



IL DIRITTO D'AUTORE SULLE RETI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA

INDAGINE CONOSCITIVA

Eventuali commenti possono essere inviati all'indirizzo: dis@agcom.it
indicando nell'oggetto "Indagine conoscitiva sul diritto d'autore: commenti"

INTRODUZIONE	3
1. IL DIRITTO D’AUTORE SULLE RETI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA	5
1.1. Il diritto d’autore e la tecnologia digitale.....	5
1.1.1. L’evoluzione tecnologica, gli interessi in gioco e le norme costituzionali	5
1.1.2. I limiti costituzionali del diritto d’autore: il rilievo centrale della libertà di espressione.....	6
1.1.3. Il diritto d’autore applicato alle reti di comunicazione elettronica nella UE: il diritto di accesso ad Internet	7
1.2. L’Autorità e la SIAE.....	9
1.2.1. La SIAE e le competenze ad essa attribuite.....	9
1.2.2. Le competenze dell’Autorità in tema di diritto d’autore	11
1.2.3. La legge 248 del 18 agosto 2000 e il coordinamento tra Autorità e SIAE.....	12
1.2.4. La fase repressiva della violazione del diritto d’autore: quale potere sanzionatorio in capo all’Autorità?.....	13
<i>Approfondimento: Le responsabilità nella filiera Internet</i>	20
2. GLI ASPETTI TECNICI DELLE VIOLAZIONI DEL DIRITTO D’AUTORE	29
2.1. Descrizione tecnica delle violazioni in rete.....	29
2.2. Misure tecniche e strumenti di contrasto della pirateria.....	30
3. L’IMPATTO ECONOMICO DELLA PIRATERIA	33
3.1. L’impatto economico della pirateria audiovisiva in Italia.....	33
3.1.1. La complessità nella definizione e misurazione della pirateria	33
3.1.2. Gli studi dell’industria.....	33
3.1.3. Le fonti “Istituzionali”	34
3.1.4. I risultati della letteratura.....	35
4. BENCHMARKING E DIBATTITO INTERNAZIONALE	37
4.1. Un confronto tra le normative a tutela del diritto d’autore	37
4.2. Il ruolo degli ISP nelle legislazioni nazionali.....	37
4.3. La tutela del diritto d’autore in Francia.....	43
4.4. La tutela del diritto d’autore in Gran Bretagna.....	44
4.5. La tutela del diritto d’autore in Spagna.....	50
4.6. Il Dibattito in corso sul diritto d’autore negli USA.....	53
5. POSSIBILI AZIONI A TUTELA DEL DIRITTO D’AUTORE DA PARTE DELL’AUTORITÀ	59
5.1. Le misure da parte dell’Autorità per prevenire la pirateria	59
5.1.1. Obblighi sui fornitori di accesso ad Internet	59
5.1.2. Ulteriori misure di prevenzione e accertamento delle violazioni del diritto d’autore su reti di comunicazioni elettroniche.....	60
5.2. La revisione del rapporto tra l’Autorità e la SIAE.....	63

INTRODUZIONE

La possibilità di distribuire e scambiare agevolmente contenuti attraverso nuovi canali digitali rende possibile che il contenuto, in qualsiasi forma si estrinsechi, venga distribuito senza che i legittimi titolari siano in condizione di esercitare un effettivo controllo.

L'intersezione dei differenti interessi in gioco esprime contrasti sempre più frequenti tra il diritto d'autore ed altri istituti fondamentali del nostro ordinamento, in particolare la libertà di espressione, la privacy e il diritto di accesso ad Internet.

