷ <http://punto-informatico.it/3077849/PI/News/copyright-google-non-suggerisce-violazioni.aspx>

¹⁴⁸ <http://www.publicknowledge.org/files/docs/Bill-PROTECT-IP-Act-2011.pdf>

¹⁴⁹ <http://punto-informatico.it/3161084/PI/News/protect-ip-act-copyright-giustizia-privata.aspx>

6. Conclusione

Filtri che identificano e bloccano i contenuti, filtri che operano sui contenitori, filtri che complicano all'utente la possibilità di rintracciare i contenuti.

Talvolta viene portato a dimostrazione dell'efficacia dei filtri il fatto che determinati contenuti malevoli (virus, spam) vengano filtrati dai fornitori con grande successo: ciò dimostrerebbe la possibilità tecnica di filtrare anche contenuti in violazione delle regole sul copyright.

Il parallelo in realtà non è tale.

Nel primo caso è interesse dell'utente la rimozione di questi contenuti e, pertanto, non solo l'utente non cercherà di aggirare le protezioni ma anzi le manterrà in perfetta efficienza. Nel secondo caso l'utente interessato a violare le norme cercherà di aggirare tali protezioni, rendendole facilmente inefficaci.

L'appassionato di gioco d'azzardo illegale non viene certamente bloccato nella sua attività dai filtri di tipo *DNS Poisoning* imposto in Italia dall'AAMS. Il visitatore occasionale, viceversa, che non ha un incentivo particolare ad aggirare il filtraggio, non si imbatte in questi tipi di siti che continueranno ad esistere lontano dalla sua sfera osservabile. Le informazioni provenienti dai paesi totalitari, nonostante le censure imposte, ci dimostrano che, fortunatamente, tali censure sono aggirabili (anche grazie agli sforzi ed investimenti

messi in campo dalle nazioni occidentali per la realizzazione di sistemi di aggiramento della censura).

In che misura questi strumenti sono efficaci? C'è chi sostiene che il richiamato filtraggio di *The Pirate Bay* abbia ridotto in misura significativa l'accesso a quel sito da parte degli utenti italiani, per come rilevato da società di analisi del comportamento degli utenti. Nulla però ci dice sull'andamento complessivo del fenomeno, se e come gli utenti stiano usando tecniche di aggiramento dei filtri o si stiano rivolgendo ad altri siti pirata o ad altri sistemi di condivisione illegali.

L'andamento aggregato del traffico sulla Rete lascia supporre che vi siano altri sistemi che gli utenti stanno adottando, quali ad esempio i cosiddetti *cyberlocker*¹⁵⁰ (in inglese, *armadietti digitali*): siti dove, nascosti in mezzo ad altri contenuti leciti, vengono inseriti contenuti condivisi illegalmente e facilmente rintracciabili dagli utenti. Un'analisi del traffico aggregato su un segmento di rete importante dimostra infatti che questa modalità ha oggi una diffusione analoga a quella dei "tradizionali" sistemi *peer to peer*.

Se un contenuto acquisito legalmente è fruibile su una piattaforma e non su un'altra, l'utente troverà un incentivo all'utilizzo di una versione che non incorpori tale protezione. Altrettanto vale se un contenuto non è fruibile legalmente quando l'utente lo desidera. O se

¹⁵⁰ <http://en.wikipedia.org/wiki/Cyberlocker>

non è fruibile nella propria area geografica. O ancora se il prezzo è ritenuto iniquo.

Tutti questi limiti si traducono in incentivi alla violazione delle norme e i filtri che si cerca di introdurre sulla Rete, come illustrato sopra, tecnicamente non sono in grado di assicurarne il rispetto. La domanda corretta non è infatti se le tecniche di filtraggio funzionino, quanto se esse possano essere una misura di enforcement sufficiente: ovvero, quanto sarà semplice aggirarle in futuro, una volta che il filtro venga introdotto.

Leonardo Chiariglione, fondatore e presidente di *MPEG*¹⁵¹, l'organismo mondiale di standardizzazione che ha generato tutti i mercati di video e audio digitale, nell'ambito del gruppo di lavoro *Digital Media* in Italia ha fatto la seguente affermazione: "bisogna aiutare le persone oneste a rimanere oneste".

Per limitare i comportamenti devianti occorre promuovere l'innovazione anche dal lato dell'offerta legale: le proposte non mancano, dalla interoperabilità dei micro pagamenti alle licenze collettive, dalla riduzione delle finestre di commercializzazione alla interoperabilità dei formati e delle piattaforme.

Chi, tra i tecnici, sostiene l'adozione di filtri conosce la loro aggirabilità. Non bisogna cadere nell'equivoco di ritenere che una misura tecnica imposta al pubblico consenta di risolvere il problema.

¹⁵¹ <http://en.wikipedia.org/wiki/MPEG>

CAPITOLO IV.
IL PUNTO DI VISTA DEI PROVIDER SUI SISTEMI DI
FILTRAGGIO DEI CONTENUTI A PROTEZIONE DEL DIRITTO
D'AUTORE¹⁵²:

di Dino Bortolotto e Giovan Battista Frontera

1 Sistemi di filtraggio e diritto d'autore.

L'utilizzo di sistemi tecnologici per prevenire le violazioni del diritto d'autore interferisce con il concetto di "Net Neutrality" e con quello di "Traffic Shaping" o con la "Traffic Inspection", ovvero le modalità tramite in quali si può giungere ad una diminuzione del traffico internet che viola il diritto d'autore in fase preventiva.

Ma per far ciò è necessario prima avere le idee chiare sulla definizione di "Internet".

Nel termine "Internet" infatti sono molti gli elementi dati per assodati e non sempre questi concetti sono completamente condivisi tra tutti gli utilizzatori del termine.

La domanda diviene quindi: Che cosa è Internet?

Un servizio di trasporto con alcune ben precise caratteristiche adottate alla sua nascita e poi consolidate nella vertiginosa crescita che in poche decine di anni ha portato alla situazione odierna e che

¹⁵² Per un recente studio sulla responsabilità dei provider anche alla luce delle norme sul diritto d'autore Katia Marcantonio, in Ghidini-Stazi cit. *"Accesso a informazione e conoscenza nell'era multimediale"* p.183 e ss.



però potrebbe essere cambiata anche da politiche troppo aggressive di “filtraggio” dei contenuti mediante ad esempio le inibizioni a livello IP o DNS in grado anche di modificare il concetto di net neutrality.

E' opportuno rammentare immediatamente come il termine “Internet” spesso venga non solo associato al trasporto ma anche ai servizi che per mezzo di tale trasporto sono realizzati consentendo così una confusione spesso funzionale ad alcune manipolazioni.

Confondere il trasporto con i servizi è un buon modo per estendere le responsabilità di chi realizza i servizi anche su chi realizza solamente il trasporto.

Prima di vedere i dettagli che caratterizzano il trasporto Internet condividiamo la terminologia necessaria per definirli:

Iniziamo classificando i soggetti coinvolti:

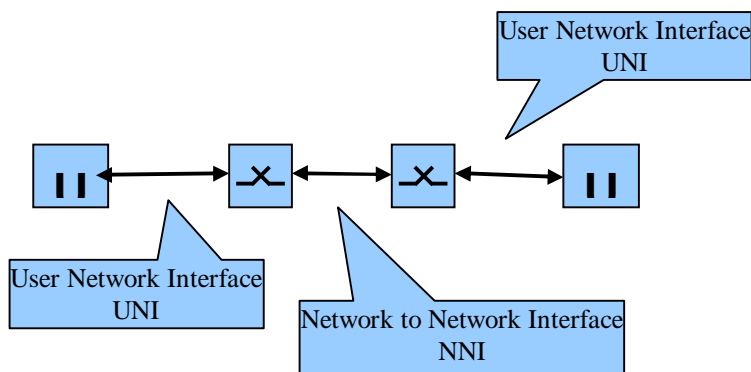
2. Utenti (Mittente, Destinatario) 
3. Trasportatori (Accesso, Terminazione, Transito) 
 1. Accesso (trasportatore a cui è collegato l'utente di tipo Mittente)
 2. Terminazione (trasportatore a cui è collegato l'utente di tipo Destinatario)
 3. Transito (trasportatore intermedio a cui non è attaccato ne il Mittente ne il Destinatario)

In una infrastruttura di trasporto si possono individuare le seguenti famiglie di interfacce in funzione delle tipologie di attori coinvolti:

1. UNI (User Network Interface è la interfaccia di accesso/terminazione e definisce le caratteristiche del colloquio tra Utente e Trasportatore di Accesso o

Terminazione)

2. NNI (Network to Network Interface) è la interfaccia di Transito e definisce le caratteristiche del colloquio tra Trasportatori)



Nei vecchi sistemi di trasporto gerarchico (telefonia) UNI e NNI sono interfacce che utilizzano protocolli diversi, mentre nei sistemi basati su TCP/IP non vi è differenza tra le due interfacce, questo è ciò che rende possibile trasformare un qualsiasi nodo in un nodo quindi non esiste preclusione strutturale (tecnica) al ruolo di trasportatore che può essere esercitato anche da un utente.

Vediamo in dettaglio quali sono gli aspetti che finora hanno caratterizzato il servizio denominato internet:

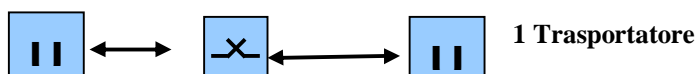
- Aspetti tecnici - nel trasporto Internet viene utilizzata la tecnologia della commutazione pacchetto e vengono omogeneizzate le diverse tecnologia di trasporto fisico mediante un trasporto virtuale, inoltre i protocolli dei

“servizi” sono liberamente definibili indipendentemente dal protocollo di trasporto, il tutto riassumibile nella adozione del protocollo TCP/IP definito dagli RFC 791 – 793 (1981) che sono specifiche tecniche non soggette ad alcun vincolo brevettuale e quindi liberamente adottabile e generate in modo cooperativo. L'indipendenza dei servizi dal trasporto determina che i servizi siano gestibili in totale autonomia dagli utenti finali senza dover coinvolgere in nessun modo il trasportatore, tuttavia è comune scambiare alcuni servizi realizzati per mezzo del trasporto “Internet” come l'essenza di “Internet” stessa, ad esempio il servizio DNS può essere esercitato da qualsiasi utente finale in totale autonomia ed è solo una consuetudine che esso sia messo a disposizione anche da chi effettua il trasporto, come il servizio di caselle e-mail (basato sul protocollo SMTP) può essere esercitato da chiunque ed è solo una consuetudine che anche i trasportatori lo forniscano.

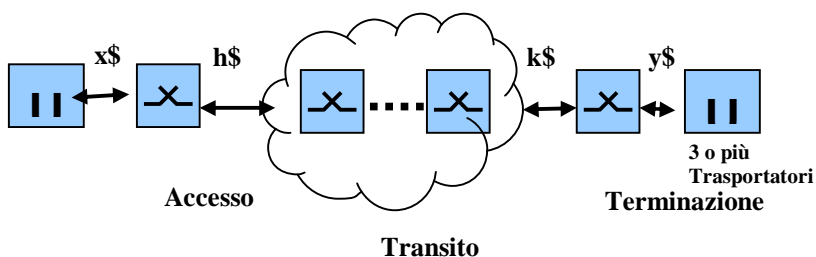
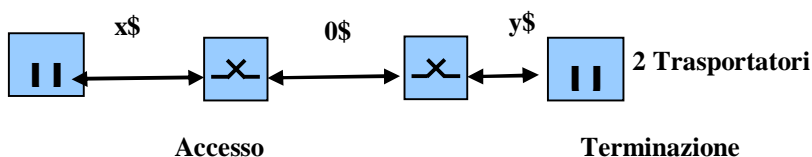
- Aspetti organizzativi - nel trasporto Internet esiste un solo elemento di governo gerarchico costituito dall'assegnazione degli spazi di indirizzamento IP [IANA] e dove per essere assegnatari di spazi di indirizzamento non vi è alcuna necessità di una AUTORIZZAZIONE governativa, quindi contrariamente a quanto avviene ad esempio in ambito telefonico, ed anche il Routing e cioè la modalità con la quale si determina la strada tra mittente e destinatario è di tipo cooperativo e non gerarchico in pratica possiamo riassumere che il trasporto Internet è auto-organizzante cooperativo e

quindi non necessita di leggi coercitive ma solo di adesione spontanea a protocolli comportamentali e formali sviluppati con il consenso della collettività.

- Aspetti economici per procedere dobbiamo distinguere le diverse tipologie di rapporti economici presenti, infatti sono possibili trasporti che coinvolgano 0, 1, 2, 3 o più trasportatori:



Accesso e Terminazione



Sulla base delle diverse configurazioni di trasportatori coinvolti i rapporti economici economici attuali sono regolati nel seguente modo:

- Utente – Trasportatore (il rapporto tra i due soggetti è, facendo un paragone gastronomico, quello che esiste tra un ristorante e gli insieme di avventori che partecipano ad un buffet in pratica l'importo deciso dal trasportatore prevede:
 - la consegna a qualsiasi mittente (non sono escludibili indirizzi a piacimento del trasportatore)
 - la consegna con le prestazioni concesse dalle risorse che il trasportatore ha messo a disposizione degli aderenti al servizio (in pratica il trasportatore non si impegna per un ben preciso numero di trasporti verso un ben preciso numero di destinatari in date predeterminate, ma volta per volta adempirà al trasporto in funzione delle risorse che residuano al netto degli utilizzi già in essere e condivise tra tutti gli altri aderenti al trasporto Internet)
- Trasportatore Accesso – Trasportatore Terminazione Bill&Keep ogni trasportatore provvede a proprie spese alla consegna del traffico uscente verso il trasportatore di terminazione ed il trasportatore di terminazione NULLA chiede a quello di accesso per consegnare il traffico generato al suo esterno e destinato ai propri utenti. La scelta opposta prevede la presenza di tariffe di terminazione e cioè che il trasportatore di accesso retribuisca il trasportatore di terminazione, l'adozione di tali tariffe oltre a complicare gli aspetti contabili di un

trasportatore hanno l'effetto di determinare uno sbilanciamento tra traffico OnNet (traffico che avviene tra utenti del medesimo trasportatore) e traffico OffNet (traffico che avviene tra utenti di trasportatori diversi) a favore del primo ed hanno l'effetto di amplificare quello che viene chiamato "network effect" e cioè che "utilità" per un trasportatore del numero di utenti è più che lineare e lascia in mano al trasportatore con il numero più elevato di utenti uno strumento con il quale distorcere a suo favore la concorrenza tra trasportatori.

- Trasportatore Accesso/Terminazione – Trasportatore Transito ogni trasportatore Accesso/Terminazione provvede a proprie spese ad acquistare dai trasportatori di Transito quanto ritiene utile per soddisfare le esigenze dei propri utenti verso ciascuno dei potenziali utenti collegati ad altri trasportatori di Accesso/Terminazione.

Stabilito quali siano le caratteristiche del servizio di trasporto Internet e quindi del rapporto di fornitura che esiste tra il trasportatore ed i suoi utenti diviene evidente come la "Net Neutrality" sia solo il nome da dare ad un comportamento coerente con gli impegni economici assunti tra trasportatore Accesso/Terminazione ed utente, da una parte il trasportatore con una metafora gastronomica "imbandisce il buffet" con una quantità di risorse di trasporto che ritiene coerente con il comportamento medio di un certo intervallo di utenti che prevede di servire (come fa il ristorante) e poi vende ai singoli utenti la quota di partecipazione al buffet

Una volta vendute le quote di un buffet imbandito in un certo modo e con regole prestabilite di accesso al buffet da parte degli utenti il trasportatore non può alterare il buffet, e l'utente non può pretendere di avere oltre quanto complessivamente presente nel buffet.

Detto in altri termini più che la quantità di traffico minimo e massimo erogata a ciascun utente dovrebbe essere nota quale sia la consistenza del buffet complessivo essendo questo l'unico elemento che determina se il trasportatore stia rispettando o meno gli impegni.

Data la natura economica del rapporto tra trasportatore e utente la mancata raggiungibilità di una destinazione con certe prestazioni in termini di Banda, RTT (Round Trip Time), Delay deve dipendere solo dal comportamento complessivo degli aderenti al buffet e non da manipolazioni del buffet operate dal trasportatore, come avverrebbe nel caso di inibizioni IP e DNS per aderire a richieste dei titolari del diritto d'autore o delle Autorità presposte.

Da quanto sopra descritto dovrebbe essere chiaro come il trasporto "Internet" sia operabile anche da utenti in autonomia e quindi pensare di manipolare il traffico degli utenti imponendo attività estranee al puro trasporto ai trasportatori non solo incrementa i costi del trasporto ai trasportatori ma costituisce un incentivo agli utenti a:

- organizzare il trasporto in assenza di trasportatori
- rendere il traffico insondabile dai trasportatori (cosa facilmente attuabile sul trasporto "internet" vista la separazione tra trasporto e servizi) realizzabile sia mediante l'adozione di meccanismi di criptazione del contenuto sia mediante l'oscuramento del mittente/destinatario reale

mediante tecniche TOR (The Onion Route)

Allo stesso modo imporre ai servizi (tipo DNS email etc.) realizzati dai trasportatori di operare delle limitazioni oltre ad incrementare anche in questo caso i costi sostenuti dai trasportatori ha come unico effetto di stimolare la nascita di servizi realizzati da “non trasportatori”.

E' ovvio che rappresentano un caso ben diverso le medesime operazioni di manipolazione se derivano da richieste degli utenti finali che possono avere la necessità di stabilire priorità diverse tra i diversi servizi che utilizzano il trasporto “internet” ma in questo caso il trasportatore obbedisce alle richieste esplicite del suo committente e non al proprio interesse economico o alle richieste censorie di una entità terza e quindi gli eventuali costi aggiuntivi sostenuti dal trasportatore sono legittimamente ribaltabili sull'utente.

2. I sistemi di filtraggio predisposti dall'AGCOM:

Le norme che l'AGCOM sembra decisa ad introdurre potrebbero confliggere con due principi basilari per i diritti dei cittadini.

- Il diritto alla riservatezza dei cittadini e delle comunicazioni cittadino;
- Il diritto alla libera imprenditoria.

Nel primo caso la norma sembrerebbe obbligare, in via surrettizia, i provider rendendo responsabili gli Operatori per i dati Trasportati,

ad operare l'analisi del traffico con buona pace del Codice della Privacy e della Legge N°196/03.

Non è infatti immaginabile che si possa filtrare il traffico a livello di DNS e IP, come vorrebbe l'Autorità, senza fare una qualche analisi del tipo di traffico associato ad un sito che si ritiene violare il diritto d'autore e questo anche e soprattutto perché in linea teorica una violazione segnalata potrebbe essere del tutto inattendibile esponendo il provider poi a risarcimenti anche consistenti.

L'analisi del traffico e della segnalazione di violazione inoltre, costringerebbe il provider a dover analizzare anche dati sensibili, quali l'appartenenza religiosa, politica, le preferenze sessuali e i dati sanitari del cittadino.

L'introduzione di sistemi di filtraggio a protezione dei contenuti protetti da diritto d'autore impatta inoltre in maniera devastante sugli Operatori, obbligandoli a dotarsi di apparecchiature atte al controllo totale dei pacchetti dati, tecnica che in gergo si chiama "deep packet inspection" (http://en.wikipedia.org/wiki/Deep_packet_inspection) o a tecnologie in grado di operare il ridirezionamento degli utenti.

Il problema che si è già presentato con le inibizioni delle Amministrazioni dei monopoli di stato e per la pedopornografia, non avrebbe pari nel settore del diritto d'autore: mentre nei primi sistemi infatti le indicazioni per il filtraggio sono certe e stabilite sin dall'origine, in virtù di espresse norme, con il diritto d'autore ciò non potrebbe accadere vista l'opinabilità del concetto di proprietà

immateriale e il numero potenzialmente “immenso” delle segnalazioni di violazione che renderebbe di fatto ingestibile il lavoro degli Internet service providers.

A livello economico la drammaticità sta nel fatto che molte delle PMI che lavorano nel settore, non potranno affrontare questo tipo di investimento (si parla di diverse centinaia di migliaia di euro) e saranno costrette a chiudere. Con un gravissimo danno per il Sistema Italia, dato che da sempre queste imprese oltre a fornire l'accesso ad internet ed essere sparse per tutto il territorio italiano, colmano quel digital-divide cognitivo, dato dalla ancora bassa alfabetizzazione informatica italiana, operando trasferimento tecnologico, nell'era dell'innovazione e formazione continua.