Dall'evoluzione tecnologica e dalle nuove forme di fruizione dei contenuti digitali nasce l'esigenza di ricostruire, analizzandolo, il quadro del diritto d'autore in Italia, al fine di garantire, da una parte, un'efficace applicazione dello stesso (diritto alla libertà di espressione e all'equa remunerazione degli autori), e dall'altra, una adeguata tutela dei diritti dei cittadini (accesso alla cultura e ad Internet, privacy, libertà di espressione). Ciò è reso ancora più urgente dalla recente approvazione del nuovo pacchetto di direttive comunitarie sulle comunicazioni elettroniche, in base alle quali il diritto di accesso ad Internet assurge a principio fondamentale dell'ordinamento comunitario (e quindi del nostro ordinamento), al quale è necessario conformarsi anche nell'attività di vigilanza. Su tali tematiche si registra un vivace dibattito internazionale, che impone una riflessione anche sul "modello italiano" (Capitolo 4).

Dall'analisi svolta nel presente lavoro (in particolare, nel Capitolo 1) emerge chiaramente la piena competenza dell'Autorità in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica. L'Autorità, per la sua natura di autorità amministrativa indipendente, svolge, infatti, funzioni super partes di garanzia e vigilanza del sistema delle comunicazioni elettroniche (attraverso poteri istruttori, di accertamento e sanzionatori), al fine di assicurare il rispetto delle regole del mercato e dei consumatori; essa persegue fini pubblici, tutelando – contemperando tra loro- interessi costituzionalmente protetti, quali l'informazione, la libertà di manifestazione del pensiero, l'iniziativa economica privata, la concorrenza. La SIAE, di contro, è deputata, per la sua natura di ente pubblico su base associativa, a perseguire specifici fini ontologicamente privatistici (ovvero, quelli degli associati) di tutela, soprattutto patrimoniale, delle opere dell'ingegno e - in generale - del diritto d'autore.

Il richiamo operato dalla legge n.248/00 al coordinamento tra l'attività dell'Autorità e della SIAE nella tutela del diritto d'autore ("nell'ambito delle rispettive competenze") deve quindi essere interpretato unicamente nel senso che l'Autorità è l'Organo deputato a svolgere la attività di vigilanza a tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica che si concreta in azioni di prevenzione- in tutte le forme possibili- e di accertamento degli illeciti in un settore in cui si pongono ad ogni piè sospinto delicate esigenze di contemperamento tra interessi diversi, nonché peculiari istanze di garanzia. La competenza della SIAE concerne il porre in essere attività di tipo operativo e iniziative di cooperazione sulla base di uno schema istruttorio definito in ultima analisi dall'Autorità.

Per definire, secondo un principio di proporzionalità, le possibili azioni da porre in essere da parte dell'Autorità, si è qui proceduto ad effettuare una analisi tecnica ed economica del fenomeno della "pirateria", così da poter meglio identificare gli strumenti più adatti da utilizzare. Ma cosa si intende per "pirateria online"? Con tale espressione s'intende quella derivante da download, peer-to-peer e streaming illegale di video e audio sul web. Nella quantificazione del fenomeno è peraltro emerso che l'Autorità ad oggi non dispone dei dati sulle diverse tipologie di traffico (download, peer-to-peer e streaming), di cui sono in possesso gli operatori fornitori dell'accesso ad Internet.

Il fenomeno della pirateria online appare legato anche al grado di diffusione della banda larga: infatti, mentre il download di file audio (la musica), compreso quello illegale, può avvenire anche con banda limitata, la fruizione di contenuti video necessita di banda più ampia. Questo potrebbe significare che all'aumentare della disponibilità di banda (quindi della capillarità delle NGN)

aumenti anche la pirateria. Tuttavia, secondo uno studio effettuato sul traffico mondiale, il fenomeno P2P appare in diminuzione (dal 40% al 19% dell'intero traffico dal 2007 al 2009) mentre cresce il numero di abbonamenti a banda larga (Capitolo 3). Pertanto, la diffusione della banda larga in Italia, dando impulso allo sviluppo del mercato legale dei contenuti digitali audiovisivi, potrebbe anche agire da deterrente rispetto al P2P .