3. Conclusioni.

Gli Scriventi hanno partecipato nel 2000 al G8-HighTech Crime a Parigi con l'allora Presidente Jacques Chirac, con la delegazione dell'industria italiana, rappresentata da tutti gli *stakeholders*, operatori, associazioni di operatori, associazioni d'impresa del settore dei contenuti (musica, film, etc.) capitanata dall'allora On. Vincenzo Vita, allora Sottosegretario del Ministero delle Comunicazioni (attualmente Senatore, Vicepresidente della 7a Commissione permanente per l'istruzione pubblica e beni culturali e membro Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi), primo tentativo di affrontare il fenomeno internet dal punto di vista dei potenziali pericoli e crimini del mezzo.

Il G8 si concluse con il richiamo alla armonizzazione delle leggi di tutte le nazioni interconnesse ad internet, indicando la diplomazia e la “moral suasion” come strumento.

Veniva altresì attribuita la competenza, l' *endorsement* e lo studio di questi crimini al “Groupe de Lyon” integrato nell'INTERPOL (<http://it.wikipedia.org/wiki/Interpol>).

Ad 11 anni da questo G8, ancora a Parigi un G8, un'altro presidente francese Nicolas Sarkozy, ha aperto il GB francese di Deauville del 2011 con l'affermazione: “La libertà su Internet è il diritto d'autore!” e si chiude con l'auspicio di una sostanziale privatizzazione della giustizia senza passare per le attribuzioni del Parlamento e per il ricorso alla magistratura ordinaria.

La cosa che deve far riflettere è che ciò che non era avvenuto, nonostante una certa restrizione dei controlli su internet nemmeno a seguito dell'11 settembre 2001, con la minaccia di un terrorismo globale effettiva., che in qualche modo e molto al limite, avrebbe giustificato questo livello di restrizioni.

CAPITOLO V.

AGCOM, IL RISCHIO DI *REGULATORY CAPTURE* E IL RUOLO DEL PARLAMENTO NELLA REGOLAMENTAZIONE DEL DIRITTO D'AUTORE

di Luca Nicotra e Fabrizio Ventriglia
Associazione Agorà Digitale

1. Gli interessi in gioco.

La proposta di regolamentazione del diritto d'autore sottoposta a consultazione¹⁵³ dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni¹⁵⁴, volta ad introdurre sistemi di inibizione all'accesso di contenuti e siti web in violazione della normativa sul diritto d'autore, pone tre problemi politici strettamente collegati tra loro:

- a) l'effettiva possibilità di rappresentare adeguatamente, nel lavoro dell'Autorità, interessi fondamentali come il diritto

153 Delibera 668/2010 - "Consultazione pubblica su lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica"

154 E' un'autorità amministrativa indipendente ed autonoma la quale si pone, tra gli obiettivi, di assicurare una corretta competizione degli operatori sul mercato (mediante, ad esempio: l'applicazione delle normative sull'antitrust nelle comunicazioni oppure la tutela del diritto d'autore nel settore audiovisivo ed informatico) e di tutelare i consumi di libertà fondamentali dei cittadini (risolvendo controversie tra operatori ed utenti ovvero controllando la qualità e le modalità di distribuzione dei servizi e dei prodotti, come la pubblicità).

all'accesso, il diritto all'informazione, il diritto alla conoscenza e la libera innovazione, tramite il coinvolgimento degli *stakeholder* della società civile;

- b) il potenziale rischio del cosiddetto *regulatory capture* dell'Autorità da parte di specifici gruppi di interessi legati al diritto d'autore;
- c) il problema del rapporto dell'Autorità con Parlamento e Governo, soggetti che godono della necessaria copertura democratica legittimante interventi normativi che incidono su diritti fondamentali.

Dopo aver inserito i punti (a) e (b) in un quadro generale, con questo documento affrontiamo in particolare il punto (c) per mezzo di uno studio degli atti parlamentari con cui Parlamento e Governo si sono espressi sull'ipotesi di regolamentazione sul diritto d'autore dell'Autorità attualmente in fase di consultazione. Inoltre, al fine di evidenziare l'indirizzo parlamentare sul tema del diritto d'autore, viene presentato uno studio di tutte le proposte di legge depositate nel corso della XVI Legislatura.

Dall'analisi emergono posizioni critiche e richieste di sospendere l'introduzione del regolamento Agcom da una parte, e dall'altra il fatto che le proposte di legge depositate in Parlamento pongono come priorità una riforma del sistema della remunerazione del diritto d'autore, ben prima di addentrarsi in proposte volte ad inibire l'accesso a contenuti in violazione della normativa, come quelle ipotizzate dall'Autorità Garante.

Una più stretta collaborazione tra Autorità Garante e Parlamento, una visione orientata al “minimalismo” regolatorio, con la necessità

di affrontare nuovi interventi da un punto di vista complessivo, e, a medio termine, affrontare il problema del *regulatory capture* mediante maggiore trasparenza di procedure e decisioni, paiono i correttivi “minimi” per ridare all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni credibilità nel rappresentare gli interessi della collettività.

2. La difficoltà di rappresentare diritti fondamentali e interessi diffusi: un trend internazionale nella regolamentazione di Internet.

Pur volendo affrontare lo specifico caso del regolamento sul diritto d'autore dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, è utile, per potersi porre nella corretta prospettiva di riforma, sottolineare come i problemi elencati all'inizio di questo documento non siano né un fenomeno ristretto all'Italia, né al solo campo del diritto d'autore.

Emblematico è stato il recente eG8, il cosiddetto G8 dedicato ad Internet, tenutosi a Parigi il 24 e 25 maggio, che si è concluso con una conferenza stampa improvvisata dagli esperti e dai rappresentanti della società civile, che hanno denunciato la sostanziale formalità del loro coinvolgimento nei processi decisionali, e la conseguente incapacità di tenere in considerazione interessi diffusi e diritti fondamentali¹⁵⁵.

Al fine di questo documento è anche interessante analizzare la conclusione a cui giungono gli stakeholder esclusi.

Poiché troppo spesso le decisioni dei governi democratici ha premiato soggetti in posizioni dominanti, penalizzando l'apertura del sistema si diffonde una generalizzata richiesta di “minimalismo”

155 <http://vimeo.com/24218524>

regolatorio che chiede di preservare il più possibile l'attuale struttura di Internet, con il motto, sintetizzato da Jeff Jarvis: "Do not harm".

Nell'ambito del eG8, la linea minimalista si è ottenuta grazie all'opposizione dei pure player di Internet (Google, Facebook, Amazon, etc.), ma in altri contesti, come il diritto d'autore, i soggetti in posizioni dominanti sono portati a fare richieste di maggiore regolamentazione.

Sarà urgente che Parlamento, Governo e Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, tengano conto di tali preoccupanti evidenze, cercando di apportare gli opportuni miglioramenti, volti ad una maggiore tutela dei diritti fondamentali tramite un coinvolgimento sostanziale degli interessi della società civile.

3. Il rischio di *regulatory capture* dell'Autorità per le Garanzie delle Comunicazioni

L'istituzione dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni segue la logica per cui, sulla scorta di modelli stranieri, si affidano ad autorità amministrative indipendenti, funzioni di regolazione, vigilanza e di garanzie ad hoc, caratterizzati da elevata competenza tecnica ma separate dalle strutture del Governo.

Il problema più rilevante da un punto di vista di una reale indipendenza, a cui vanno incontro sovente tali autorità è noto con il termine di "regulatory capture".

Il fenomeno si riferisce ai casi in cui un'agenzia di regolamentazione statale si possa trovare in una condizione di essere in qualche modo "influenzata" da parte degli interessi particolari o dominanti nell'industria o nel settore oggetto della regolamentazione.

Si tratta di una problematica molto studiata in letteratura economica¹⁵⁶, la quale si fonda sul fatto che i soggetti che hanno acquisito interessi in un settore, siano motivati ad influenzare l'organismo di regolamentazione piuttosto che i singoli consumatori, i quali al contrario hanno uno scarso interesse personale ad influenzare le autorità di regolamentazione. Similmente ci si aspetta che quando i regolamentatori formano organismi specialistici per esaminare le linee di condotta, includeranno al proprio interno membri o ex membri di quel settore, o comunque mantenendo una rete di informazioni e di contatti di quel settore.

Il rischio di *regulatory capture* suggerisce che le agenzie di regolamentazione dovrebbero essere il più possibile protette da influenze esterne. Un'agenzia di regolamentazione "catturata" che non sia in totale posizione di equilibrio potrebbe essere peggiore della mancanza assoluta di regolamentazione.

Purtroppo rispetto a questo problema, è stato fatto poco al fine di correggere situazioni sbilanciate e più volte denunciate della società civile.

Naturalmente non si vuole affermare che tale situazione sia presente nella realtà italiana eppure nello specifico della consultazione

156 Marver H. Bernstein. *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton University Press, Samuel P. Huntington. *The Marasmus of the ICC: The Commission, the Railroads, and the Public Interest* in *The Yale Law Journal*, vol. 61 (n. 4), aprile 1952. Pagg. 467-509. Jean-Jacques Laffont; Jean Tirole. [The Politics of Government Decision Making: A Theory of Regulatory Capture](#) in *Quarterly Journal of Economics*, MIT Press, vol. 106 (n. 4), novembre 1991. Pagg. 1089-1127. [George J. Stigler](#). in *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2-1, primavera 1971. Pagg. 3-21.

pubblica sul diritto d'autore aperta da Agcom, i rappresentanti della società civile hanno evidenziato come, se da un lato hanno potuto partecipare ad una audizione tecnica dall'altra però, pure a fronte di una specifica richiesta, non sono stati ricevuti dagli organi decisionali dell'Autorità e in particolare del Consiglio, come invece è stato consentito ad altri portatori di interesse¹⁵⁷.

Correttivi “minimi” necessari a garantire il coinvolgimento di tutti gli *stakeholder* nel processo decisionale, sono quantomeno la definizione di procedimenti interni chiari e trasparenti e l'esaltazione del contraddittorio pubblico.

4. Il rapporto tra l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e il Parlamento

La via maestra per una corretta rappresentazione degli interessi passa sicuramente attraverso un più stretto rapporto tra l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e il Parlamento. È questa l'unica condizione per preservare la natura indipendente dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e allo stesso tempo garantire legittimità alle sue decisioni.

Al contrario tale rapporto tra Parlamento e Autorità si è sviluppato fino ad ora per lo più in modo rituale.

Dopo la nomina dei componenti del consiglio, lo strumento principale con cui essi si rapportano è la relazione annuale presentata del presidente di Agcom che pur restando un elemento

157 <http://www.webnews.it/2011/05/12/lettera-aperta-allagcom-per-fare-chiarrezza/>

importante di conoscenza è insufficiente a fornire al parlamento gli elementi per giudicare ed controllare l'operato dell'Autorità.

Fatte queste considerazioni è utile analizzare come il Parlamento si è espresso nello specifico caso del regolamento Agcom sul diritto d'autore attualmente in fase di consultazione.

5. Il Parlamento sul regolamento Agcom sul diritto d'autore

Come emerge dal precedente paragrafo, nonostante il Parlamento non abbia formalmente strumenti per intervenire direttamente sull'operato dell'Autorità, sono stati ben quattro gli atti presentati alla Camera dei Deputati e al Senato della Repubblica che hanno riguardato il regolamento sul diritto d'autore posto in consultazione dall'Autorità.

Il primo è l'interpellanza urgente del 28/03/2011 a prima firma Roberto Cassinelli (PDL) e sottoscritta da altri 47 parlamentari di Lega Nord, UDC, PD e Gruppo Misto.¹⁵⁸

[dalla seduta 454 del 29/03/2011¹⁵⁹]

[...]

“Come infatti si può essere certi che per mezzo di un provvedimento amministrativo non si violino, anche involontariamente, i diritti costituzionalmente sanciti come la libertà di comunicazione e di espressione del pensiero, ed in ogni caso, se anche una tale novità dovesse essere

158 “Interpellanza C.2/01022, 28/03/2011 concernente iniziative per la revisione della disciplina del diritto d'autore, con particolare riferimento al settore delle comunicazioni elettroniche” Roberto Cassinelli, PDL

159 <http://www.robertocassinelli.it/wp/wp-content/uploads/interpellanza-diritto-dautore-illustrazione.pdf>

introdotta nel nostro ordinamento alla luce proprio della rilevanza dei diritti coinvolti, non sarebbe opportuno affidarla alla valutazione del Parlamento, espressione del popolo sovrano anziché lasciare che un'autorità, per quanto indipendente, si autoconferisca poteri e prerogative ben esorbitanti dall'ambito di azione entro il quale la legge la confina?"

[...]

"Tanto più che è sempre più acceso e attuale il dibattito sulla necessità di riformare una materia - quella del diritto di autore - che presenta da tempo caratteri di incompatibilità con i costumi e le abitudini diffusi e ben difficilmente modificabili dei nostri utenti. Un dibattito che non esiste solo nella società civile, ma che è stato portato anche in Parlamento, come dimostrano i diversi progetti di legge che giacciono all'esame di entrambe le Camere, sicché appare unica la via percorribile per garantire all'Italia una normativa capace di conciliare la sacrosanta tutela del diritto d'autore con il doveroso rispetto dell'evoluzione degli strumenti di fruizione delle opere dell'ingegno: la calendarizzazione di una discussione parlamentare sulla materia che porti ad una riforma organica dell'attuale normativa nel cui ambito si potrà prevedere l'introduzione degli strumenti meglio visti per arginare il fenomeno della pirateria, un fenomeno che va combattuto con forza, ma senza mettere a repentaglio la libertà della rete, che passa anche attraverso la libera diffusione di contenuti, la quale deve anzi essere tutelata ad ogni costo e senza indecisioni essendo da considerare come un bene di importanza suprema ed incontrovertibile."

Il secondo atto parlamentare è l'interrogazione del 28/03/2011 presentata da Marco Beltrandi (Radicali/PD) e sottoscritta da altri 5 parlamentari¹⁶⁰.

[...]

“se il Governo intenda promuovere l'introduzione nell'ordinamento di una normativa che consenta di aggiornare le norme relative al diritto d'autore alle mutate e ampliate potenzialità offerte dalla tecnologia.”

L'interrogazione del 25/02/2011 presentata dal deputato Leoluca Orlando (IdV)¹⁶¹ introduce una prospettiva europea

“se il Governo non ritenga di promuovere una riforma della disciplina del diritto d'autore nella quale anche nell'ottica di rispondere alle indicazioni provenienti dalle istituzioni europee e dagli organismi internazionali dei quali l'Italia è

parte, si faccia chiarezza sulla disciplina da applicare, alla luce della successione delle norme nel tempo e della diversa natura e gerarchia delle fonti normative nonché delle diverse caratteristiche di tutela che le varie tipologie di opere dell'ingegno recano e delle connesse posizioni giuridiche dei rispettivi titolari di diritti.”

Infine segnaliamo la mozione del 23/02/2011 del senatore Felice Belisario (IdV) ¹⁶² sottoscritta da altri 11 senatori chiede

160 Interrogazione a Risposta Scritta C.4/11416 del 28/03/2011 su “Aggiornamento delle norme sul diritto d'autore” di Marco Beltrandi (Radicali-PD)

161 Interrogazione a Risposta Scritta C.4/11052 del 25/02/2011 su “Riforma della disciplina del diritto d'autore” di Leoluca ORLANDO (IdV)

esplicitamente di rimettere al Parlamento l'attività di tutela del diritto d'autore.

“ritenuta la necessità che l'AGCOM sospenda l'iter di attuazione del provvedimento concernente l'esercizio delle competenze della stessa Autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, al fine di permettere al Parlamento di avviare l'esame della riforma dell'intera disciplina del diritto d'autore”

6. Il Governo sul regolamento Agcom sul diritto d'autore

Il Governo Italiano ha espresso il suo parere sul presente regolamento sul diritto d'autore nella risposta all'interpellanza dell'On. Roberto Cassinelli. Nella risposta ha accolto le istanze presentate nell'interrogazione indicando il Parlamento come la sede più idonea per la riforma del diritto d'autore.

Risposta del Governo per voce di FRANCESCO MARIA GIRO, Sottosegretario di Stato per i beni e le attività culturali.

“il Governo ritiene che, al fine di permettere il giusto e armonioso incontro tra le esigenze dei titolari dei diritti di autore e dei fruitori del materiale oggetto di protezione, sia il Parlamento stesso la sede più idonea per trovare la soluzione normativa all'annosa questione, dato che il tema centrale è la tutela delle libertà e dei diritti fondamentali.”

162 Mozione S.1/00375 del 23/02/2011 su “Riforma della disciplina del diritto d'autore” di Felice BELISARIO (IdV)

7. Verso una riforma globale del sistema del diritto d'autore: la proposta del Parlamento

L'analisi delle proposte parlamentari in questo documento è strumentale a due obiettivi:

- ✓ innanzitutto verificare l'esistenza di proposte concrete di riforma del sistema;
- ✓ verificare le assonanze e le dissonanze tra l'impostazione emergente dai testi depositati in Parlamento con la proposta di regolamentazione di Agcom.

In ogni caso il panorama delle 18 proposte di legge risulta particolarmente interessante.

Il quadro che emerge presenta numerosi livelli. Da una parte emerge l'inadeguatezza di molte proposte, che sembrano avere un puro ruolo di immagine,

Dall'altra emergono però alcune particolari attenzioni che sarebbe sbagliato non considerare adeguatamente come quella verso la riforma del sistema di remunerazione degli autori.

Quattro di queste proposte sono supportate direttamente dall'Associazione Agorà Digitale e sono state presentate alla Camera e al Senato dai parlamentari radicali a prima firma del deputato Marco Beltrandi e dal senatore Marco Perduca nelle rispettive camere.

8. Proposte di riforma della SIAE: il mercato dell'intermediazione e della tutela dei diritti d'autore.

ARGOMENTO	NUMERO DI PROPOSTE DI LEGGE PRESENTATE
Riforma della SIAE	6

Il maggior numero di proposte di legge presentate in materia di diritto d'autore presso le due camere del Parlamento, riguardano la riforma della Società Italiana Autori ed Editori (SIAE), che viene identificata come la questione centrale ed indifferibile per ottenere il giusto equilibrio tra la corretta remunerazione degli autori e diritti fondamentali di accesso alla conoscenza.

*"L'attività di intermediario, comunque attuata, sotto ogni forma diretta o indiretta di intervento, mediazione, mandato, rappresentanza ed anche di cessione per l'esercizio dei diritti di rappresentazione, di esecuzione, di recitazione, di radiodiffusione ivi compresa la comunicazione al pubblico via satellite e di riproduzione meccanica e cinematografica di opere tutelate, è riservata in via esclusiva alla SIAE"*¹⁶³.

Dunque, è la stessa legge sul diritto d'autore, nel suo articolo 180.1. che attribuisce alla SIAE una natura pubblicistica, nonché le impone

¹⁶³ La Società italiana autori ed editori, quale ente di diritto pubblico, amministra i diritti di sfruttamento economico sulle opere dell'ingegno per conto ed in nome degli associati. Tra le sue funzioni meritano particolare attenzione: la concessione di licenze ed autorizzazioni per l'utilizzo economico di opere tutelate, per conto degli aventi diritto; la percezione dei cespiti ottenuti da dette licenze ed autorizzazione, nonché la loro distribuzione tra gli aventi diritto.

un monopolio sulla rappresentanza di autori ed editori. Infatti, quest'ultimi hanno la facoltà di esercitare direttamente e personalmente i propri diritti, ma non possono affidarlo ad altro soggetto differente dalla SIAE.

L'art 181-ter l.633/1941 attribuisce alla SIAE, oltre alla gestione collettiva dei diritti d'autore, le seguenti funzioni: anzitutto, la riscossione dei compensi¹⁶⁴, per conto dello Stato, delle manifestazioni. Particolarmente, quelle relative alla promozione del turismo e quelle musicali destinate agli ultrasessantenni. Se per la prima tipologia di manifestazione era stato proposto¹⁶⁵ di esentare gli enti per la promozione del turismo dal pagamento dei diritti alla SIAE per la realizzazione di tali manifestazioni al fine di agevolare il loro sviluppo, per le seconde è stata avanzata¹⁶⁶ una riduzione parziale del costo del biglietto d'ingresso degli eventi musicali destinati agli ultrasessantenni, al fine di consentire una maggiore partecipazione delle persone anziane a spettacoli simili.

Un altro ruolo attribuito alla SIAE è quello di consentire la pubblicità alle opere e di ricevere depositi o dichiarazioni da parte degli

164 Per "compensi" vengono intesi quali prelievi forzati o tributi previsti dalla legge che la SIAE è incaricata di riscuotere. In questa categoria è possibile ricomprendere le seguenti attività: la riscossione di compensi a favore degli autori o comunque degli aventi diritto (ad esempio, il diritto di reprografia ed il diritto di seguito) e la riscossione di compensi a favore dell'erario, enti locali o altri enti pubblici.

165 C.3398: *Modifica all'articolo 15 della legge 22 aprile 1941, n. 633, in materia di esenzione dal pagamento dei diritti d'autore per le opere utilizzate nel corso di iniziative organizzate dagli enti per la promozione del turismo e nel caso di manifestazioni musicali destinate agli ultrasessantenni*; Sardelli (Gruppo Misto).

166 Sempre con il medesimo disegno di legge C.3398; Sardelli (Gruppo Misto).

autori¹⁶⁷. Particolare rilievo viene assunto, in questo ambito, dall'apposizione del "contrassegno SIAE" sulle opere editoriali e multimediali posti in commercio. La funzione del contrassegno è quella di identificare le opere il cui commercio e la cui detenzione risultano essere leciti. In mancanza, verrebbero applicate le sanzioni penali presenti agli artt. 171-bis.2¹⁶⁸ e 171-ter.1 lett.d)¹⁶⁹ l.d.a.

In sede parlamentare¹⁷⁰, tuttavia, il contrassegno SIAE è stato ritenuto inefficace contro la pirateria. Inoltre, rende complessa ed onerosa la distribuzione dei prodotti dell'ingegno su cui il contrassegno viene apposto. Infine è necessario rilevare che un

167 A titolo di esempio, si rammenta la tenuta del registro pubblico delle opere cinematografiche e del registro speciale per il software.

168 *"Chiunque, al fine di trarne profitto, su supporti non contrassegnati SIAE riproduce, trasferisce su altro supporto, distribuisce, comunica, presenta o dimostra in pubblico il contenuto di una banca di dati in violazione delle disposizioni di cui agli articoli 64-quinquies e 64-sexies, ovvero esegue l'estrazione o il reimpiego della banca di dati in violazione delle disposizioni di cui agli articoli 102-bis e 102-ter, ovvero distribuisce, vende o concede in locazione una banca di dati, è soggetto alla pena della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa da euro 2.582 a euro 15.493. La pena non è inferiore nel minimo a due anni di reclusione e la multa a euro 15.493 se il fatto è di rilevante gravità".*

169 *"È punito, se il fatto è commesso per uso non personale, con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 2.582 a euro 15.493 chiunque a fini di lucro:*

d) detiene per la vendita o la distribuzione, pone in commercio, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, proietta in pubblico, trasmette a mezzo della radio o della televisione con qualsiasi procedimento, videocassette, musicassette, qualsiasi supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive o sequenze di immagini in movimento, od altro supporto per il quale è prescritta, ai sensi della presente legge, l'apposizione di contrassegno da parte della Società italiana degli autori ed editori (S.I.A.E.), privi del contrassegno medesimo o dotati di contrassegno contraffatto o alterato".

170 S.1312: *Abolizione dell'obbligo di apposizione del contrassegno da parte della Società italiana degli autori ed editori (SIAE) e delle relative sanzioni; Belisario (Idv).*

numero crescente di opere viene diffuso nella rete *internet*, risultando impossibile l'apposizione del contrassegno. Per tali ragioni è stata suggerita l'abrogazione delle disposizioni¹⁷¹ che impongono l'apposizione del contrassegno SIAE, per rendere agevole la distribuzione e la circolazione delle opere dell'ingegno nel territorio italiano.

Il monopolio legale previsto dal Titolo V l.d.a¹⁷² e attribuito alla SIAE¹⁷³ comporta una serie di conseguenze negative sia sotto il profilo giuridico che economico: frena lo sviluppo delle iniziative economiche; lede i singoli autori ed editori nella loro libertà, costituzionalmente protette, di associarsi; limita l'iniziativa economica di soggetti terzi (anche coloro i quali già operano nel mercato internazionali) che, potenzialmente, potrebbero entrare nel mercato; falsa la concorrenza, mancando di rispetto a quei criteri di

171 "Verrebbero apportate, sulla Legge sul Diritto d'Autore, le seguenti modificazioni:

a) gli articoli 171-septies e 181-bis sono abrogati;

b) all'articolo 171-bis:

1) al comma 1, le parole: «contenuti in supporti non contrassegnati dalla Società italiana degli autori ed editori (SIAE)» sono soppresse;

2) al comma 2, le parole: «su supporti non contrassegnati SIAE», sono soppresse;

c) all'articolo 171-ter, comma 1, la lettera d) è abrogata;

d) all'articolo 171-sexies, comma 2, le parole: «ovvero non provvisti di contrassegno SIAE, ove richiesto, o provvisti di contrassegno SIAE contraffatto o alterato, o destinato a opera diversa», sono soppresse".

172 Rubricato "Enti di diritto pubblico per la protezione e l'esercizio dei diritti di autore".

173 Il monopolio legale è esteso, sempre in virtù della legge sul diritto d'autore, anche all'Istituto mutualistico artisti interpreti esecutori (IMAIE), che concentra le medesime attività svolte dalla SIAE nello specifico settore dell'interpretazione artistica.

efficienza¹⁷⁴ ed economicità¹⁷⁵ che possono essere garantiti soltanto da un sistema di concorrenza perfetta.

Per ovviare alle problematiche appena esposte, è stato proposto, in alcuni testi parlamentari¹⁷⁶, di accompagnare, da un punto di vista legislativo, l'abrogazione del monopolio dell'attività di intermediazione dei diritti d'autore riservato alla SIAE¹⁷⁷ (comportando, conseguentemente, l'apertura del mercato dell'intermediazione e della tutela dei diritti d'autore e dei diritti connessi ad una pluralità di operatori) con la modifica delle norme che assegnano alla SIAE le funzioni di certificazione e di controllo del mercato¹⁷⁸. E' stata considerata, inoltre, l'ipotesi di una scissione della SIAE in due due organi distinti: da una parte un soggetto che conserva la sua denominazione originaria (SIAE, appunto) e la sua natura di ente pubblico economico, ma non le sue funzioni, limitate a quella esattoriali e pubblicistiche e compiute nell'interesse dello Stato;

174 La SIAE non corrisponde in maniera del tutto efficace le istanze degli autori i quali vorrebbero diffondere le proprie opere mediante modalità differenti rispetto a quelle tradizionali e più aderenti al contesto tecnologico del mercato (ad esempio, le licenze libere)

175 L'utilizzo del contrassegno SIAE risulta essere in proposito abbastanza emblematico.

176 C.185: *Modifiche alla legge 22 aprile 1941, n. 633, per l'apertura del mercato dell'intermediazione dei diritti d'autore e dei diritti connessi*; Beltrandi (PD) S.1757: *Modifiche alla legge 22 aprile 1941, n. 633, per l'apertura del mercato dell'intermediazione dei diritti d'autore e dei diritti connessi*; Perduca (PD); C.4103: *Modifiche agli articoli 180 e 180-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633, nonché delega al Governo in materia di parità di condizioni tra i soggetti che esercitano l'attività di intermediazione dei diritti d'autore*; Carlucci (Pdl).

177 Quindi dell'art.180 l.d.a.

178 Previsto, dettagliatamente, nell'art. 182-bis l.d.a.

dall'altra, verrebbe individuato un altro soggetto che svolgerebbe soltanto l'attività di gestione collettiva dei diritti.

In sede parlamentare è stata ritenuta auspicabile l'eliminazione di tale rigidità: si consentirebbe ai singoli privati di potersi associare liberamente su base associativa o cooperativa. Soltanto favorendo la creazione di nuovi soggetti e, al tempo stesso, l'accesso di imprese già operanti nel mercato internazionale, verrebbero finalmente fondate le basi di un libero mercato nel settore specifico dell'intermediazione dei diritti d'autore e dei diritti connessi, che sia in grado di offrire servizi migliori e condizioni economiche maggiormente favorevoli agli autori.

9. Un disegno di legge per combattere la pirateria digitale e la contraffazione. L'istituzione di una Commissione parlamentare d'inchiesta

ARGOMENTO	NUMERO DI PROPOSTE DI LEGGE PRESENTATE
Lotta alla contraffazione e alla pirateria digitale	3

Una delle manifestazioni più frequenti della violazione dei diritti di proprietà intellettuale ed industriale risulta essere la contraffazione, il cui fenomeno è essenzialmente riconducibile ad una duplice attività.

In primo luogo ci si riferisce alla produzione e alla commercializzazione di merci che recano, in maniera illecita, un marchio identico ad uno registrato.

Date le conseguenze lesive sul piano sia giuridico che economico, nonché la sua diffusione oltre i confini nazionali, è risultato essere necessario l'intervento della Commissione europea al fine di rafforzare il coordinamento tra le dogane, gli organi giudiziari e di polizia dei singoli Paesi. In tal senso, si colloca l'inaugurazione di un *Osservatorio europeo sulla contraffazione e sulla pirateria*. L'organismo, nato per garantire i diritti della proprietà intellettuale, si è posto la finalità di controllare, coordinare e coadiuvare gli Stati membri per contrastare la propagazione della commercializzazione illecita dei beni contraffatti. Alla base di queste azioni complesse vi deve essere un'armonizzazione tra le singole legislazioni nazionali ed europee, prevedendo efficienti sistemi di risoluzione delle controversie nonché efficaci misure sanzionatorie in caso di mancato rispetto delle norme di tutela dei diritti di proprietà intellettuale.

L'Italia, più di tutti gli altri Stati, si è resa conto che per raggiungere un risultato così ambizioso occorre che vi sia alla base una conoscenza solida e basilare della disciplina. Infatti, è stata proposta in sede parlamentare¹⁷⁹ l'istituzione di una apposita Commissione parlamentare di inchiesta sui fenomeni della contraffazione e della pirateria in campo commerciale, che si impegni a contrastare tali fenomeni mediante la raccolta di dati fondamentali e l'apprendimento della legislazione applicata nei Paesi membri

179 C.2653: *Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sui fenomeni della contraffazione e della pirateria in campo commerciale*; Lulli (Pd).

dell'Unione Europea¹⁸⁰. In questo modo, la conoscenza acquisita¹⁸¹ verrà utilizzata per un triplice scopo: ammodernare la legislazione nazionale; rafforzare le istituzioni impegnate nella lotta alla contraffazione e, infine, soddisfare le aspettative nutrite dalla Commissione europea in proposito.

La violazione delle norme sul diritto d'autore avviene, inoltre, anche mediante un'altra attività: la riproduzione e la pubblicazione sulla rete *internet* di opere audiovisive, documenti, immagini ed altre opere protette senza aver previamente richiesto ed ottenuto l'autorizzazione da parte dei titolari dei diritti sulle opere stesse. In sostanza, si tratta della cosiddetta pirateria digitale.

Analogamente alla contraffazione, anche la pirateria risulta danneggiare notevolmente il sistema economico nazionale¹⁸². Perciò per contrastare gli abusi derivati dalla diffusione digitale di opere

180 La Commissione (composta da venti senatori e da venti deputati, nominati, rispettivamente, dal Presidente del senato della Repubblica e dal Presidente della Camera dei deputati) ha il compito di *"accertare i risultati raggiunti e i limiti istituzionali, tecnologici e normativi attribuibili al livello nazionale che hanno reso inadeguate le azioni delle istituzioni"*.

181 Tra queste possono essere annoverate: la percentuale di merci contraffatte e piratate vendute sul territorio nazionale o in altri Paesi, suddivise per settori produttivi; le risorse effettivamente impegnate per rafforzare il sistema di contrasto a partire da quello doganale; le eventuali omissioni nell'esercizio di poteri di prevenzione, di controllo e sanzionatori che l'ordinamento prevede; le buone prassi e la normativa applicata in altri Paesi membri dell'Unione europea; l'interazione tra i diritti di proprietà intellettuale e le norme vigenti in materia di promozione dell'innovazione.

182 Basti pensare ai danni cagionati alle diverse imprese del settore dell'editoria, della discografia e del cinema.

dell'ingegno protette¹⁸³ sono state delineate due principali tipologie di azioni¹⁸⁴: da una parte, attuare una coordinazione tra le istituzioni e le Forze dell'ordine, finalizzata alla repressione della pirateria; dall'altra, promuovere campagne di sensibilizzazione degli utenti, rendendoli edotti sul fenomeno della pirateria e delle conseguenze che ne derivano.

La particolarità di questa azione repressiva della pirateria non viene realizzata mediante una censura rigida del *web*¹⁸⁵, bensì con la realizzazione di specifiche piattaforme telematiche, in cui le opere dell'ingegno in esse pubblicate potranno essere fruite gratuitamente da parte degli utenti. I legittimi titolari dei diritti di tali opere riceveranno, da parte dei prestatori di servizi¹⁸⁶, un'adeguata remunerazione¹⁸⁷.

Un altro disegno di legge¹⁸⁸ prevede ulteriori misure di contrasto alla pirateria informatica: tra queste, figura il divieto di pubblicazione sul *web* di qualunque contenuto¹⁸⁹ in forma anonima¹⁹⁰ da parte degli utenti¹⁹¹.

183 Contemperando, ovviamente, le libertà individuali con l'interesse pubblico e le esigenze del paese.

184 Contenute nel disegno di legge C.2188: *Disposizioni concernenti la diffusione telematica delle opere dell'ingegno e delega al Governo per la disciplina dell'istituzione di piattaforme telematiche nazionali*; Barbareschi (Gruppo Misto).

185 Così come previsto dalla normativa vigente.

186 Quali, ad esempio, gli *internet service provider* e le società di telecomunicazioni.

187 Attraverso introiti pubblicitari e di sponsorizzazione

188 C.2195: *Disposizioni per assicurare la tutela della legalità nella rete internet e delega al Governo per l'istituzione di un apposito comitato presso l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*; Carlucci (Pdl).

189 Informatico, audiovisivo e testuale.

A tal fine, risulterebbe necessaria l'istituzione, presso l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AgCom)¹⁹² di un *Comitato per la tutela della legalità nella rete internet*¹⁹³; ad esso sono attribuiti compiti funzionali ed ispettivi di particolare rilevanza, senza che l'assegnazione di tali poteri possa recare alcun pregiudizio alla magistratura ordinaria ed amministrativa.

190 L'anonimato consente all'utente di poter compiere facilmente reati contro la persona, tra cui il ricatto e la diffamazione.

191 Il divieto, nonché le eventuali sanzioni di natura civile e penale irrogate in seguito all'eventuale violazione di tale divieto, si estendono anche a coloro che rendano possibili i comportamenti vietati dagli utenti.

192 E' un'autorità indipendente ed autonoma la quale si pone, tra gli obiettivi, di assicurare una corretta competizione degli operatori sul mercato (mediante, ad esempio: l'applicazione delle normative sull'antitrust nelle comunicazioni oppure la tutela del diritto d'autore nel settore audiovisivo ed informatico) e di tutelare i consumi di libertà fondamentali dei cittadini (risolvendo controversie tra operatori ed utenti ovvero controllando la qualità e le modalità di distribuzione dei servizi e dei prodotti, come la pubblicità).

193 E' composto complessivamente da nove membri: *"tre membri designati dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni; tre magistrati designati rispettivamente dal Consiglio superiore della magistratura e dal Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa; tre esperti nelle materie attinenti alla rete internet designati rispettivamente dalla Società italiana degli autori ed editori (SIAE) e dalle associazioni dei datori di lavoro del settore industriale più rappresentative a livello nazionale. Essi rimarranno in carica per tre anni. Il presidente del Comitato sarà scelto tra i suoi membri dal Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni"*.

10. Il *file sharing* ed il *creative archive* quali fattori di produzione dell'economia della conoscenza

ARGOMENTO	NUMERO DI PROPOSTE DI LEGGE PRESENTATE
Licenze collettive estese e regolamentazione del <i>file sharing</i>	2

La rete telematica rappresenta, oggi, uno strumento prezioso che consente, tramite appositi programmi, la condivisione di documenti di qualunque natura (artistica, culturale, didattica) e formato (video, testuale o musicale) con tutta la comunità di utenti in tempi irrisori, se non immediati.

La società della conoscenza fonda le sue basi sulla opportunità di condivisione e di accesso ai contenuti con l'ausilio dei sistemi digitali, i quali non solo rendono reperibile suddetto materiale, ma ne consentono anche una sua conservazione.

Secondo la normativa vigente, soltanto chi distribuisce l'opera protetta¹⁹⁴ oppure chi, con tale distribuzione, consente a terzi un uso personale può incorrere in una responsabilità civile¹⁹⁵ e penale¹⁹⁶. Infatti l'art.171-ter.2 lett. a-bis) l.d.a. recita: "*E' punito (...) chiunque in*

194 Definiti anche *uploader*.

195 Di carattere risarcitorio.

196 Con una sanzione pecuniaria di 154 euro e con le sanzioni accessorie della confisca del materiale e della pubblicazione del provvedimento su un giornale quotidiano a diffusione nazionale.

violazione dell'art. 16¹⁹⁷, a fini di lucro, comunica al pubblico immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore, o parte di essa".

Ragionando inversamente è consentita la copia privata non effettuata da terzi¹⁹⁸ e nel rispetto delle misure tecnologiche di protezione¹⁹⁹.

L'esempio italiano riflette, quindi, la rigidità e l'inadeguatezza del bilanciamento degli interessi in gioco: quello di garantire le utilità economiche e patrimoniali degli autori originali, nonché la relativa diffusione delle loro opere, favorendo la libera circolazione del

197 Che a sua volta prevede che *"il diritto esclusivo di comunicazione al pubblico su filo o senza filo dell'opera ha per oggetto l'impiego di uno dei mezzi di diffusione a distanza, quali il telegrafo, il telefono, la radiodiffusione, la televisione ed altri mezzi analoghi, e comprende la comunicazione al pubblico via satellite e la ritrasmissione via cavo, nonché quella codificata con condizioni di accesso particolari; comprende altresì la messa disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente"*.

198 *"La riproduzione di cui al comma 1 non può essere effettuata da terzi. La prestazione di servizi finalizzata a consentire la riproduzione di fonogrammi e videogrammi da parte di persona fisica per uso personale costituisce attività di riproduzione soggetta alle disposizioni di cui agli articoli 13, 72, 78-bis, 79 e 80" (art. 71-sexies.2 l.d.a.).*

199 *"I titolari di diritti d'autore e di diritti connessi nonché del diritto di cui all'art. 102-bis, comma 3, possono apporre sulle opere o sui materiali protetti misure tecnologiche di protezione efficaci che comprendono tutte le tecnologie, i dispositivi o i componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti.*

Le misure tecnologiche di protezione sono considerate efficaci nel caso in cui l'uso dell'opera o del materiale protetto sia controllato dai titolari tramite l'applicazione di un dispositivo di accesso o di un procedimento di protezione, quale la cifratura, la distorsione o qualsiasi altra trasformazione dell'opera o del materiale protetto, ovvero sia limitato mediante un meccanismo di controllo delle copie che realizzi l'obiettivo di protezione.

Resta salva l'applicazione delle disposizioni relative ai programmi per elaboratore di cui al capo IV sezione VI del titolo I" (art. 102-quater l.d.a.).

sapere. In effetti, l'attuale scenario normativo non sembra contemperare in maniera corretta i predetti interessi, privilegiando il primo a scapito del secondo.

E' indispensabile riequilibrare questi due aspetti mediante una corretta regolamentazione giuridica che permetta una partecipazione rilevante degli utenti della rete nella realizzazione di una cultura basata sulla condivisione.

In tal senso si colloca un disegno di legge²⁰⁰ che propone di introdurre nuove forme di autorizzazione alla messa a disposizione del pubblico di archivi mediante reti digitali per fini esclusivamente personali e senza scopo di lucro. Il sistema, basato sul modello delle licenze collettive, si fonda sulla promozione di accordi tra le società di gestione collettiva maggiormente rappresentative degli aventi diritto e le associazioni portatrici degli interessi degli utilizzatori che definiscono le condizioni di uso delle opere, autorizzando lo scambio e la condivisione di contenuti digitali. Naturalmente, in caso di mancato rispetto delle condizioni previste dalla contrattazione collettiva (così come in caso dell'esercizio con finalità di lucro), si applicano le relative sanzioni penali.

La diffusione delle risorse intellettive è stata segnalata quale obiettivo anche in un'altra proposta di legge²⁰¹. È stata prevista, infatti, la

200 C.187: *Modifiche alla legge 22 aprile 1941, n. 633, in materia di comunicazione di opere al pubblico da parte di persone fisiche che scambiano archivi attraverso reti digitali per fini personali e senza scopo di lucro, nonché di riproduzione privata dei fonogrammi e videogrammi dalle medesime messi a disposizione del pubblico*; Beltrandi (Pd).