Si sono poi analizzate, da un punto di vista tecnico, tutte le diverse pratiche della "pirateria" con riferimento alle reti di comunicazioni elettronica e ai servizi di accesso condizionato, e, di conseguenza, le possibili misure di contrasto tecnico alle pratiche illegali. Ne è emerso che le possibilità tecniche di violazioni del diritto d'autore tramite reti di comunicazione elettronica sono molteplici ed in costante evoluzione, e che le misure di contrasto ad oggi disponibili, se efficaci nell'ambito di organizzazioni private o pubbliche (che le utilizzano per limitare l'accesso ad Internet da parte dei propri dipendenti), risultano però poco adattabili all'utilizzo nel mercato residenziale a larga banda, perché in contrasto con la normativa a tutela della privacy, il diritto di accesso ad Internet e il principio di neutralità della rete (oltre ad essere tecnicamente aggirabili dai singoli utenti: Capitolo 2).

Dall'analisi effettuata emerge quindi un quadro tecnico e normativo piuttosto complesso, nel quale occorre nondimeno inquadrare con chiarezza la possibile azione di vigilanza dell'Autorità (Capitolo 5). Se, infatti, appare chiara la competenza esclusiva dell'Autorità nel prevenire ed accertare le violazioni del diritto d'autore su reti di comunicazione elettronica, va però sottolineato che obblighi di monitoraggio o misure tecniche in capo agli ISP possono essere imposti nel rispetto delle condizioni definite dalla Corte di giustizia UE. Ciò che appare allora lecito immaginare quale concreta, prima, ipotesi di lavoro è l'imposizione, in capo agli ISP, di un obbligo di sorveglianza finalizzato a comunicare all'Autorità, con cadenza periodica, dati sul traffico Internet (aggregati ed in forma anonima), nel rispetto, naturalmente, della normativa a tutela della privacy e nella salvaguardia del principio della neutralità della rete. L'opportunità di un simile intervento sarebbe molteplice: gli ISP sono già in possesso di tali informazioni che, quindi sarebbe agevole fornire all'Autorità; e i dati comunicati all'Autorità permetterebbero una analisi sulla quantificazione del fenomeno, propedeutica alla definizione di eventuali misure più puntuali e proporzionate per dosare un'adeguata azione di contrasto del fenomeno della pirateria. Infine, accompagnando tale misura con una adeguata e trasparente informativa agli utenti, si attuerebbe quella campagna informativa sui rischi generati dalla pirateria che pure appare oltremodo opportuno avviare, attraverso campagne pubblicitarie, informazioni sul sito web dell'Autorità e comunicazioni puntuali agli utenti Internet (ad esempio, nei contratti di accesso ad Internet).

Presupposto perché le misure proposte siano attuate con efficacia è che l'Autorità esprima la propria competenza primaria in materia avvalendosi dell'essenziale cooperazione di tutti gli attori della filiera (SIAE, titolari dei diritti, fornitori di accesso ad Internet, Associazioni dei consumatori, ecc.), per cercare di comporre nel modo più appropriato i vari interessi in gioco, anche in un'ottica preventiva rispetto ad interventi di natura regolamentare. In tal senso, si inquadrano le ulteriori ipotesi di lavoro, che pure verranno qui illustrate, tese all'assunzione di un ruolo di impulso nelle procedure di rimozione dei contenuti illeciti sul web, nonché alla promozione di un dibattito che porti alla revisione dell'intero scenario del diritto d'autore (a latere della necessaria revisione dell'accordo corrente con la SIAE). Il dibattito in sede internazionale e recenti studi dimostrano, infatti, che un'efficace strategia di tutela del diritto d'autore non può prescindere dall'istituzione di adeguate forme di cooperazione con tutti i soggetti, e con gli ISP in particolare, la cui posizione nel mercato determina un effetto catalizzatore delle iniziative a tutela del diritto d'autore. A differenza dei singoli autori delle violazioni, gli ISP sono infatti facilmente identificabili e dotati di una capacità finanziaria maggiormente attrattiva per i soggetti che intendano far valere il proprio diritto di risarcimento per i danni cagionati dalle violazioni del diritto d'autore.