201 C.186: *Modifiche alla legge 22 aprile 1941, n. 633, in materia di archivi audiovisivi degli enti pubblici e di riproduzione privata dei fonogrammi e videogrammi dai medesimi messi a disposizione del pubblico*; Beltrandi (Pd).

possibilità di mettere a disposizione del pubblico le opere (*file audio-video*, in particolare) presenti negli archivi di tutti gli enti pubblici che si prefiggono, quale scopo principale, la diffusione di informazioni presso il pubblico stesso. Un'attività di questo tenore è fondata su di un regime di autorizzazione negoziato con i titolari dei diritti d'autore. L'importante è che tutto ciò non avvenga per fini di lucro e che la fonte dell'ente pubblico (ad esempio la RAI, Radiotelevisione italiana s.p.a.) sia sempre citata all'interno dei filmati.

11. Le proposte di legge e le libere utilizzazioni

ARGOMENTO	NUMERO DI PROPOSTE DI LEGGE PRESENTATE
Riforma del Titolo I, Capo I della legge sul diritto d'autore	2

1. *La preservazione e la condivisione delle opere dell'ingegno nella rete digitale per accedere alla cultura e manifestare il proprio pensiero*

Le utilizzazioni libere rappresentano delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore. La loro *ratio* è quella di compensare la protezione e la remunerazione degli autori originali con la diffusione e la promozione della cultura, in seguito all'utilizzazione di quella stessa opera protetta.

Sono considerate "*libere utilizzazioni*", nell'ordinamento italiano, tutte quelle riproduzioni effettuate: per finalità di pubblica informazione²⁰²; durante procedure parlamentari, giudiziarie e amministrative²⁰³; per uso personale²⁰⁴; per prestiti eseguiti dalle biblioteche dello Stato e dagli enti pubblici²⁰⁵; per riassunti, citazioni e riproduzioni parziali²⁰⁶; da bande musicali e le fanfare²⁰⁷; da

202 Oltre che articoli di attualità (articolo 65 l.d.a.), possono essere riprodotti, sempre per fini di cronaca, discorsi e conferenze aperti al pubblico (articolo 66 l.d.a.).

203 In questi casi è permessa la riproduzione di opere protette per fini di pubblica sicurezza, con l'unica condizione di riportare la fonte di provenienza (articolo 67 l.d.a.).

204 L'uso personale è limitato alle sole opere cartacee, escludendo le opere delle arti figurative e le opere musicali (in questo caso è possibile riprodurre soltanto il testo). Le riproduzioni non possono essere fatte per scopi di lucro (diretti o indiretti).

E' libera la fotocopia di opere disponibili presso biblioteche, scuole, musei e negli archivi pubblici se effettuata per i servizi di tali luoghi pubblici e senza scopi commerciali (diretti e indiretti).

E' possibile riprodurre un lavoro protetto (eccetto gli spartiti) tramite xerocopia o sistemi analoghi, limitatamente al 15% delle pagine dell'opera (escluse le pubblicità). Questa regola non si applica alle opere caratterizzate dalla loro ir reperibilità sul mercato (articolo 68 l.d.a.).

205 Il prestito effettuato per finalità culturali può avere ad oggetto materiali cartacei, fonogrammi o videogrammi contenenti opere cinematografiche audiovisive, decorsi diciotto mesi dalla loro distribuzione o ventiquattro dalla loro realizzazione, senza versare alcun compenso all'avente diritto (articolo 69 l.d.a.).

206 Per fini di critica, discussione, insegnamento o ricerca (articolo 70 l.d.a.).

207 L'esecuzione di opere musicali non deve avvenire per scopi commerciali. Inoltre, non deve essere corrisposto alcun compenso agli autori originali (articolo 71 l.d.a.).

portatori di *handicap*²⁰⁸; su terminali situati in luoghi pubblici²⁰⁹; all'interno di istituti di pena e di cura²¹⁰.

Tuttavia, a fronte di una incapacità dell'attuale quadro normativo di rapportarsi costantemente con le continue evoluzioni tecnologiche, sono state prospettate²¹¹ alcune modifiche al Capo V della legge sul diritto d'autore.

Anzitutto, agli articoli 68²¹², 69²¹³ e 71-ter²¹⁴ di suddetta legge: mediante tale modifica si consentirebbe la digitalizzazione di libri,

208 Sono permesse loro utilizzazioni di materiali protetti per uso personale e non commerciale, purché siano direttamente connesse all'*handicap*. Le categorie dei portatori di *handicap* sono individuate con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali insieme al Ministro del lavoro e delle politiche sociali, previo accordo con il Comitato consultivo permanente per il diritto d'autore (articolo 71-bis l.d.a.).

209 Aveni finalità di ricerca e di studio (articolo 71-ter l.d.a.).

210 Le riproduzioni audiovisive sono effettuate con l'unica condizione che ciò avvenga soltanto internamente a suddetti istituti e che sia versato un equo compenso agli autori originali (articolo 71-quarter l.d.a.).

211 C.2525: *Modifiche alla legge 22 aprile 1941, n. 633, in materia di libere utilizzazioni dei contenuti protetti da diritto d'autore*; Cassinelli (Pdl).

212 "All'articolo 68 della legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) il comma 2 è sostituito dal seguente:

«2. È libera la riproduzione, con qualsiasi mezzo, di opere esistenti nelle biblioteche accessibili al pubblico, negli istituti di istruzione, nei musei pubblici o negli archivi pubblici, nelle discoteche e cineteche dello Stato e degli enti pubblici, effettuata dai predetti organismi per i propri servizi, senza alcun vantaggio economico o commerciale diretto o indiretto»;

b) il comma 3 è sostituito dal seguente:

«3. Fermo restando il divieto di riproduzione di spartiti e partiture musicali, la riproduzione per uso personale è consentita nei limiti del quindici per cento dell'opera complessiva o di ciascuna annata di periodico, escluse le inserzioni pubblicitarie»;

c) al comma 4, le parole: «per fotocopia, xerocopia o analogo sistema di

riproduzione» sono sostituite dalle seguenti: «idonei alla riproduzione di cui al comma 3»;

d) il comma 5 è sostituito dal seguente:

«5. Le riproduzioni per uso personale delle opere esistenti nelle biblioteche pubbliche, fatte con qualsiasi mezzo all'interno delle stesse, possono essere effettuate liberamente nei limiti stabiliti dal comma 3 del presente articolo con corresponsione di un compenso in forma forfetaria a favore degli aventi diritto di cui al comma 2 dell'articolo 181-ter, determinato ai sensi del secondo periodo del comma 1 del medesimo articolo 181-ter. Tale compenso è versato direttamente ogni anno dalle biblioteche o dagli enti dai quali le biblioteche dipendono. I limiti di cui al citato comma 3 non si applicano alle edizioni esaurite in commercio».

213 "L'articolo 69 della legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, è sostituito dal seguente:

«Art. 69. 1. Il prestito eseguito dalle biblioteche pubblicamente accessibili e dalle discoteche e cineteche dello Stato e degli enti pubblici, avente ad oggetto esemplari di opere esistenti presso le istituzioni suddette, ovvero, nel caso di opere non fissate su un supporto materiale, la messa a disposizione per la consultazione non contemporanea da parte di singoli utenti individuati, inclusa quella nel luogo e nel momento scelti, per un tempo determinato, ai fini esclusivi di promozione culturale e di studio personale, non è soggetto ad autorizzazione da parte del titolare del relativo diritto. Le opere cinematografiche o audiovisive o le sequenze di immagini in movimento, sonore o meno, possono essere prestate decorsi almeno diciotto mesi dal primo atto di esercizio del diritto di distribuzione ovvero, non essendo stato esercitato il diritto di distribuzione, decorsi almeno ventiquattro mesi dalla realizzazione delle opere e delle sequenze di immagini. Tale limite non si applica nel caso di allegati a opere a stampa.

2. Per i prestiti effettuati dalle biblioteche e discoteche dello Stato e degli enti pubblici, fatta eccezione per quelli eseguiti dalle biblioteche universitarie e dalle biblioteche di istituti e scuole di ogni ordine e grado, è dovuto un equo compenso; a tal fine è istituito, a carico del bilancio dello Stato, presso il Ministero per i beni e le attività culturali, il Fondo per il diritto di prestito pubblico. I criteri per la ripartizione di tale Fondo da parte della SIAE tra gli aventi diritto e per la determinazione della provvigione spettante alla stessa società per l'opera di ripartizione, da prelevare a valere sulle risorse del Fondo medesimo, sono stabiliti con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, sentite le associazioni di categoria interessate.

3. Per preservare l'opera o l'esemplare originale dal deterioramento, e comunque in caso di obsolescenza tecnologica del supporto originale, è consentito, agli istituti e nei modi di cui all'articolo 68, comma 2, il prestito o la messa a disposizione del pubblico di una riproduzione

materiale audiovisivo ed ogni altra tipologia di contenuti presenti nelle biblioteche ed in altri istituti analoghi. I sistemi informatici garantirebbero, quindi, non solo la conservazione eterna di tali contenuti, ma anche la loro facile e immediata messa a disposizione nei confronti di tutti gli utenti.

Inoltre, con le modifiche all'art. 70²¹⁵ l.d.a. si vorrebbe, da una parte, favorire la diffusione di opere nella loro integrità per finalità di

dell'opera o dell'esemplare, purché tale copia sia l'unica messa a disposizione degli utenti in sostituzione dell'esemplare originale»".

214 "L'articolo 71-ter della legge 22 aprile 1941, n. 633, è sostituito dal seguente:

«Art. 71-ter. - 1. È libera la comunicazione o la messa a disposizione destinata a singoli individui, a scopo di ricerca o di attività privata di studio, su postazioni dedicate situate nei locali delle biblioteche e dei sistemi bibliotecari accessibili al pubblico, negli istituti di istruzione, nei musei e negli archivi, limitatamente alle opere o ad altri materiali contenuti nelle loro

collezioni.

2. Previo accordo con le associazioni delle categorie interessate, è libera la comunicazione o la messa a disposizione, in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, di edizioni non più in commercio, effettuata da biblioteche accessibili al pubblico, istituti di istruzione, musei e archivi a scopo di ricerca o di attività privata di studio, decorso un termine non inferiore a cinque anni dalla data di pubblicazione».

215 "All'articolo 70 della legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) il comma 1 è sostituito dal seguente:

«1. Sono libere la riproduzione e la comunicazione al pubblico, compresa la messa a disposizione in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, di opere e di altri materiali protetti quando l'utilizzo abbia esclusivamente finalità illustrativa per uso didattico o di ricerca scientifica, di critica e di discussione e a condizione che, salvo in caso di impossibilità, si indichi la fonte, compreso il nome dell'autore. In ogni caso sono liberi il riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di opera e la loro comunicazione al pubblico, compresa la messa a disposizione in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, se effettuati per uso di critica o di discussione, nei limiti giustificati da tali fini e purché non costituiscano concorrenza

insegnamento attraverso la rete *internet*; dall'altra, tutelare giuridicamente le nuove forme di linguaggio abilitate dalla tecnologia: gli *User Generated Content*²¹⁶ (UGC). Per la realizzazione di tali contenuti, gli utenti dapprima recepiscono le varie forme di produzioni culturali e, in seguito, esprimono il loro spirito critico interagendo, manipolando e riutilizzando suddette produzioni. Così, gli autori di *fan fiction*²¹⁷, *spoofs*²¹⁸, *Anime Music Video*²¹⁹ e *samples*²²⁰ imparano a riconoscere lo sforzo creativo degli autori

all'utilizzazione economica dell'opera. Il riassunto, la citazione o la riproduzione devono essere sempre accompagnati dalla menzione del titolo dell'opera, dei nomi dell'autore, dell'editore e, se si tratta di traduzione, del traduttore, qualora tali indicazioni figurino sull'opera riprodotta»;

b) il comma 1-bis è abrogato;

c) il comma 3 è sostituito dai seguenti:

«3. Sono libere la riproduzione e la comunicazione al pubblico, compresa la messa a disposizione in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, di opere di architettura o di scultura realizzate per essere collocate stabilmente in *pubblici.*

3-bis. Sono altresì libere la riproduzione e la comunicazione al pubblico, compresa la messa a disposizione in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, di opere o di altri materiali protetti nel caso di loro inclusione occasionale in opere o in materiali di altro tipo»".

216 Definito dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) come "*un contenuto messo a disposizione del pubblico su internet che riflette un certo grado di sforzo creativo e che viene creato al di fuori di routine e pratiche professionali*".

217 Racconti fittizi legati a vicende tratte da *videogame*, film o cartoni animati.

218 Particolare forma di parodia in cui si osservano programmi televisivi, libri o film in chiave umoristica.

219 Filmati amatoriali realizzati dalla combinazione di video tratti da *anime* (cartoni animati giapponesi) e brani musicali.

220 Rielaborazione di una registrazione audio.

originali²²¹, apportando un valore aggiuntivo alle proprie produzioni, con l'intento di condividerle con altri utenti²²². Tuttavia, il quadro normativo oggi vigente rappresenta una forma di indiretta censura nei confronti di tali produzioni, limitando, di conseguenza, la libera espressione della creatività da parte degli utenti. Ed è proprio in virtù di tale situazione, sembrerebbe indispensabile, mediante una regolamentazione giuridica come quella prospettata in sede parlamentare, considerare una partecipazione rilevante degli utenti nella rete per la realizzazione di una cultura basata sulla condivisione. In questo modo, verrebbero tutelati diritti costituzionalmente protetti, quali il diritto alla cultura, alla ricerca scientifica ed alla manifestazione del pensiero²²³.

12. La libera utilizzazione delle opere protette per finalità di cronaca: anche a scopo di lucro?

Il Parlamento ha riservato un particolare interesse nei confronti dell'editoria, sia nel formato cartaceo che in quello digitale: ha espresso, infatti, una notevole preoccupazione in relazione ad un

221 Con gli UGC è ormai svanita la distinzione tra i consumatori dei contenuti ed i loro creatori.

222 E' su questa considerazione che poggia la *sharing economy*, fondata sulla condivisione dei materiali pubblicati dagli utenti.

223 Emblematica, sotto questo profilo, risulterebbe la proposta di inserire, nella Legge sul diritto d'autore, l'articolo 71-undecies, che reciterebbe: "*Le libere utilizzazioni di cui al presente capo non possono essere impedito per contratto né attraverso l'apposizione all'opera di misure tecnologiche di protezione di cui all'articolo 102-quater*".

utilizzo indebito di materiali informativi, prelevati pedissequamente da quotidiani, riviste e siti *internet* specializzati, con la finalità di venderli a terzi. L'operazione viene così effettuata in spregio all'art.65.1 l.d.a.²²⁴, che permette l'utilizzo di materiali o lavori protetti²²⁵ per l'esercizio del diritto di cronaca, dovendo, quale unica condizione, essere indicati la fonte ed il nome dell'autore delle opere protette utilizzate, salvo impossibilità.

Al fine di contrastare questo fenomeno di riproduzione illecita, un disegno di legge²²⁶ mira ad introdurre un principio secondo il quale coloro che avranno intenzione di utilizzare, con finalità di lucro, articoli di riviste e giornali, sono "*tenuti a stipulare²²⁷ appositi accordi con le associazioni maggiormente rappresentativi degli editori da cui i suddetti articoli sono tratti, al fine di regolamentare i connessi diritti di utilizzazione economica*", nonché di stabilire le modalità e la misura di riscossione della remunerazione dovuta.

A fronte delle difformità interpretative sull'art.65 l.d.a., la norma proposta ha intenzione di rendere specifica l'eccezione al diritto d'autore per finalità di informazione, rendendo concreto il

224 "*Gli articoli di attualità di carattere economico, politico o religioso, pubblicati nelle riviste o nei giornali, oppure radiodiffusi o messi a disposizione del pubblico, e gli altri materiali dello stesso carattere possono essere liberamente riprodotti o comunicati al pubblico in altre riviste o giornali, anche radiotelevisivi, se la riproduzione o l'utilizzazione non è stata espressamente riservata, purché si indichino la fonte da cui sono tratti, la data e il nome dell'autore, se riportato*".

225 Articoli, notizie e informazioni tratte da riviste o giornali.

226 S.2297: *Modifica alla legge 22 aprile 1941, n. 633, in materia di tutela della proprietà intellettuale dell'opera editoriale*; Butti (Pdl).

227 Direttamente o tramite le proprie associazioni di rappresentanza.

contemperamento della tutela degli interessi economici degli aventi diritto sulle opere editoriali e, soprattutto, la circolazione del sapere.

13. Opere in cerca di diritto d'autore. I fumetti ed i *format*. Il divieto di commercializzare opere tratte da efferati delitti.

ARGOMENTO	NUMERO DI PROPOSTE DI LEGGE PRESENTATE
Regolamentazione delle opere dell'ingegno	4

Un merito che può essere attribuito ai rappresentanti del Parlamento è quello di qualificare e valorizzare quelle opere dell'ingegno che si traducono in strumenti di espressione artistica e di comunicazione. Tra queste, un riconoscimento particolare è spettato alle opere a fumetti. Nello specifico, è stata depositata una proposta di legge²²⁸, avente la finalità di considerare espressamente il fumetto tra le opere dell'ingegno elencate dall'articolo 2 della legge sul diritto d'autore²²⁹.

228 C.2427: *Modifiche alla legge 22 aprile 1941, n. 633, in materia di riconoscimento del diritto d'autore relativamente alle opere a fumetti*; Porta (PD).

229 L'art. 2 l.d.a recita, infatti: "*In particolare sono comprese nella protezione:*
1) *le opere letterarie, drammatiche, scientifiche, didattiche, religiose, tanto se in forma scritta quanto se orale;*
2) *le opere e le composizioni musicali, con o senza parole, le opere drammatico-musicali e le variazioni musicali costituenti di per sé opera originale;*
3) *le opere coreografiche e pantomimiche, delle quali sia fissata la traccia per iscritto o altrimenti;*
4) *le opere della scultura, della pittura, dell'arte del disegno, della incisione e delle arti figurative similari, compresa la scenografia;*

In questo modo, non solo verrebbe finalmente valorizzato il fumetto italiano nella sua essenza artistica, ma verrebbero altresì riconosciuti e tutelati i diritti, sia sotto il profilo patrimoniale²³⁰ che morale²³¹, spettanti agli autori²³² (letterari²³³ oppure grafici²³⁴), dei coautori e di

-
- 5) i disegni e le opere dell'architettura;
 6) le opere dell'arte cinematografica, muta o sonora, sempreché non si tratti di semplice documentazione protetta ai sensi delle norme del Capo V del Titolo II;
 7) le opere fotografiche e quelle espresse con procedimento analogo a quello della fotografia sempre che non si tratti di semplice fotografia protetta ai sensi delle norme del Capo V del Titolo II;
 8) i programmi per elaboratore, in qualsiasi forma espressi purché originali quale risultato di creazione intellettuale dell'autore. Restano esclusi dalla tutela accordata dalla presente legge le idee e i principi che stanno alla base di qualsiasi elemento di un programma, compresi quelli alla base delle sue interfacce. Il termine programma comprende anche il materiale preparatorio per la progettazione del programma stesso.
 9) le banche di dati di cui al secondo comma dell'articolo 1, intese come raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili mediante mezzi elettronici o in altro modo. La tutela delle banche di dati non si estende al loro contenuto e lascia impregiudicati diritti esistenti su tale contenuto.
 10) Le opere del disegno industriale che presentino di per sé carattere creativo e valore artistico".

230 L'esercizio dei diritti di utilizzazione economica dei fumetti, articolati nella attività di pubblicazione (sul territorio nazionale e all'estero), vendita, ristampa, riedizioni o qualsiasi altro sfruttamento commerciale spetta in parti uguali all'autore oppure ai coautori.

231 Le tavole originali, così come i personaggi e tutti gli elementi in essi rappresentati, sono di proprietà degli autori.

232 Intesi, secondo la proposta di legge, quali "scrittore e il disegnatore ideatori e iniziatori della serie stessa".

233 Categoria di autori i quali descrivono, in maniera dettagliata, il soggetto, la sceneggiatura, i personaggi e la trama del fumetto.

tutti i collaboratori delle succitate opere a fumetti.

Analogamente privo di tutela giuridica risulta il *format*, inteso come modello per la strutturazione di uno spettacolo di intrattenimento²³⁵ che, proprio in virtù delle sue caratteristiche, può essere venduto e replicato anche in altri paesi del mondo.

L'assenza di una protezione giuridica della suddetta opera dell'ingegno è derivata soprattutto da una sua imprecisa qualificazione da parte della dottrina e della giurisprudenza²³⁶.

A fronte, dunque, di una lacuna di tale spessore, una proposta di legge²³⁷ si è posta l'obiettivo di fornire un'adeguata tutela giuridica al *format* quale opera d'ingegno²³⁸, nonché di concedere garanzie economiche-giuridiche ai loro autori e ideatori dei progetti audiovisivi²³⁹.

234 Specifica tipologia di autori i quali traducono visivamente quanto indicato dall'autore letterario. Generalmente, entrambe le qualità di letterario e di grafico sono riunite nel medesimo autore.

235 Ad esempio, i *reality* ed i *talk show*.

236 Attualmente, infatti, il *format* viene considerato dalla giurisprudenza come "un generico schema ideativo, privo di compiuta elaborazione e atto a fornire lo svolgimento di base relativo a un programma televisivo o teatrale".

237 C.1575: *Modifiche alla legge 22 aprile 1941, n. 633, in materia di protezione del diritto d'autore concernente le produzioni audiovisive*; Carlucci (Pdl).

238 La proposta di legge vorrebbe, infatti, inserire all'art.2 l. 633/1941, che indica le opere protette dalla legge sul diritto d'autore, il numero che segue: "10-bis) i *format* che costituiscono opere dell'ingegno, a condizione che non si tratti di progetti già protetti ai sensi del capo I-quater del titolo II".

239 Possono opporsi a qualunque riproduzione o trasposizione non consentita dal progetto di produzione audiovisiva. Inoltre, i diritti sui progetti avranno una durata complessiva di 20 anni solari decorrenti dal deposito dello stesso presso un registro speciale tenuto dalla SIAE.

Riflettendo in maniera critica sulle proposte di legge presentate, se da un lato è possibile apprezzare l'interesse nutrito dal Parlamento sulle opere dell'ingegno di recente produzione e sviluppo, dall'altro risulta essere inconcepibile una loro specifica e dettagliata regolamentazione. La legge sul diritto d'autore è in proposito abbastanza chiara, rispettando i canoni di generalità ed astrattezza della legge. Infatti, *"sono protette ai sensi di questa legge²⁴⁰ le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione"*²⁴¹.

Ragionando in maniera diametralmente opposta rispetto alle proposte di legge appena riportate, se ne colloca un'altra²⁴² che, invece, intende vietare la commercializzazione di opere dell'ingegno²⁴³ create dagli autori di gravi delitti ovvero, tramite le medesime attività pubblicitarie, lo sfruttamento di immagini dell'imputato o del condannato per efferati delitti²⁴⁴.

La ratio del provvedimento risulta, a questo punto, evidente: evitare che i delitti commessi dai relativi autori (imputati o condannati) possano essere utilizzati da quest'ultimi per trarre un profitto o un

240 Ci si riferisce alla legge sul diritto d'autore.

241 Art. 1.1 l.d.a.

242 C.157: *Divieto, a carico degli autori di efferati delitti, di trarre beneficio economico da opere ispirate ai loro crimini e di utilizzare il loro nome o le loro immagini a fini pubblicitari*; Foti (Pdl).

243 Mediante la diffusione di libri, opere cinematografiche o teatrali ovvero con qualsiasi altra espressione che, si ispiri all'atto criminale.

244 Dunque, risulterebbero essere vietate le seguenti attività: sponsorizzazione; pubblicità; spot pubblicitari; televendita; telepromozione ed autopromozione.

qualunque beneficio di natura economica mediante opere dell'ingegno che siano riferibili, anche indirettamente, al reato stesso. La notorietà che ne deriverà da quest'attività potrebbe ingenerare, infatti, un pericolo di emulazione dai possibili acquirenti di tali prodotti²⁴⁵.

All'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AgCom) è stato attribuito il compito di vigilare sull'osservanza del divieto imposto dalla proposta di legge. In caso di trasgressione, infatti, l'AgCom, anche su impulso di privati, delibera l'irrogazione di una sanzione amministrativa²⁴⁶ a carico dell'imputato o indagato e del soggetto responsabile della diffusione delle attività editoriali.

14. La pena accessoria della pubblicazione della sentenza su di un quotidiano: è ancora necessaria?

ARGOMENTO	NUMERO DI PROPOSTE DI LEGGE PRESENTATE
Riforma del Titolo III, Capo III, Sezione II della legge sul diritto d'autore	1

²⁴⁵ Naturalmente, si intenderà tutelare, inoltre, la dignità e il dolore delle famiglie delle persone offese da tali reati ignobili.

²⁴⁶ Ossia la confisca delle somme a qualsiasi titolo percepite mediante le attività vietate dalla proposta di legge ovvero il pagamento di una somma pari al triplo delle somme percepite mediante tale.

L'articolo 171-ter.4 lettera b) prevede quale pena accessoria per i reati di duplicazione, importazione, vendita, detenzione a scopo commerciale o imprenditoriale e concessione in locazione di programmi per elaboratore contenuti in supporti non contrassegnati dalla SIAE al fine di trarne profitto, la pubblicazione della sentenza di condanna in uno o più quotidiani, di cui almeno uno a diffusione nazionale e in uno o più periodici specializzati per le violazioni delle norme in materia di tutela del diritto di autore. Tuttavia, a fronte delle ingenti spese da parte del Ministero della Giustizia derivanti dalla procedura di irrogazione di sentenza di condanna a carico di cittadini extracomunitari indigenti ed irreperibili (specificamente, si tratta di venditori ambulanti di *DVD*, audio o videocassette), con conseguente irrecuperabilità delle somme erogate in proposito, è stata formulata l'ipotesi²⁴⁷ di rimettere alla valutazione discrezionale del giudice di merito l'afflizione di tale pena accessoria.

Il disegno di legge ha dunque sollevato una problematica di notevole importanza nel settore processualpenalistico: il costo della giustizia. Limitando notevolmente l'irrogazione della pena accessoria della pubblicazione ai soli casi di rilevante violazione della normativa in materia, come prospettato dall'unica proposta di legge presentata in materia, vi sarebbe un risparmio di circa 15.000.000 euro. Si tratta, così, di una cifra ragguardevole, che potrà essere investita in altri settori di competenza del Ministero della Giustizia.

247 C.1506: *"Modifiche all'articolo 171-ter della legge 22 aprile 1941, n. 633, concernenti le pene accessorie per la violazione di talune norme a tutela del diritto d'autore"*; Labocchetta (Pdl).

15. Conclusioni

In questo documento abbiamo evidenziato le criticità dell'operato dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni circa un nuovo regolamento sul diritto d'autore.

Abbiamo evidenziato come si tratta di un problema ampio che impone la necessità di ripensare il funzionamento dell'Autorità nel caso in cui tocchi interessi e diritti fondamentali.

Abbiamo sottolineato come sia necessario un maggior coinvolgimento della società civile, ad esempio con l'introduzione di maggiore trasparenza nel suo funzionamento.

In definitiva un rinnovato rapporto con il Parlamento risulta essere lo strumento da privilegiare. In particolare emerge con chiarezza la richiesta di rinviare l'introduzione di nuove regolamentazioni fino ad una riforma complessiva del diritto d'autore prefigurata dalle proposte di legge presentate nell'attuale legislatura.

CAPITOLO VI.

LA COPIA PRIVATA NEL CONTESTO DIGITALE E L'OFFERTA DI CONTENUTI AUDIOVISIVI LEGALI SULLA RETE, PROBLEMI E PROSPETTIVE

di Giulia Aranguena de La Paz

1. L'importanza dell'accesso ai contenuti nel settore audiovisivo

La disponibilità dei contenuti e dei diritti di sfruttamento protetti dal diritto d'autore costituisce il fattore di successo principale e maggiormente critico per lo sviluppo di offerte legali di contenuti via IP, sia a pagamento che *free*.

La possibilità per un editore tradizionale di essere effettivamente competitivo attirando *audience* e, quindi, proventi pubblicitari, dipende dalla capacità di mettere insieme un palinsesto interessante, ovvero un insieme di contenuti attrattivi per il pubblico.

Così, allo stesso modo, a causa della progressiva convergenza, per le nuove piattaforme, soprattutto nel **settore audiovisivo**, la possibilità di attirare utenti è legata alla loro capacità di mettere insieme un pacchetto attrattivo di canali tematici, canali *premium*, contenuti *pay* e servizi di altro genere e, quindi, alla loro effettiva capacità di disporre di contenuti di pregio (c.d. *premium*) da poter monetizzare con la distribuzione al pubblico.

In altri termini, mentre in passato gli operatori di telecomunicazioni e i fornitori di contenuti operavano fondamentalmente su due mercati distinti, la convergenza tra reti di comunicazioni elettroniche ha portato entrambi i soggetti a concorrere per la stessa risorsa: i contenuti.

D'altronde, in Italia, così come nei principali paesi del mondo, gli operatori di telecomunicazioni, offrono nell'ambito delle loro offerte *triple play*, dei servizi televisivi su rete IP, concorrendo di fatto con i *broadcaster* per ciò che concerne l'accesso ai contenuti.

Pertanto, come spiegato dall'AGCOM nel Libro Bianco sui Contenuti,²⁴⁸ l'accesso ai contenuti rappresenta un elemento chiave ed interviene nell'ambito delle dinamiche concorrenziali del settore, sia a livello *wholesale*, inteso come accesso da parte degli operatori al fine di formulare offerte appetibili alla clientela, sia dal punto di vista degli utenti finali (livello *retail*), che effettuano le loro scelte di acquisto in considerazione del *bouquet* di contenuti disponibili sulle diverse piattaforme trasmissive.

Di conseguenza, l'accesso a tali risorse e in particolare ai cosiddetti contenuti *premium* (i film delle *major*, le partite di calcio, ma anche i canali *free* degli operatori tradizionali) è divenuto il vero "collo di bottiglia" dell'intera industria dell'intrattenimento.

²⁴⁸ Libro Bianco sui Contenuti già cit. p. 180.

Le barriere all'accesso dei contenuti, inoltre, creano una condizione contraddittoria se si considera che lo sviluppo di offerte legali sulle reti IP ha dimostrato di essere **la più efficace misura di contrasto alla diffusione di contenuti illegali sulla rete contro gli abusi del diritto d'autore** e della proprietà intellettuale.

L'apertura del mercato dei contenuti, in tale ottica, si pone, dunque, non solo come misura di sviluppo economico e di maggiore accesso alle possibilità di iniziativa nel settore del media audiovisivi, ma anche **come presidio dello stesso diritto d'autore**, a tutela delle condizioni di remunerazione delle opere e del mantenimento degli incentivi all'attività ideativa e di produzione delle stesse; e ciò che è successo, in questi anni, all'industria musicale ne è un chiara ed inequivocabile testimonianza.²⁴⁹

2. Barriere allo sviluppo in Italia: copia privata ed accesso ai contenuti

Nonostante la crescente propensione alla fruizione sempre più personalizzata di contenuti audiovisivi e i processi di evoluzione tecnologica in atto, in Italia **sono fortemente limitati** i presupposti per l'estensione del mercato per la distribuzione di contenuti via IP.

²⁴⁹ Come precisato dall'AGCOM nel Libro Bianco sui Contenuti, già cit., nonostante non vi siano dati ufficiali sulla pirateria *online* provenienti dalla Commissione Europea per il 2009, si dispone di quelli derivanti dagli studi commissionati dalle industrie musicali, che dimostrano che il settore, dopo la apertura al mercato digitale ed alla rete Internet, ha ricominciato a rifare utili (p. 122).

A fronte dello sviluppo di piattaforme per la distribuzione IP molto dinamico negli Stati Uniti ed in alcuni paesi europei come la Francia, l'Italia si caratterizza per un **ritardo strutturale** che penalizza il mercato dei contenuti digitali e, di conseguenza, lo sviluppo dei servizi media audiovisivi in senso pluralista, concorrenziale, e volto al miglioramento del c.d. **consumer welfare** in questo settore.²⁵⁰

In parte, il diverso ritmo di sviluppo delle offerte *video on-demand* (VOD), sia nella declinazione delle piattaforme IPTV che in quella della piattaforma OTT,²⁵¹ è riconducibile a fattori strutturali e macroeconomici, quali:

²⁵⁰ Secondo le teorie economiche maggioritarie, l'efficienza economica è data dall'efficienza produttiva e dall'efficienza allocativa che, secondo i dettami della scuola di Chicago, costituirebbe il fine primario dell'*antitrust*: una legislazione efficiente era quella che massimizzava il benessere collettivo ("*consumer welfare*" inteso come somma delle ricchezze degli individui) perseguendo l'unico obiettivo di assicurare l'allocazione ottimale delle risorse. L'efficienza allocativa in *a free enterprise economy* può essere raggiunta solo se tutte le società sono di una dimensione sufficiente per realizzare le economie di scala, se tutti i mercati sono strutturati concorrenzialmente e se le barriere d'entrata sono basse. Solo in questa ipotesi, infatti, è il mercato e non i produttori a fissare il prezzo con beneficio generale della collettività.

²⁵¹ Si tratta delle piattaforme c.d. *over the top television* (OTT TV), che indicano la terziarietà dei soggetti che le gestiscono rispetto alle reti. Mentre i pacchetti dati trasmessi dei servizi IPTV sono *fully managed* – distribuiti attraverso reti proprietarie, amministrate dai medesimi operatori di telecomunicazione che forniscono contenuti ai clienti connessi alle loro reti – e sono instradati su un canale preferenziale che garantisce loro continuità e qualità, i contenuti offerti dalle piattaforme OTT TV *unmanaged* viaggiano in maniera indistinta nel flusso generale dei dati Internet in modalità cosiddetta *best*

a) il tasso di penetrazione degli accessi alla banda larga e la penetrazione di PC che in Italia sono ampiamente inferiori alla media europea; e

b) l'assenza di politiche fiscali di sostegno allo sviluppo di servizi media innovativi (in Francia il regime fiscale agevolato cui sono assoggettati i servizi VOD è stato determinante nello sviluppo delle piattaforme IPTV).

A ciò, si aggiungono i vincoli di **natura giuridica e legale** che frenano lo sviluppo ed hanno effetti distorsivi sulla concorrenza, quali:

c) l'imposizione di obblighi non coerenti con la realtà di mercato; e

d) l'esistenza di ostacoli significativi nelle condizioni di accesso ai contenuti.

Nel primo ambito dei vincoli di tipo giuridico-legale, può rientrare il regime applicativo dell'"equo compenso", che necessiterebbe di un'ampia rivisitazione in considerazione di una più attenta lettura delle evoluzioni di mercato.²⁵²

effort, cioè attraverso un trattamento indistinto di tutti i pacchetti dati che non tiene conto della capacità di diverse tipologie di contenuto (e-mail, video, audio) di tollerare diversi gradi di latenza.

²⁵² La Copia Privata è il compenso che si applica, tramite una *royalty* sui supporti vergini fonografici o audiovisivi in cambio della possibilità di effettuare registrazioni di opere protette dal diritto d'autore. Il compenso per la copia privata è stato introdotto in Italia

Il [decreto ministeriale](#) del Ministro per i Beni e le Attività Culturali del 30 dicembre 2009 ha infatti esteso l'ambito applicativo dell'equo compenso, nonché i livelli di determinazione dei compensi; e ciò ha avuto e rischia di avere ancora di più nel prossimo futuro effetti negativi sullo sviluppo dei servizi audiovisivi su piattaforme IP.²⁵³

dalla [Legge 5 febbraio 1992, n. 93](#) che lo regola nell'ambito del diritto d'autore di cui alla [Legge 22 aprile 1941, n. 633](#), per compensare il mancato guadagno derivante dalle registrazioni 'casalinghe'. Inizialmente riguardava le audiocassette, ma è stato successivamente esteso a Cd e Dvd vergini, computer, lettori Mp3. Un'prima estensione dell'ambito di applicazione della copia privata è intervenuta con [Il Decreto Legislativo 9 aprile 2003, n. 68](#) - intitolato "Attuazione della [Direttiva 2001/29/CE](#) sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione" - che, all'art. 9 e 41, ha introdotto delle modifiche alla disciplina in materia di compenso per la riproduzione privata per uso personale di fonogrammi e videogrammi ("copia privata"). Il riferimento è alla riproduzione ad uso privato (o copia privata), eccezione prevista come facoltativa dall'articolo 5.2, lettera b) della predetta Direttiva 2001/29/CE, che stabilisce che "Gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione [...] per quanto riguarda [...] le riproduzioni su qualsiasi supporto effettuate da una persona fisica per uso privato e per fini né direttamente, né indirettamente commerciali a condizione che i titolari del diritto ricevano un equo compenso che tenga conto dell'applicazione o meno delle misure tecnologiche di cui all'articolo 6 all'opera o agli altri materiali interessati [...]".

²⁵³ Prima dell'introduzione della copia privata, non era possibile registrare copie di opere tutelate. In Italia, come nella maggior parte degli Stati dell'Europa Unita (con l'eccezione della Gran Bretagna, dove riprodurre copie anche ad uso privato è considerato reato. E recentissima, peraltro, la [notizia](#) secondo cui il Regno Unito starebbe esaminando la possibilità di legalizzare il trasferimento di contenuti ad uso personale, c.d. *format shifting*, aprendo a forme legislative simili a quelle del resto d'Europa sulla copia privata) è stata concessa questa possibilità, a fronte di una *royalty*

Tale estensione, che tiene conto dell'idoneità di determinati supporti ad essere utilizzati per la gestione di "copie private", **non consente di distinguere** tra i supporti utilizzati per la gestione di servizi per i quali il titolare del diritto risulta direttamente remunerato dal fornitore del servizio, e gli altri supporti.

Conseguentemente, un fornitore di servizi *on demand*, che utilizza come supporto di registrazione, lato utente, una memoria fisica, si trova a pagare, per ciascun contenuto distribuito via IP, tanto i diritti d'autore ai legittimi titolari, quanto l'equo compenso per un utilizzo di uno strumento che, certo, non può considerarsi volto a fare una "copia privata".²⁵⁴

forfetaria per compensare del mancato acquisto gli autori e tutta la filiera dell'industria culturale. L'entità del compenso tiene conto del fatto che sui supporti si possa registrare anche materiale non protetto dal diritto d'autore. Con delle grosse ed evidenti disparità tra i diversi Paesi della UE. Oggi sono presenti 27 differenti sistemi nazionali che regolamentano il compenso per la copia privata: alcuni impongono tasse elevate solo per alcuni prodotti, altri prelievi più contenuti ma applicabili a una gamma più vasta. E' dell'aprile del 2011 [la notizia](#) che l'Europa starebbe mettendo in campo una iniziativa, volta alla emanazione di una normativa uniforme della copia privata su tutto il territorio della UE (in www.key4biz.it).

²⁵⁴ Infatti, il Decreto, nell'intento di compensare autori ed editori delle presunte perdite derivanti dalle copie private, ha applicato una tassazione indiscriminata degli apparati in grado di immagazzinare contenuti audiovisivi includendo fra questi anche *device* che sono invece principalmente destinate a veicolare via IP offerte legali di contenuti audiovisivi. Pertanto, il compenso richiesto per gli apparati destinati a fornire tali servizi costituisce un importante freno allo sviluppo di *business model* sostenibili per lo sviluppo delle offerte di contenuti audiovisivi sulle nuove piattaforme

Peraltro, il menzionato decreto, nell'intento di compensare autori ed editori per le presunte perdite derivanti dalle copie private, ha applicato una **tassazione indiscriminata** degli apparecchi in grado di immagazzinare contenuti audiovisivi includendo fra questi anche *device* che sono, invece, principalmente destinati a veicolare via IP offerte legali di audiovisivi.

Basti pensare che il citato decreto del 30 dicembre del 2009 fa riferimento esplicito alle memorie e agli *hard disk* integrati in un *decoder* di qualsiasi natura, quindi di tipo satellitare, terrestre, via cavo, e simili ed anche ad apparecchi TV; e ci si rende conto come sia oggettivamente esteso l'ambito della tassazione in questione che, in forza di specifiche clausole di accollo, va a gravare su tutti i terzi committenti che importino o facciano fabbricare con il loro marchio le apparecchiature oggetto di tassazione per implementare le loro piattaforme per la distribuzione dei contenuti.

Conseguentemente, per tutti gli apparati destinati alla distribuzione dei contenuti, e quindi per l'offerta dei relativi servizi di distribuzione, la tassazione per copia privata costituisce un importante freno, se non un vero e proprio *handicap* per lo sviluppo di *business model* convenienti per l'offerta di contenuti audiovisivi legali, specie sulle piattaforme emergenti.

Inoltre, se a quanto detto sin'ora, si aggiunge che, secondo la Direttiva 2001/29/CE da cui deriva il regime della copia privata in Italia, vi e' una interdipendenza tra equo compenso dovuto per copia

privata ed applicazione delle **misure tecnologiche di protezione** ²⁵⁵ essendo previsto, nella normativa europea, che l'ammontare del primo debba tener conto della presenza di dispositivi anticopia -, la **contraddizione e l'inefficienza** che derivano dal regime italiano sulla copia privata varato dal decreto del decreto del 30 dicembre 2009 (c.d. decreto Bondi) appaiono ancor più distintamente.