1. IL DIRITTO D'AUTORE SULLE RETI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA

1.1. Il diritto d'autore e la tecnologia digitale

1.1.1. L'evoluzione tecnologica, gli interessi in gioco e le norme costituzionali

La possibilità di distribuire e scambiare agevolmente contenuti attraverso nuovi canali digitali rende possibile che il contenuto, in qualsiasi forma esso si estrinsechi, venga distribuito senza limiti di passaggi e fruitori. Tuttavia, le possibilità offerte dalla tecnologia pongono anche il rischio – notevolmente accresciuto rispetto all'ambiente analogico – che tale circolazione avvenga senza che i legittimi titolari dei contenuti possano esercitare un effettivo controllo.

Dal punto di vista delle relazioni tra i fornitori di contenuti e gli utenti, le esigenze dei primi di svolgere liberamente la propria iniziativa economica in rete e di ricevere un equo compenso per i contenuti di cui detengono i diritti di sfruttamento si contrappongono agli interessi dei secondi di poter partecipare alle relazioni sociali e commerciali *on line* liberamente – oggi anche divenendo autori essi stessi con il meccanismo, di crescente diffusione, dello *user generated content*.

L'intersezione fra questi divergenti interessi dà luogo sempre più di frequente a contrasti fra il diritto d'autore ed altri istituti fondamentali del nostro ordinamento, in particolare la libertà di espressione o la *privacy* e il diritto di accesso ad Internet.

Il sistema giuridico positivo sancisce il diritto degli autori, e degli editori e/o distributori ai quali i primi abbiano ceduto l'esercizio delle facoltà di rilievo economico, ad essere compensati, con il relativo potere di opporsi alla circolazione non autorizzata a scopo commerciale dell'opera protetta.

Gli interessi economici tutelati attraverso il diritto d'autore devono essere temperati con la soddisfazione di altri interessi, in particolare quelli collettivi alla circolazione della cultura e dell'informazione ed alla libertà di ricerca, rispetto ai quali la Corte Suprema statunitense ha affermato più volte che il *copyright* funge da "mezzo a fine". La normativa sul diritto d'autore persegue quest'obiettivo sotto diversi punti di vista: come detto, essa fornisce un incentivo economico per la creazione e la diffusione di un ampio novero di opere dell'ingegno; sostiene gli autori e gli editori affinché non siano soggetti ai finanziamenti governativi; evidenzia il valore delle espressioni originali e del contributo individuale alla cultura e al dibattito pubblici.

Tuttavia, il diritto d'autore può anche limitare la libertà di espressione. Ad esempio, il titolare di un diritto esclusivo che neghi il permesso o richieda una *fee* eccessiva per la licenza impedisce di copiare o creare su parole, immagini o musiche altrui. L'esclusiva, peraltro, non si limita alla copia pedissequa, bensì può prevenire anche la parodia, l'analisi critica, *etc.*

Tradizionalmente, in considerazione della funzione del diritto d'autore quale motore della libertà di espressione, i diritti di esclusiva dei titolari sono stati limitati nell'ambito e nella durata, e sono stati associati a significative eccezioni dettate per supportare un forte dominio pubblico sulla cultura e sull'informazione. Pertanto, le Corti hanno ritenuto il diritto d'autore coerente con il valore della libertà di espressione in virtù delle sue relative "valvole di sicurezza", principalmente il privilegio del *fair use*, la durata limitata dei diritti e la regola che la tutela riguarda solo l'espressione e non l'idea o il fatto.

Negli ultimi decenni, d'altronde, l'estensione del diritto d'autore è cresciuta esponenzialmente. Oggi essa include un assai più ampio novero di diritti, che concedono il controllo su un numero maggiore di usi dell'opera rispetto al passato.