²⁵⁵ L'art. 102-quater della [Legge 22 aprile 1941, n. 633](#) sul diritto d'autore definisce misure tecnologiche di protezione efficaci tutte le tecnologie, i dispositivi o i componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti, e precisa che le misure tecnologiche di protezione sono considerate efficaci nel caso in cui l'uso dell'opera o del materiale protetto sia controllato dai titolari tramite l'applicazione di un dispositivo di accesso o di un procedimento di protezione, quale la cifratura, la distorsione o qualsiasi altra trasformazione dell'opera o del materiale protetto, ovvero sia limitato mediante un meccanismo di controllo delle copie che realizzi l'obiettivo di protezione (le misure tecnologiche di protezione rappresentano uno strumento di c.d. autotutela tecnica dalle violazioni sul *copyright*). Le misure tecnologiche di protezione sono quindi di due tipi: misure antiaccesso e misure anticopia. Le prime consentono l'accesso solo ai soggetti autorizzati. Possono applicarsi sia a un servizio che ad un contenuto e si può trattare, ad esempio, di protezione dell'accesso a una pay-tv mediante un *decoder*, o della fruizione del contenuto di un cd attraverso la registrazione. Fra questo tipo di misure possono annoverarsi: le tecniche di crittografia che consentono la fruizione dell'opera (crittografata) solo a chi detiene la chiave per decrittalarla; le tecniche Drms (*Digital rights management system*) che consentono ai titolari di avere un controllo sulle opere fornendo le chiavi all'utente per rendere possibile effettuare le varie operazioni. Le misure anticopia, invece, limitano il numero di copie che può essere effettuato di un'opera, ad esempio rendendo possibile effettuare solo una copia dell'opera o impedendo la copia della copia.

Anche se sul punto il legislatore comunitario non è chiaro, di deve ugualmente ritenere che la Direttiva 2001/29/CE abbia voluto mettere in evidenza che nessun equo compenso sia dovuto nell'ipotesi in cui un dispositivo tecnologico controlli efficacemente il tipo di riproduzione permessa dall'eccezione di copia privata.

Tant'è che il legislatore nazionale, in sede di attuazione della disciplina europea, ha introdotto la norma di rango primario che,²⁵⁶ espressamente, esonera dal pagamento del compenso della copia privata tutti quei contenuti su cui risultino applicate misure tecnologiche di protezione, sebbene, successivamente, il decreto in parola sia andato ben oltre i limiti regolamentari imposti dal legislatore imponendo una tassazione indiscriminata che non tiene minimamente conto di quanto precisato.

Ne consegue la necessità di rivedere il regime della copia privata in Italia conseguente al decreto in parola, tanto più che il sistema presuntivo di tassazione che ne è alla base, non solo non tiene conto che, spesso, sono installati dei dispositivi anticopia che fanno venir meno la *ratio* stessa del l'equo compenso, ma anche che i soggetti che distribuiscono legalmente contenuti audiovisivi via IP, per poter costruire una loro offerta attrattiva di contenuti pregiati, remunerano separatamente ed autonomamente i titolari dei diritti d'autore e dei diritti connessi al loro esercizio.

²⁵⁶ Ci si riferisce all'art. 71-sexies della [Legge 22 aprile 1941, n. 633](#) sul diritto d'autore.

Ma, al di là di ciò, come da tempo ha individuato l'AGCOM,²⁵⁷ **la centralità assunta dai contenuti** nei nuovi scenari - in quanto ormai svincolati dai supporti fisici e non più coincidenti con il *medium* di distribuzione - fa sì che una delle principali barriere allo sviluppo sia rappresentata dai vincoli giuridici **che incidono**, in maniera negativa, **sulle condizioni di accesso ai diritti di sfruttamento dei contenuti** da parte di chi intende offrire servizi *media* al di fuori dal modello tradizionale del *broadcast*.

3. Clausole *holdback* ed integrazione verticale nella distribuzione dei contenuti

Gli ostacoli di tipo giuridico all'accesso ai contenuti derivano da motivazioni diverse.

Un primo esempio si rintraccia con riferimento all'acquisizione diretta dei diritti di trasmissione di eventi (calcio, sport, cinema) da produttori e distributori.

Infatti, le nuove piattaforme, operatori c.d. *newcomers* o nuovi entranti, partono svantaggiate nella negoziazione con i detentori dei diritti di sfruttamento e dei diritti connessi sui contenuti, poiché, avendo una base ridotta di clienti/abbonati, risultano fortemente

²⁵⁷ Ci si riferisce non solo al Libro Bianco sui Contenuti, già cit., ma, soprattutto, all'Indagine Conoscitiva su "*Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*" del febbraio del 2010.

penalizzate da modalità contrattuali che prevedono, generalmente, **un minimo garantito**.

Con la vendita a minimo garantito si prevede, infatti, una quota fissa che l'operatore deve pagare al titolare dei diritti sui contenuti, indipendentemente dal pubblico che effettivamente riuscirà a raggiungere e dalla *revenue* che introiterà per la trasmissione dei contenuti al pubblico, con conseguente **disallineamento del meccanismo di formazione dei prezzi**, che non dipenderanno più dal numero di vendite al pubblico e quindi dalla domanda.²⁵⁸

Inoltre, le barriere all'accesso dei contenuti sono ulteriormente innalzate dalla consuetudine di valorizzare i diritti di sfruttamento economico segmentando le vendite, a seconda delle diverse modalità di fruizione e di distribuzione televisiva (c.d. *windows*).

Con tali pratiche contrattuali si costringe l'acquirente a comprare, in esclusiva, tutti i diritti di trasmissione non solo per il tipo di piattaforma sulla quale quest'ultimo operi, ma anche per tutte le altre

²⁵⁸ A ciò si aggiunga, che, generalmente nei contratti, ai minimi garantiti si affianca anche un pagamento aggiuntivo al titolare dei diritti per ogni unità in più rispetto alla quota fissata come minimo garantito e, in taluni casi, il prezzo al dettaglio viene stabilito dal venditore e non dall'emittente (quando l'imposizione è totale, si parla di *price floor*). Infine, spesso i venditori dei contenuti stabiliscono anche dei requisiti minimi di distribuzione (come un livello minimo di qualità garantita), sicché la situazione può diventare davvero molto difficoltosa per nuovo entrante nel mercato, perché egli non ha potere contrattuale.

in modo da evitare il rischio di non poter distribuire i contenuti acquisiti sulla piattaforma sulla quale trasmette.

Mediante questo tipo di **clausole di esclusiva multiplatforma** (c.d. di *holdback*), gli acquirenti sono limitati nel diritto di cessione dello sfruttamento dei contenuti ad altri soggetti per un determinato periodo di tempo per tutti i mezzi trasmissivi, e non possono cederli ad altri soggetti attivi su altre piattaforme, con conseguente grave lesione di questi ultimi nell'accesso ai contenuti da sfruttare, e vera e propria preclusione dei contenuti stessi a trovare un reale sbocco distributivo verso il pubblico.

Questo tipo di clausole di esclusiva *holback*, di per sé non comportano violazione della concorrenza.

Tuttavia, secondo l'ampia casistica della Commissione EU e dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM),²⁵⁹ le clausole *holback* possono integrare abusi di posizione dominante, sanzionata dall'art. 102 del TFUE (Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea), ex art. 82 del Trattato UE (a sua volta ex art. 85

²⁵⁹ In particolare, la Commissione e l'AGCM hanno affrontato la questione delle esclusive *holdback* nel contesto dell'esame di diverse operazioni di concentrazione tra imprese di telecomunicazione e imprese televisive titolari di contenuti, ovvero di concentrazioni di pay-TV. Si vedano i casi AOL/Time Warner; Vivendi/Canal Plus; Vivendi/Vodafone+Canal Plus; oppure tutto l'ampio contenzioso antitrust per il caso Telepiù/Stream che ha dato vita a Sky, oppure l'istruttoria a carico di RTI S.p.A. sui diritti calcistici dell'AGCM n. A/362, terminata col provvedimento 15632, in Bollettino n. 26, del 17 luglio 2006.

del TCE), come attuato dall'art. 3 della nostra legge antitrust n. 287/90, laddove l'impresa che le imponga: 1) goda di una posizione dominante nel mercato rilevante; 2) ne stabilisca una durata superiore a tre anni e 3) ne estenda l'efficacia per tutti gli usi e le piattaforme che non vengono utilizzate dall'acquirente, determinando un effetto di chiusura verticale (*foreclosure*) nel mercato rilevante attraverso la creazione di una scarsità (artificiale) della disponibilità di determinati contenuti.²⁶⁰

Ugualmente critica per le piattaforme emergenti è l'acquisizione di canali e palinsesti da inserire nei propri pacchetti di offerta attraverso la ritrasmissione stante l'**integrazione verticale** delle piattaforme più consolidate (satellitare e digitale terrestre) che determina, nonostante l'ampio numero di canali tematici, che la maggior parte di quelli più interessanti dal punto di vista dei contenuti sia **controllata direttamente dagli operatori di piattaforme più forti** che fanno resistenza a cederli ad operatori concorrenti.

In tale scenario di integrazione verticale e di difficoltà di accesso ai contenuti, particolarmente diffusi nell'attuale struttura del mercato italiano, l'operatore di TV via satellite e gli operatori di piattaforme digitale terrestre controllano direttamente i canali più "pregiati", mentre le piattaforme emergenti – cavo, adsl, telefonia mobile, IP – si riducono a fare i semplici "*carrier*", cioè trasportatori di canali indipendenti.

²⁶⁰ Libro Bianco sui Contenuti già cit. p. 181.

Pertanto, le piattaforme emergenti, se non riescono a negoziare il trasporto dei canali, non avranno contenuti da offrire.

Inoltre, in alcuni paesi, come segnalato dalla Associazione IPTV,²⁶¹ qualsiasi piattaforma può inserire nel proprio catalogo la **ritrasmissione** dei canali generalisti dietro il pagamento di un corrispettivo stabilito a monte ed in modo neutro rispetto alla tecnologia di trasmissione.

In Italia, invece, la ritrasmissione,²⁶² anche se integrale e in contemporanea, della programmazione lineare di un emittente, è subordinata ad una negoziazione individuale con le singole emittenti e le condizioni di offerta sono differenziate a seconda della piattaforma distributiva.²⁶³

4 Rimedi per aprire il mercato dei contenuti audiovisivi in Italia

Date queste premesse, visto il cambiamento che sta continuando a subire velocemente il sistema televisivo, non si può non tener conto

²⁶¹ V. [Rapporto del 2010](#) dell'Associazione IPTV, p. 61.

²⁶² La ritrasmissione è oggetto di un diritto esclusivo a favore delle emittenti radiotelevisive ai sensi dell'art. 79 della Legge 22 aprile 1941, n. 633.

²⁶³ I canali di RAI e Mediaset in questo momento sono resi disponibili "gratuitamente" alle piattaforme via satellite e via Digitale terrestre", mentre per trasportare gli stessi canali alle piattaforme via cavo (Fastweb) e mobili viene chiesto un compenso ritenuto dagli operatori non proporzionato.

delle caratteristiche e delle potenzialità offerte dai nuovi *media* e dall'aumento delle offerte dei servizi media audiovisivi.

Da qui la necessità, evidenziata da più parti, di risolvere il problema dello sviluppo dei servizi media audiovisivi eliminando le criticità nell'accesso ai contenuti attraverso la disciplina di **misure asimmetriche proconcorrenziali** da parte delle autorità di regolamentazione,²⁶⁴ ferme la specialità del settore e la necessità di un regolamento *antitrust* comunque ispirato non tanto e non solo a

²⁶⁴ L'imposizione di obblighi asimmetrici alle imprese, da parte delle autorità di regolamentazione dei mercati, costituisce un tipico rimedio proconcorrenziale. La regolazione asimmetrica nel settore delle telecomunicazioni ha assolto storicamente il compito di consentire una liberalizzazione sostanziale di mercati formalmente liberalizzati in cui esisteva una fortissima sperequazione tra la forza di mercato degli operatori ex monopolisti (cd. *Incumbent*), proprietari della rete di trasmissione, ed i nuovi operatori *Newcomer*, costretti per poter offrire i propri servizi a contrattare con gli *Incumbent* l'accesso alla rete. Gli obblighi asimmetrici (cd. *remedies*), definiti a livello comunitario ed applicati dalle Autorità nazionali di regolazione, consistono in una pluralità regole, graduate in maniera diversa, volte a consentire l'accesso dei nuovi operatori in modo non discriminatorio. Per un *excursus* completo del processo di liberalizzazione e trasformazione delle telecomunicazioni verso le reti di comunicazione elettronica prima del c.d. *Framework* del 2002 ([Direttiva n. 2002/21/CE](#), c.d. direttiva quadro; Direttiva n. 2002/19/CE, c.d. direttiva accesso; Direttiva n. 2002/20/CE, c.d. direttiva autorizzazioni; Direttiva n. 2002/22/CE, c.d. direttiva servizio universale), e successivamente ([Direttiva 2009/140/UE](#)), si veda G. ROVERAN, "Il processo di liberalizzazione nel settore delle telecomunicazioni", in *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, Vol. IV, Comunicazioni elettroniche e concorrenza, a cura di A. SIROTTI GAUDENZI, UTET, 2010, p. 27 e ss.

criteri di tipo strettamente economico, ma soprattutto al pluralismo.²⁶⁵

In tal senso, si potrebbe profilare l'opportunità dell'introduzione di obblighi espliciti e maggiormente coerenti di **must carry** e **must offer** a carico degli operatori dominanti.

Con tali obblighi, come spiegato dall'AGCOM, si agevola, nel primo caso (*must carry*), la ritrasmissione di determinati programmi da parte di una piattaforma, specialmente quando c'è scarsità della capacità trasmissiva disponibile e, nel secondo caso (*must offer*), l'offerta di contenuti alle piattaforme richiedenti, determinando l'ingresso nel mercato dei contenuti da parte dei *newcomers* e lo sviluppo di piattaforme alternative.²⁶⁶

5 Obblighi di *must carry* ed accesso alle piattaforme di distribuzione

La misura del *must carry* è mirata a rendere più disponibili i contenuti esistenti su un numero più ampio di piattaforme, e si realizza

²⁶⁵ Vedi R. PEREZ, "Telecomunicazioni e concorrenza", Milano, 2002, nonché i saggi di M. LIBERTINI, "Una disciplina antitrust speciale per le comunicazioni elettroniche" in Contr. impr. eur., 2003, 910 ss.; M. CLARICH, "Regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche", in Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche, a cura di R. PEREZ, Milano, 2004, 15 ss.; M. D'Alberty, Comunicazioni elettroniche e concorrenza, *ibidem*, 35 ss.

²⁶⁶ Libro Bianco sui Contenuti già cit. p. 182.

concretamente attraverso la regolamentazione dei soggetti verticalmente integrati al fine di limitare il loro potere di bloccare la competizione con i nuovi entranti.

Come precisato, la maggior parte dei canali tematici a pagamento sono direttamente controllati da soggetti che hanno anche una piattaforma di distribuzione (piattaforme verticalmente integrate) e che, per ridurre la pressione competitiva da parte delle piattaforme emergenti, non consentono a queste ultime la trasmissione di questi canali.

Per evitare tale distorsione, nei principali paesi, come ad esempio negli USA,²⁶⁷ è stata introdotta la “**parità di trattamento**” a carico

²⁶⁷ Negli Stati Uniti, il *must carry* nasce agli inizi degli anni '70, quando, in seguito allo sviluppo vertiginoso della TV via cavo, gli operatori di TV locale che trasmettevano via etere incominciarono a perdere progressivamente la loro quota di mercato. Al fine di garantire l'informazione locale, furono imposti agli operatori di TV via cavo degli obblighi di accesso alle loro piattaforme. Allo stato attuale, gli operatori di TV via cavo sono obbligati a diffondere sulla rispettiva piattaforma un terzo delle emittenti locali, sia pubbliche che private, ricevibili all'interno della cosiddetta *Cable company's service area*. Tale area si estende per un arco di 60 miglia dall'area servita dall'operatore cavo. Il “*Program access and carriage rule*” – Section 628 del *Cable Television Consumer Protection and Competition Act del 1992* - proibisce pratiche inique o discriminatorie nella vendita di canali televisivi da parte di editori verticalmente integrati con una piattaforma. E' vietato inoltre ad una piattaforma integrata verticalmente con un canale la distribuzione esclusiva del canale stesso. In questo modo si impedisce che piattaforme emergenti siano ostacolate nell'acquisizione dei contenuti necessari a competere con gli operatori dominanti. Nel 1999, con il *Satellite Home Viewer Improvement Act* il Congresso ha sancito poi l'obbligo per le emittenti terrestri in chiaro di negoziare in buona fede il consenso

delle piattaforme che controllano direttamente dei canali televisivi, stabilendo, in capo a determinati operatori, l'obbligo di offrire tali canali a tutte le piattaforme alternative a condizioni **equie e non discriminatorie**, al fine di garantire l'accesso alle rispettive piattaforme da parte dei fornitori di contenuti.

In Europa, la disciplina del *must carry* è prevista dalla direttiva 2002/22/CE (Direttiva Servizio Universale).²⁶⁸

Pertanto, gli Stati membri hanno introdotto, a carico delle reti di comunicazione elettronica che distribuiscono servizi di diffusione al pubblico, obblighi di trasmissione di canali, purché detti canali, per un numero significativo di utenti, rappresentino il mezzo principale per la ricezione di quei servizi di diffusione e purché tali obblighi siano funzionali **al perseguimento di obiettivi di interesse generale** (tale obbligo può essere accompagnato da un indennizzo appropriato, c.d. *carriage fee*).

In Italia, la regolamentazione del *must carry* è contenuta nel Codice delle Comunicazioni Elettroniche ex [D.Lgs. n. 259/2003](#),²⁶⁹ e nel

alla ritrasmissione con tutte le piattaforme e il divieto a raggiungere accordi per la ritrasmissione esclusiva su una sola piattaforma.

²⁶⁸ In particolare l'articolo 31 della Direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica ("direttiva servizio universale").

Testo Unico della Radiotelevisione, ora Testo Unico sui Servizi Media Audiovisivi di cui al [D.Lgs. n. 177/2005](#) (riformato dal decreto Romani).

In particolare, a norma di quanto disposto dal T.U.,²⁷⁰ gli operatori di rete (operatori di TV digitale terrestre, satellitare) sono tenuti a cedere la propria capacità trasmissiva **a condizioni di mercato non discriminatorie** ai fornitori di contenuti cosiddetti indipendenti (non riconducibili all'operatore di rete), che, secondo quanto stabilito dall'AGCOM,²⁷¹ presentino un particolare valore per il sistema televisivo nazionale o locale in ragione qualità della programmazione e del pluralismo informativo.

Tuttavia, va sottolineato che, nell'impianto regolamentare che l'AGCOM ha emanato per attuare i precetti del *must carry*, l'obbligo di cessione della capacità trasmissiva sembra limitato alla fase di sperimentazione della trasmissione in tecnica digitale terrestre, senza possibilità di estensione alla fase successiva allo *switch-off*.

²⁶⁹ In particolare l'articolo 81 che prevede che *"Eventuali obblighi di trasmissione per specifici canali e servizi radiofonici e televisivi sono disciplinati dalle disposizioni di legge in materia di radiodiffusione sonora e televisiva"*.

²⁷⁰ In particolare, numero 2), lettera e) dell'art. 5 comma 1.

²⁷¹ Art. 29 del Regolamento relativo alla radiodiffusione terrestre in tecnica digitale di cui alla [Delibera n. 435/01/CONS](#), modificato successivamente dalla Delibera n. 266/06/CONS e dalla Delibera n.109/07/CONS.

Ma oltre a tali oggettive limitazioni, vale precisare che, nella realtà di mercato italiana, il problema dell'accesso alle piattaforme non riguarda solo le piattaforme televisive, e soprattutto non è detto che gli operatori di rete neghino in ogni caso l'accesso alle rispettive piattaforme, potendosi avere ipotesi nelle quali, invece, gli operatori di rete offrano ai fornitori di contenuti l'accesso alle rispettive piattaforme, ma a condizioni molto onerose.

Pertanto, la regolazione in Italia, per come applicata dal legislatore e dall'AGCOM, è concretamente insufficiente ed inadeguata a superare il problema dell'integrazione verticale di alcune operatori di rete, e se ne rende opportuna una rivisitazione per superare il problema dell'accesso alle piattaforme che in Italia è particolarmente grave.²⁷²

²⁷² In alcuni casi il potere contrattuale di chi detiene l'accesso alla piattaforma arriva ad avere effetti anche sulla definizione del modello di *business* del fornitore di contenuti. Tale possibilità trova spiegazione nel fatto che alcuni operatori di rete, oltre ad avere il controllo della piattaforma, sono in grado di controllare anche l'utenza finale. Per alcune piattaforme, le richieste d'accesso al contenuto inoltrate dall'utente vengono infatti veicolate per mezzo della dell'infrastruttura gestita dagli operatori di rete. Questi ultimi, occupandosi della gestione dei rapporti con la clientela, dell'elaborazione e della consegna degli acquisti, della fatturazione (*billing*), sono in grado di esercitare un forte controllo nei confronti dell'utenza finale e, a monte, del produttore dei contenuti anche con riferimento alla distribuzione delle *revenue* derivanti dall'attività di distribuzione dei contenuti.

6. Obblighi di *must offer* ed accesso ai contenuti audiovisivi

Per consentire alle nuove piattaforme di accedere ai contenuti televisivi, in alcuni stati dell'Unione Europea sono stati introdotti specifici obblighi di *must offer*, grazie ai quali, i fornitori di contenuti sono tenuti **a distribuirli senza discriminazione** alle piattaforme di telecomunicazione che ne facciano richiesta.

In linea di massima gli obblighi di *must offer* sono finalizzati a sostenere l'emersione di nuove piattaforme e ad accrescere la concorrenza di queste con quelle tradizionali, posto che, in mancanza di tali obblighi, lo sviluppo delle nuove piattaforme verrebbe in qualche modo ostacolata se non addirittura compromessa.

In Italia, un obbligo di *must offer* è ravvisabile nel Testo Unico sui Servizi Media Audiovisivi di cui al [D.Lgs. n. 177/2005](#), e in particolare all'art. 5 comma 1, lettera f).

*Tale articolo prescrive l'“obbligo per i fornitori di contenuti, in caso di cessione dei diritti di sfruttamento degli stessi, di osservare pratiche non discriminatorie tra le diverse piattaforme distributive, alle condizioni di mercato, fermi restando il rispetto dei diritti di esclusiva, le norme in tema di diritto d'autore e la libera negoziazione tra le parti”.*²⁷³

²⁷³ Tale norma, a seguito della riforma intervenuta a seguito del decreto Romani di cui al D.Lgs n. 44/2010, non ha subito modifiche sostanziali ma solo interpolazioni per effetto dell'introduzioni di nuove definizioni.

Tuttavia, tale norma presenta alcune difficoltà interpretative che ne hanno limitato di fatto l'efficacia e la sua reale utilizzabilità per aprire il mercato dei contenuti alle piattaforme alternative.

In primo luogo, infatti, un'interpretazione letterale di tale articolo porterebbe a ritenere l'obbligo di cui sopra, come un obbligo di non discriminazione piuttosto che un vero e proprio obbligo di offerta (*must offer*) e, in secondo luogo, la norma di cui sopra presenta alcune eccezioni all'applicazione del principio in essa contenuto, come la salvaguardia dei diritti d'esclusiva, la tutela del diritto d'autore e la libera negoziazione tra le parti.

In tale quadro, l'unica eccezione plausibile nell'ottica dello sviluppo dell'accesso ai contenuti è il rispetto dei diritti d'autore, giacché il *must offer* può anche non prevedere la cessione dei diritti di parte dei propri contenuti ad altri editori, che li utilizzerebbero per creare i propri palinsesti, concretizzandosi soltanto in un obbligo di consentire a tutte le piattaforme che ne facciano di poter trasportare a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie, il programma soggetto all'obbligo di offerta mantenendone il marchio editoriale.

Ma al di là di ciò, per il resto, le altre eccezioni, salvo il principio di non discriminazione, **lasciando discrezionalità negoziale** nella fissazione delle condizioni di cessione dei contenuti, non preservano di certo dalle pratiche penalizzanti nei confronti delle nuove piattaforme di distribuzione.

Inoltre, nella norma in questione manca l'individuazione delle "piattaforme distributive", dato che l'obbligo di non discriminazione per i fornitori di contenuti tra piattaforme trasmissive alternative **andrebbe ulteriormente declinato** per distinguere la posizione dei nuovi entranti da quella di soggetti dominanti nelle piattaforme tradizionali *free* e *pay* (etere, satellite, tlc).

Nel qual caso, se vi fossero tali precisazioni normative, ai soggetti dominanti l'obbligo di non discriminazione potrebbe essere diversificato e sostanziato con una serie di obblighi aggiuntivi in sede regolamentare e applicativa.

Pertanto, allo stato, l'opportunità di rimettere mano alla norma che ha previsto, nel nostro ordinamento, l'obbligo di *must offer* è resa ancor più urgente per la recente modifica del [Contratto di Servizio](#) stipulato tra la Rai e il Ministero delle Comunicazioni che, dopo la cessazione del contratto di trasmissione satellitare con Sky,²⁷⁴ ha disciplinato, *in peius*, quel che era l'unico obbligo di *must offer* del nostro ordinamento, coerente con le finalità della misura.

Più precisamente, l'originario obbligo di *must offer*, previsto (dall'art. 26) a titolo gratuito esclusivamente in capo alla Rai per i programmi rientranti nel servizio pubblico, adesso è stato trasformato ed

²⁷⁴ La vicenda, accaduta nel luglio del 2009, è stata determinata dal lancio della piattaforma satellitare proprietaria, TVsat, sviluppata da Rai, Mediaset e Telecom Italia Media ed ha visto Rai rinunciare ad un cospicuo compenso per la distribuzione dei suoi canali satellitari tematici Rai Sat, attraverso la piattaforma di Sky e cederli a Tvsat.

affievolito dalla nuova formulazione adottata in sede di rinnovo del Contratto di Servizio.

Infatti, mentre prima era stabilito che *"la Rai si impegna a realizzare la cessione gratuita, e senza costi aggiuntivi per l'utente, della propria programmazione di servizio pubblico sulle diverse piattaforme distributive, compatibilmente con i diritti dei terzi e fatti salvi gli specifici accordi commerciali"* adesso, e fino al 2012, per l'accesso ai contenuti media della Rai è stato previsto (art. 22, comma 4) che *"la Rai **potrà** consentire la messa a disposizione della propria programmazione di servizio pubblico a tutte le piattaforme commerciali che ne faranno richiesta nell'ambito di negoziazioni eque, trasparenti e non discriminatorie e sulla base di condizioni verificate dalle Autorità competenti"*.

In questo contesto, dove il *must offer* formulato dalla normativa di riferimento appare inefficace ed il solo obbligo concretamente operativo nei confronti dei programmi della Rai è stato degradato ad una mera facoltà sottoposta a controllo amministrativo, l'unica soluzione sembra quella di un **intervento legislativo** che, sulla scorta di quanto già fatto, ad esempio, nell'ambito dei diritti sportivi, agevoli l'accesso ai diritti di sfruttamento da parte dei nuovi operatori della comunicazione elettronica, definendo misure idonee a limitare l'utilizzo di esclusive e ad incoraggiare la commercializzazione dei diritti a condizioni economiche sostenibili per operatori emergenti.

Al riguardo, vale ricordare che l'intervento normativo di cui al D.Lgs n. 9/2008, all'art. 14, ha dettato una disciplina particolare con riferimento alla commercializzazione dei diritti sportivi destinati alla trasmissione sulle **piattaforme emergenti** (individuate periodicamente dall'Autorità con [delibera n. 665/09/CONS](#)), stabilendo che:

- i) i diritti audiovisivi destinati alle piattaforme emergenti debbano essere offerti su base **non esclusiva** (comma 3);
- ii) l'organizzatore della competizione, al fine di sostenere lo sviluppo delle piattaforme emergenti, è tenuto a concedere in licenza direttamente a tali piattaforme diritti audiovisivi adatti alle caratteristiche tecnologiche di ciascuna di esse e a prezzi commisurati all'effettiva utilizzazione, da parte degli utenti di ciascuna piattaforma, dei prodotti audiovisivi (comma 4);
- iii) la commercializzazione dei dati audiovisivi destinati alle piattaforme emergenti debba avvenire **per singola piattaforma**, al fine di evitare la formazione di posizioni dominanti, (comma 5).

Pertanto, prendendo ad esempio quanto stabilito per la negoziazione dei diritti sportivi, potrebbero essere formulate ipotesi applicative del *must offer* che facilitino l'accesso da parte di nuovi operatori e piattaforme emergenti ai diritti "pregiati" sui contenuti diversi dai diritti sportivi (cinema, e specifici prodotti televisivi, ecc.), attraverso l'imposizione normativa di obblighi di **"spacchettamento" dei diritti per piattaforma**, ovvero di divieti per un operatore di una determinata piattaforma di acquistare i diritti anche per le

piattaforme che non gestisce per non sottrarre la possibilità per altri soggetti di trasmettere gli stessi contenuti.

Questo tipo di obblighi, peraltro, esiste al momento solo per Sky come effetto della concentrazione Newscorp-Telepiù e degli impegni assunti di fronte alla Commissione Europea,²⁷⁵ di talché considerati il ruolo trainante dei tali contenuti e l'importanza che essi rivestono nell'economia di qualsiasi piattaforma, si potrebbe giustificare, con interventi normativi appropriati, il passaggio di tali misure tipicamente *antitrust* ad una regolamentazione con effetti *erga omnes* come previsto per i diritti sportivi, al fine di aprire il mercato alle piattaforme emergenti.

7 Conclusioni: riflessioni sui possibili rimedi *antitrust*

²⁷⁵ Nel 2002 l'AGCM, con provvedimento n. 10716 del 13.5.2002, in sede di autorizzazione di una concentrazione, si occupò di un progetto di fusione tra le due piattaforme satellitari Telepiù e Stream (Telepiù era intenzionata ad acquistare Stream). Tale progetto non andò a buon fine e nel 2003, la stessa operazione si ripropose a parti invertite (Stream intenzionata ad acquistare Telepiù). L'approvazione della fusione che, a valle diede vita a Sky Italia, date le dimensioni dell'operazione, avvenne in seno alla Commissione Europea, la quale, riprendendo gli obblighi presenti nel provvedimento dell'AGCM, con decisione COMP/M/2876, impose, in capo a Sky una serie di obblighi, tra cui quello di offrire all'ingrosso, a tutte le piattaforme che ne facessero richiesta, i suoi pacchetti *premium* (pacchetti: "cinema", "sport" e "calcio"). Il prezzo *wholesale* sarebbe stato determinato con il meccanismo del *retail minus*, consistente nella deduzione dal prezzo *retail* di uno specifico margine stabilito dall'autorità di regolamentazione. L'applicazione di tale impegno ha permesso a operatori come Fastweb di fornire servizi televisivi su rete IP, riproponendo ai propri abbonati i pacchetti *premium* di Sky.

Le esigenze delineate impongono una riflessione complessiva che, dalle note polemiche sul diritto d'autore - bisognoso di alcuni interventi di riforma specie sul sistema di organizzazione del *collecting* dei relativi proventi -, sposti l'attenzione sulle strutture economiche necessarie a **dare un assetto competitivo e concorrenziale al mercato**.

Tale riflessione dovrebbe focalizzarsi sugli interventi più opportuni per assicurare, **tanto più nel nuovo contesto digitale**, un'effettiva circolazione dei contenuti ai fini dello sviluppo e del consolidamento dei nuovi mezzi di trasmissione e per la crescita complessiva del c.d. **consumer welfare**, valutando, come punto di partenza, l'impatto prodotto dagli interventi che sono stati già attuati dal punto di vista normativo, regolamentare o *antitrust*.

Tra gli interventi già attuati, come abbiamo visto, vi rientrano gli obblighi di *must carry* e di *must offer*.

Questi ultimi, ad esempio, sulla base di quanto già sperimentato in Italia, dovrebbero essere resi, con opportuni interventi normativi generali e più puntuali applicazioni regolamentari da parte dell'AGCOM, maggiormente espliciti e diretti all'obiettivo dell'**apertura del mercato dei contenuti e dei servizi media audiovisivi** in senso concorrenziale.

Tuttavia, non possono essere trascurate eventuali iniziative che **non si esauriscono** sul piano della tutela pubblicistica *ex ante*

dell'interesse oggettivo alla libera concorrenza nel settore dei media audiovisivi, ovvero alla sola protezione del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica.

E' stato ormai da tempo acquisito, anche nel nostro ordinamento, che i soggetti danneggiati da pratiche anticoncorrenziali non sono solo gli imprenditori esclusi dal mercato o bloccati nel loro agire e nel loro potere negoziale a causa di contesti caratterizzati, come quello italiano dei servizi *media* audiovisivi, da posizioni dominanti abusate, pratiche concordate e *foreclosure* basate su diffuse integrazioni verticali.

Infatti, anche in Italia, è transitata da tempo la consapevolezza dell'esistenza e della meritevolezza della tutela giuridica del consumatore, quale soggetto di mercato, al pari dell'imprenditore commerciale, portatore di uno specifico interesse al rispetto ed al mantenimento della struttura competitiva del mercato contro pratiche commerciali scorrette e comportamenti anticoncorrenziali che

si ripercuotono sull'ultimo anello della catena di distribuzione dei prodotti e dei servizi offerti per la loro utilizzazione.

In tal senso, allora, potrebbe avere una certa rilevanza, data l'importanza dello sviluppo del mercato dei contenuti e dei servizi *media* audiovisivi, verificare la **percorribilità di soluzioni di c.d. *private enforcement*** della concorrenza nell'ambito dei servizi *media* audiovisivi a favore dei consumatori, ovvero incentivare, con

disposizioni processuali di generale *favor*, iniziative giudiziarie organizzate dalle piattaforme emergenti gestite da *newcomers* - interessati alla distribuzione televisiva via IP - per l'accertamento e la sanzione delle pratiche abusive e sleali da parte degli operatori dominanti, e ciò a prescindere dalle complesse analisi sul c.d. mercato rilevante demandate ai poteri istruttori dell'AGCM.

In breve, a mio avviso, non può parlarsi di un'azione di *public enforcement* da parte delle Autorità senza controbilanciare il tutto con opportune iniziative volte a sviluppare le occasioni di *private enforcement* che, su istanza dei consumatori ovvero degli stessi portatori di interessi ad accedere al mercato dei contenuti in modo profittevole, riescano a far superare le attuali barriere all'ingresso.

CAPITOLO VII.
CRITICITÀ DELLA DELIBERA AGCOM SOTTO IL PROFILO
DELL'EDUCAZIONE ALLA LEGALITA'
E AL DIRITTO D'AUTORE

Associazione CSIG di Ivrea-Torino

Mauro Alovisio – Corrado Druetta – Stefano Leucci - Massimo
Ciavarella Elena Cantello – Luca Achiluzzi – Guido Cellerino –
Erwin Pouli

1. Introduzione

All'interno del sistema delineato dalla Delibera AGCOM 668/10/CONS, l'educazione al copyright sembra assumere particolare rilievo. Sia da sola che in congiunzione con un auspicato aumento dell'offerta di servizi legali, una corretta informazione appare essere un presupposto irrinunciabile per un efficace tutela dei diritti d'autore online.

Questa affermazione, che trova ampio consenso in principio, rischia tuttavia di esser erroneamente sviluppata nella pratica.

Qui di seguito il gruppo CSIG si propone di analizzare il contenuto della delibera riguardo alla promozione ed “educazione” al diritto d'autore, evidenziandone i profili più critici e proponendo alcune possibili soluzioni.

2. Il sistema previsto

Il punto 3.4 dell'Allegato B contiene precisi riferimenti all'attività di informazione ed educazione ipotizzata dall'Autorità; la stessa si dichiara convinta che *“promuovere l'educazione alla legalità possa contribuire a favorire la diffusione di un utilizzo corretto della rete internet”*.

Il presupposto di partenza adottato dall'Autorità insiste sull'inconsapevolezza, manifestata dagli utenti, circa l'illiceità delle violazioni commesse: *“Recenti studi suggeriscono, infatti, che la maggior parte degli utenti che utilizzano la rete per accedere a contenuti coperti da copyright senza il consenso dell'autore non sarebbero in realtà consapevoli di commettere un illecito”*.

Al fine di colmare questo deficit di consapevolezza, l'Autorità *“ritiene pertanto utile la pianificazione di una campagna di informazione e di educazione alla legalità intesa a rendere gli utenti, ed in particolare i più giovani, più consapevoli della normativa a tutela del diritto d'autore e dei rischi generati dalla pirateria”*.

Seguono alcuni esempi di articolazione di tale campagna, così descritti:

“1. una **sezione dedicata** sul sito web dell'Autorità, **con la chiara indicazione della normativa di riferimento, delle iniziative di prevenzione e di accertamento delle violazioni** in materia di diritto d'autore realizzate nel Paese e in tutta l'area comunitaria, e infine dei **rischi generati dalla pirateria**;

2. una promozione delle **forme sperimentali di consumo legale** per la creazione di un mercato nazionale forte ed evoluto della produzione, distribuzione e consumo di contenuti digitali;

3. una **campagna informativa mirata sui principali mezzi di comunicazione** (canali televisivi, emittenti radiofoniche, stampa specializzata e, naturalmente, siti internet maggiormente frequentati dall'utenza italiana), intesa principalmente a sensibilizzare l'utenza sul tema del rispetto della legalità e della valorizzazione della creatività”.

Inoltre, l'Autorità ritiene altresì utile un'informazione “preventiva”, “a cura del fornitore di servizi di connettività alla rete internet, ”, i quali dovrebbero informare gli utenti circa i rischi legati ad un incorretto uso del servizio, assieme alle modalità di pagamento per usufruire dei servizi legali, “nei contratti relativi ai servizi di accesso ad Internet” e “nelle condizioni generali del servizio di hosting e caching di contenuti su internet che l'utente sottoscrive al momento del primo utilizzo del servizio”.

Il sistema così delineato è, a nostro sommo avviso, viziato da alcuni presupposti erronei, i quali si ripercuotono sulle modalità operative proposte, rendendole di fatto inefficaci o scarsamente incisive.

Certamente, non vi sono vizi nel considerare la legalità come il principio che dovrebbe guidare l'utenza nell'uso quotidiano della Rete. Il “mezzo” Internet, con tutte le sue straordinarie potenzialità, resta un “mezzo” neutrale: uno strumento utilizzabile sia nel rispetto della legge, sia per violare la stessa. Percepire e comprendere i contorni della legge diventa dunque il criterio per collocarsi, in maniera consapevole, da una o dall'altra parte.

Eppure, la “legge” in questione è davvero intellegibile? Quella stessa legge che si vuol far rispettare è scritta in maniera tale da essere capita e compresa, se non da tutti, quanto meno dalla maggior parte

degli utenti? Sul punto, ci sia concesso di esprimere forti perplessità, per una serie di ragioni.

L'impatto che Internet ha avuto sui sistemi normativi è stato enorme, ed ha prodotto mutamenti di breve e lungo periodo, che ancora oggi faticano a trovare una collocazione giuridica soddisfacente.

In tema di proprietà intellettuale, si rileva come nuovi concetti sono stati introdotti ("downloading/uploading") e nuove logiche di sfruttamento dei diritti si sono imposte all'attenzione, spingendo la riflessione giuridica a considerare se non fosse addirittura opportuno ipotizzare un diritto d'autore "2.0", più adatto alla rivoluzione digitale²⁷⁶.

In Italia, l'impianto normativo posto a tutela delle opere di ingegno risale agli anni Quaranta del Novecento e, al contrario del sistema di proprietà industriale recentemente riformato con il D.Lgs. 30/2005, esso non ha subito riformulazioni complete, quanto aggiustamenti e modifiche puntuali. Gli interventi che hanno interessato Internet²⁷⁷ sono stati in parte decisi "altrove", in sedi internazionali, e in parte decisi dal nostro legislatore italiano. Ciò ha comportato *"un'onda*

²⁷⁶ Ricolfi Marco, "Copyright Policy for digital libraries in the context of the i2010 strategy", intervento alla prima "COMMUNIA Conference on the Digital Public Domain", Louvain-la-Neuve (Belgio), 2008, accessibile su <http://nexa.polito.it/copyright20>; si segnala, dello stesso autore, "Making Copyright Fit for the Digital Agenda", intervento al 12esimo EIPIN Congress 2011 - Constructing European IP: Achievements and new Perspectives, Strasburgo (Francia), 2011, accessibile su <http://nexa.polito.it/making-copyright-fit-for-the-digital-agenda>.

²⁷⁷ Berlingieri Elvira, "Legge 2.0, Il Web tra legislazione e giurisprudenza", Apogeo, Trento, 2008.

confusa ed asincrona"²⁷⁸ di nuove disposizioni penali e civili, innestate su di un sistema concepito in epoca pre-repubblicana, che ha causato non pochi grattacapi agli interpreti del diritto. Inoltre, molte di queste disposizioni non sono self-evident, ma rendono necessari rimandi continui ad ulteriori disposizioni, nonché ad orientamenti giurisprudenziali più o meno consolidati, che non fanno che complicare ulteriormente il quadro.

Pertanto, supponendo che le leggi a tutela del diritto d'autore su Internet non siano materia facile da comprendere, ci si può interrogare se siano previste opportune vie alternative che aiutino a comprendere la legge in maniera chiara e corretta. Le campagne di sensibilizzazione dovrebbero aiutare esattamente in tal senso, fornendo un'informazione corretta, adeguata e completa all'utenza.

Le innovazioni tecnologiche connesse ad internet hanno prodotto la creazione di un'economia partecipata in cui ogni utente elabora, produce e condivide con altri dei contenuti all'interno di una società globalizzata; risulta fondamentale accompagnare gli utenti nell'educazione²⁷⁹ al diritto di autore e alle nuove tecnologie con regole semplici ed immediate al fine di cogliere le straordinarie

²⁷⁸ Blengino Carlo, "La tutela penale del copyright digitale: un'onda confusa ed asincrona", in AA.VV., "Copyright digitale – L'impatto delle nuove tecnologie tra economia e diritto", Giappichelli, Torino, 2009.

²⁷⁹ A.A. V.V. "Educare ai tempi di Internet, Imparare, proporre e crescere nella rete", Elledici, Torino, 2008

opportunità di crescita e di interazione²⁸⁰. Si assiste nella fruizione delle opere on line ad un conflitto fra imprese create nell'era di internet e le imprese precedenti legate alla materialità dei supporti.

3. Sull'informazione proposta

Fin dagli albori di Internet si sono svolte molteplici campagne di sensibilizzazione; con riguardo al diritto d'autore, esse si sono tuttavia intensificate nel tempo, a seguito del caso Napster e dello sviluppo delle reti di condivisione "peer-to-peer", che hanno letteralmente massificato quello scambio e condivisione di contenuti creativi che, fino a quel momento, esisteva negli scambi quotidiani d'amicizia e cortesia. Si è venuto a creare così il problema del "pirata digitale", una nuova versione di quella "pirateria" intellettuale storicamente sempre presente e contrastata dalle élites culturali²⁸¹.

Queste campagne, graficamente accattivanti ed attivamente sostenute dalle industrie di produzione di contenuti creativi, si sono fatte spesso portatrici di un'equazione semplicistica, "pirateria = furto".

Mentre il secondo termine veniva illustrato con esempi scolastici di appropriazione indebita di proprietà altrui, sul primo si preferiva non indugiare troppo, lasciando intendere che ogni violazione di un

²⁸⁰ Benkler Yochai La ricchezza della rete. La produzione sociale trasforma il mercato e aumenta la libertà, Egea, Milano, 2006; LESSIG Lawrence "The future of ideas. The fate of the commons in a connected world", Vintage Books, New York, 2002.

²⁸¹ Johns Adrian, "Pirateria – Storia della proprietà intellettuale da Gutenberg a Google", Bollati Boringheri, Torino, 2011.

diritto di proprietà intellettuale fosse considerabile come pirateria, e dunque assimilabile al furto.

L'approccio proposto è marcatamente assolutistico e non tiene conto di alcuni elementi.

Primo, vi sono degli utilizzi che, benché in apparente violazione di diritti altrui, sono ampiamente riconosciuti e tollerati dal sistema. Parliamo delle diverse eccezioni e limitazioni previste all'interno degli stessi ordinamenti a tutela di utilizzi leciti, che sopravvivono nonostante i progressivi inasprimenti delle sanzioni.

Secondo, vi sono dei modelli di gestione della proprietà intellettuale che rendono lecite tali pratiche nel rispetto dei diritti altrui. Parliamo dei modelli "copyleft", che promuovono un approccio più versatile alla tutela dei diritti degli autori, conferendo ad essi la scelta di quali diritti riservarsi, lasciando per il resto ampie possibilità d'utilizzo alla pubblica utenza²⁸².

Terzo, accanto ai tanto decantati pericoli portati da atteggiamenti in odor di pirateria, vi sono altresì dei vantaggi, di cui spesso beneficia l'intera collettività. Come osservato²⁸³, si può copiare per imparare, per discutere e criticare, ma altresì per migliorare la produzione creativa. Tutte queste azioni portano benefici indiscutibili per la comunità, in termini di nuovi spunti creativi, nuove opportunità, migliori procedure e costi ridotti. Questi benefici sono spesso taciuti, perché si ritiene erroneamente che ciò crei confusione. Al contrario, una presa di coscienza in tal senso non farebbe altro che rendere

²⁸² Aliprandi Simone, "Teoria e pratica del copyleft – Guida all'uso delle licenze opencontent", NDA Press 2006.

²⁸³ Glorioso Andrea, "Apologia della copia", in AA.VV., "Copyright digitale – L'impatto delle nuove tecnologie tra economia e diritto", Giappichelli, Torino, 2009.

giustizia agli stessi diritti di proprietà intellettuale: la percezione sociale della proprietà intellettuale è notevolmente peggiorata, e arrivano forti spinte per una sua progressiva abolizione, dati gli ostacoli che una sovra-protezione comporta per la produzione e la circolazione dei contenuti creativi.

Scorrendo le righe del provvedimento, a nostro avviso l'attività di sensibilizzazione sostenuta dall'Autorità si muove mestamente nella stessa direzione delle campagne che l'hanno preceduta.

Dire che non vi è "consapevolezza di commettere un illecito" ogniqualvolta qualcuno utilizzi la Rete per accedere a contenuti digitali senza il consenso dell'autore suggerisce che ogni utilizzo in tal senso integri gli estremi di un illecito sanzionabile. Il messaggio è fuorviante, e si fatica a ritenere che tipo di "recenti studi" possano effettivamente dimostrarlo. Piuttosto, è più corretto sostenere che, nei soli casi in cui un illecito sia stato effettivamente accertato, recenti studi sostengono che i colpevoli abbiano dichiarato di non essere stati consapevoli dell'illiceità della loro condotta.

Stessa cosa può dirsi dell'informazione sull' *"accertamento delle violazioni"*, nonché sui *"rischi generati dalla pirateria"*. Infatti, un'educazione incentrata sull'indicazione di pericoli e divieti difficilmente potrà generare una consapevolezza vera nell'utilizzo del mezzo Internet: così si predilirà sempre il protezionismo dei diritti altrui piuttosto che l'educazione su di un uso informato del mezzo.

L'assenza di consapevolezza appare non certo giustificabile, ma comprensibile, in ragione della oggettiva complessità della disciplina, ma anche alla luce della giovane età dei potenziali trasgressori. Si è parlato a lungo dei cosiddetti *"nativi digitali"*, i giovani appartenenti alla generazione dell'era Internet, in possesso di una dimestichezza

accentuata coi mezzi digitali²⁸⁴. Questa generazione, almeno in Italia, si affaccia in questi anni alla maggior età. Molti di loro sono grandi consumatori di prodotti digitali, e sono chiaramente più consapevoli di cosa sia la proprietà intellettuale di quanto non lo fossero i loro coetanei anche solo 10-20 anni fa, eppure restano dei giovani ragazzi cui occorre spiegare le regole.

Questo perché, come osservato²⁸⁴, con i nativi digitali al rispetto delle norme codificate spesso concorre il rispetto delle norme sociali. Queste ultime norme comprendono abitudini, usi e costumi che naturalmente si affermano ed evolvono all'interno dei gruppi sociali, arrivando ad imporsi come vere e proprie "leggi" non scritte.

Ora, è innegabile che scaricare contenuti dalla Rete possa ormai ritenersi un'abitudine consolidata nelle fasce giovani della popolazione: piuttosto che girare negozi ed acquistare altrove ciò di cui si ha bisogno, si preferisce cercare lo stesso contenuto su Internet. Questo forse più per ragioni di comodità e praticità, che per ragioni di mera gratuità: tuttavia, non si nasconde che l'argomento del "tutto subito gratis" abbia un certo appeal.

Dunque, se si vuole davvero mutare abitudini sociali che vanno al di là del mero rispetto di norme giuridiche, occorre in concreto predisporre un'informazione **adeguata**, non soltanto richiamando le disposizioni di legge ma spiegandole ad un pubblico spesso e volentieri a digiuno di concetti giuridici. Inoltre, come già esplicitato, sono da evitare facili accostamenti come quello del crimine di furto,

²⁸⁴ Palfrey John – Gasser Urs, "Nati con la Rete", BUR Rizzoli, Milano, 2009. FERRI Paolo, "Nativi Digitali", Bruno Mondadori, Milano, 2011.

nell'ottica di un'informazione **corretta**; né appare sufficiente richiamare gli aspetti più negativi del rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, nell'ottica di un'informazione **completa**.

4. Sulle proposte di attuazione

Veniamo ora alle modalità concrete proposte.

La proposta di una "sezione dedicata" sul sito dell'Autorità rappresenta una delle vie classiche di intervento in materia. Tuttavia, come già sottolineato, l'indicazione pedissequa della normativa di riferimento con l'indicazione di rischi, provvedimenti possibili e sanzioni è un intervento riduttivo, destinato ad essere limitatamente efficace. Primo, perché la collocazione proposta è all'interno del sito istituzionale di un'Autorità amministrativa non ancora chiaramente associata al diritto d'autore nell'immaginario collettivo. Secondo, l'intervento proposto difetta di qualsiasi intento educativo: non si propone di spiegare il fondamento ed il significato delle normative richiamate, né si premura di contrapporre i benefici ed i vantaggi della proprietà intellettuale, che pur esistono, ai rischi segnalati.

Quanto alla campagna informativa multicanale (televisione, radio, stampa, Internet), essa appare ricalcata sulle "normali" campagne di sensibilizzazione e di comunicazione sociale lanciate quotidianamente. Eppure, si possono nutrire perplessità sulla sua efficacia in questo ambito.

Se l'intento dichiarato è quello di informare gli utenti di Internet, allora Internet deve essere il principale canale di comunicazione.

Altri media potranno essere utilizzati qualora si accerti che vi sia una sostanziale convergenza delle diverse audiences: altrimenti, si tratterebbe di campagne roboanti e pervasive in teoria ma scarsamente utili nella pratica.

Certo, rivolgersi anche ad altre *audiences* può apportare alcuni benefici collaterali: ad esempio, parlare di rispetto della proprietà intellettuale anche in radio e Tv può rendere i genitori, magari non avvezzi ad Internet, più attenti sull'utilizzo del mezzo compiuto dai loro figli. Ciò nonostante, anche in questo caso occorre procedere con prudenza: potrebbero essere necessari accorgimenti contenutistici e grafici diversi a seconda del pubblico di riferimento, al fine di non generare confusione.

La proposta enunciata al punto 2) è certamente quella più interessante, per le possibili ricadute benefiche, in termini di "alternativa" legale e appetibile agli illeciti. Eppure, paradossalmente, è la soluzione che più risulta ostacolata dall'attuale sistema di proprietà intellettuale.

Infatti, una, se non la più importante, causa del mancato sviluppo di piattaforme di contenuti digitali in ambito europeo è stata la moltiplicazione e l'ipertrofica protezione dei diritti di esclusiva in capo ai diversi soggetti della catena di produzione creativa. Ciò ha condotto, nel corso dei decenni, ad una aumento degli interessi in gioco ed a sistemi di gestione collettiva a dir poco cavillosi, che rendono di fatto impossibile la creazione di sistemi di licenza dei contenuti che sappiano essere multi-territoriali e multi-repertorio, come lo sviluppo della Rete richiederebbe.

Questo stato di cose ha spinto l'Unione Europea ad intervenire, collocando la questione tra i primi punti della "*Digital Agenda*" della

Commissione Europea: nell'attesa, appare certamente opportuno porgere attenzione alle sperimentazioni in atto, in modo da esser pronti quando ciò diventerà realtà.

Ad ultimo, l'Autorità propone un inserimento di un contenuto informativo minimo nei contratti di accesso, di hosting e di caching. Questa eventualità, ancora, desta alcuni dubbi. A prescindere dalla circoscrizione di un contenuto "minimo" e dalla sua adozione diffusa all'interno dei detti contratti, occorre considerare che, spesso, colui che legge e sottoscrive i contratti non è, o non è il solo, fruitore dell'accesso, del *caching* o dell'*hosting*.

Forse più logica appare la visualizzazione di una finestra informativa al momento dell'accesso, prevista nella domanda associata alla sezione. Anche qui, tuttavia, sarebbe possibile fornire solo alcuni rimandi semplici alla normativa vigente, per evitare finestre verbose da bypassare immediatamente con alcuni colpi di click.

5. Conclusione

Alla luce di quanto esposto, il sistema delineato risulta sicuramente perfettibile: tanto i presupposti di fondo quanto le modalità attuative risentono infatti di alcune convinzioni, retaggio di campagne ed iniziative passate, che purtroppo non convincono.

A conclusione del presente contributo, il gruppo CSIG ritiene di poter proporre alcuni accorgimenti pratici per un'educazione corretta al diritto d'autore in ambito digitale.

In un'ottica di informazione ed educazione, meglio sarebbe prevedere sezioni di FAQ (Frequently Asked Questions) o contenuti

multimediali, che rispondano direttamente ai principali interrogativi di giovani e meno giovani sul tema. Una serie di risposte esaustive o una serie di filmati concepiti ad hoc, collegati ad esempi concreti, sono necessariamente più pedagogici ed informativi dei semplici rimandi testuali al dato normativo (ad esempio la creazione di un video musicale, di un documentario, l'utilizzo di una fotografia e o di una canzone, il rapporto fra social network e diritto di autore), si propone a tal fine la creazione di un forum interattivo e l'organizzazione con seminari informativi presso scuole, università, centri di ricerca ed istituti, la promozione di concorsi in materia di comunicazione in materia di diritto di autore sul web e la creazione di sportelli informativi in un'ottica preventiva del contenzioso. Come rilevano alcuni esperti in materia di copyright ed internet siamo in presenza di una "considerevole resistenza- sociale prima ancora che giuridica- alla elefantiasi protezionistica delle privative industriali ed intellettuali". Si rileva pertanto come *"per un verso gli utenti ritengono normale fruire di contenuti gratuitamente. Per altro gli operatori sulla rete appaiono assicurare la gratuità e la libertà"*²⁸⁵. Siamo in presenza di una sfida economica fra chi esige che l'offerta dei contenuti gratuiti sia remunerata e chi invece trae vantaggi dall'offerta dei contenuti attraverso l'aumento del traffico telematico e l'aumento delle inserzioni pubblicitarie. Occorre considerare come la carta fondamentale dell'Ue prevede che la proprietà intellettuale è protetta e che anche nel mondo digitale *"non può esserci libertà senza*

²⁸⁵ Sica Salvatore - Zencovich ZENO Vincenzo, "Legislazione. Giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'Internet", in "Il diritto dell'informazione e dell'informatica", n. 3/ 2010 pag. 377-389.

responsabilità"²⁸⁵.

Più che sulle necessarie basi legali, è importante insistere sui meccanismi sottesi alle leggi di proprietà intellettuale. Ad esempio, sotto la dicitura "diritto d'autore", non sono, infatti, tutelati i semplici autori, ma tutta una serie di professionisti che contribuiscono alla creazione e alla distribuzione dei contenuti creativi. Pertanto, per favorire una "cultura" della proprietà intellettuale che non sia solo "repressione" ma anche "promozione", con gli opportuni strumenti si potrebbero spiegare i meccanismi che governano la proprietà intellettuale in Rete²⁸⁶, rendendo al contempo coscienti gli utenti dei propri diritti. Ad esempio, si potrebbe spiegare con quali percentuali il pagamento di un contenuto creativo si ripercuote sui soggetti dell'intera "filiera"; oppure, affrontare la tematica degli User-Generated Contents e delle licenze libera in una maniera più incisiva di quella finora dimostrata da altri enti, quali la SIAE.

Non si ritrova nella sezione alcun riferimento a possibili sinergie con altri enti, sia pubblici che privati, salvo il riferimento agli ISP per i contratti di accesso, caching ed hosting (che tuttavia suona più come un'imposizione che come una pratica concertata). Questo atteggiamento di chiusura, ove confermato, priverebbe certamente AGCOM degli importanti spunti che possono derivare dai contatti con chi questi temi li tratta e discute da più tempo. Associazioni di utenti, enti di ricerca e gruppi informali rappresentativi possono, infatti, contribuire ad elaborare strategie comunicative efficaci,

²⁸⁶ Musso Alberto, "La proprietà intellettuale nel futuro della responsabilità sulla rete: un regime speciale?", in "Il diritto dell'informazione e dell'informatica", n. 6/2010, pag. 795-827.

ampliando il ventaglio di competenze a disposizione.

Questi accorgimenti devono tuttavia essere sostenuti ed accompagnati da un cambiamento generale di prospettiva. Troppo spesso, non solo in Italia ma altrove, le autorità pubbliche hanno seguito indirizzi e misure suggerite da *lobbies* e gruppi di interesse, ritenendo che questi fossero i soggetti più adatti per proporre iniziative.

Il tempo trascorso ha mostrato chiaramente che questo ragionamento non può reggere. Chi ha interesse nel criminalizzare la pirateria, comprendendo nella stessa ogni atto non espressamente autorizzato e controllato, può certamente utilizzare le proprie risorse per sostenere la necessità di tali interventi. Ciò nonostante, le autorità pubbliche competenti non possono rinunciare ai loro obblighi di verifica e controllo, a garanzia dei diritti degli utenti, che altro non sono che i comuni cittadini. Appiattirsi su posizioni altrui non può che viziare il gioco in partenza, viziando di conseguenza anche una corretta comunicazione, che pure è possibile in Rete. Tutto sta nel decidere se questa informazione possa provenire da un'Autorità autorevole e competente quale è AGCOM, o se i cittadini-utenti debbano trovarla, ancora una volta, altrove.

NOTE SUGLI AUTORI

Fulvio Sarzana di S. Ippolito: Avvocato, titolare dello Studio Legale Sarzana e Associati.

Marco Scialdone: Avvocato, docente in Digital Copyright presso la Link Campus University di Roma.

Paolo Brini: portavoce del Movimento Scambio Etico. Collabora con varie organizzazioni, fra cui Electronic Frontier Foundation e European Digital Rights.

Luca Nicotra: è segretario e fondatore di Agorà Digitale. È dottorando di Ricerca presso il Dipartimento di Informatica dell'Università di Pisa dove si occupa di statistica applicata, data mining ed apprendimento automatico.

Fabrizio Ventriglia: collaboratore dell'associazione Agorà Digitale e della cattedra di Digital Copyright presso la Link Campus University di Roma.

Marco Pierani: Avvocato, responsabile delle relazioni esterne istituzionali di ALTROCONSUMO.

Mauro Vergari: responsabile nuove tecnologie ADICONSUM.

Stefano Quintarelli: laureato in scienze dell'informazione, Consulente di imprese nel settore delle TLC e dell'informatica.

Luca Annunziata: giornalista, Editor della testata telematica Punto Informatico.

Gaia Bottà: giornalista, Editor della testata telematica Punto Informatico.

Dino Bortolotto: Imprenditore, presidente nazionale Assoprovider-Confcommercio.

Giovan Battista Frontera: si occupa di internet dal 1993. E' vice presidente di Assoprovider.

Giulia Aranguena de la Paz: E' Avvocato in Roma e membro della ICC. Specializzata in diritto dei media e del diritto d'autore. Ha lavorato per anni nell' Ufficio Legale Nazionale del CODACONS.

Mauro Alovisio: avvocato specializzato in privacy e diritto delle nuove tecnologie, Research Fellow del Centro NEXA su Internet & Società (Politecnico di Torino).

Elena Cantello: studentessa all'International Training Centre dell'ILO - LL.M. in International Trade Law e patrocinatrice presso l'Ordine Avvocati di Torino.

Massimo Ciavarella: dottore in Scienze dell'Informazione, è consulente informatico presso le maggiori aziende di Torino e dintorni e consulente per agenzie di traduzione brevettuale

Corrado Druetta: Research Fellow del Centro NEXA su Internet & Società (Politecnico di Torino) Dottorando in Diritto della Proprietà Intellettuale (Università di Ginevra).

Stefano Leucci: studente presso l'Università degli Studi del Piemonte Orientale, Facoltà di Giurisprudenza, stagista presso l'Istituto di Teorie e Tecniche dell'Informazione Giuridica del CNR

Erwin Pouli analista: programmatore specializzato nel settore del Web Marketing (SEO) e nella Comunicazione Aziendale appassionato di Internet.