L'odierno conflitto fra diritto d'autore e libertà di espressione è accentuato dalle nuove opportunità offerte dal progresso tecnologico, e ciò ha dato vita ad un incessante dibattito riguardo alla collocazione del diritto d'autore medesimo nell'odierno scenario basato sulla tecnica digitale, rinnovato nella sua intensità dalle sempre più frequenti azioni legali intentate dalle case produttrici

o distributrici di prodotti culturali o d'intrattenimento nei confronti degli utenti che commettono atti di "pirateria" su opere protette.

A tali aspetti legati all'evoluzione tecnologica, ed anche in questo caso, fra l'altro, al fine di avvalersi appieno delle potenzialità da essa offerte, si affianca l'esigenza di accesso – che appare meritevole di più ampia soddisfazione – proveniente dalla comunità della ricerca e della scienza, riguardo alla diffusione e la fruizione operate, senza scopo di lucro, per finalità di studio, ricerca, insegnamento.

La questione che si pone, allora, è quella relativa alle modalità attraverso cui sia possibile il contemperamento dell'insieme dei differenti interessi sopra richiamati nell'ambito del sistema positivo. A tal fine, emerge l'opportunità di una lettura costituzionalmente orientata della normativa in materia di diritto d'autore che consenta di fornire risposte, non particolaristiche bensì basate sui valori fondamentali del nostro ordinamento giuridico, alle questioni che si pongono rispetto ad essa nell'odierno scenario socio-economico e tecnologico.

In questo senso, appare evidente come le ragioni indicate in precedenza per la disciplina del diritto d'autore trovino, se pur non espresso comunque chiaro, riferimento nelle norme costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 9, 21, 33, 35, 41 e 42 Cost.

In particolare, per quanto concerne i diritti legati più direttamente alla sfera personale-espressiva, anzitutto appare corretto ritenere che il diritto di paternità, quale fondamentale diritto della personalità dell'autore, debba essere considerato inviolabile ai sensi dell'art. 2 Cost.

La pubblicazione o comunicazione al pubblico dell'opera, poi, risulta normalmente una espressione della libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost., letta in combinato disposto con i principi di sviluppo della cultura e della libertà di creazione artistica di cui agli artt. 9 e 33 Cost.; ma essa si caratterizza altresì come un'attività economica, ove sia esercitata in forma professionale direttamente dall'autore, ovvero (più spesso) da intermediari imprenditoriali, con la tutela e i limiti posti dall'art. 41 Cost., letto alla luce dei diritti inviolabili, dei doveri inderogabili e del principio di uguaglianza di cui agli artt. 2 e 3 Cost.

Riguardo ai diritti di utilizzazione economica conseguenti alla prima pubblicazione dell'opera, la loro riconduzione alla tipologia proprietaria ne comporta l'inquadramento nell'art. 42 Cost., con i relativi limiti, e l'eventuale ulteriore tutela *ex art.* 35 e ss. Cost. ove l'attività creatrice si inserisca in un rapporto di lavoro dipendente. Da ultimo, nel caso (frequente come detto) di sfruttamento dell'opera da parte di intermediari professionali, a maggior ragione vengono in rilievo le previsioni di cui agli artt. 41 e 42 Cost.

1.1.2. I limiti costituzionali del diritto d'autore: il rilievo centrale della libertà di espressione

D'altro canto, le disposizioni richiamate fondano correlativamente i limiti costituzionali del diritto d'autore, sia nel necessario bilanciamento con gli interessi protetti all'accesso culturale o alla libertà di pensiero e di creazione artistica in favore dei terzi, autori o fruitori, sia nella compatibilità sociale che per i diritti patrimoniali le norme costituzionali impongono nello sfruttamento imprenditoriale ovvero proprietario dei beni. In quest'ultima direzione, del resto, depone anche la norma comunitaria di cui all'art. 151 del Trattato CE, la quale, nel prevedere espressamente la tutela della "creazione artistico-letteraria", pone altresì l'accento sul "miglioramento della conoscenza e della diffusione della cultura", fornendo in tal modo un fondamento positivo, anche nell'ordinamento costituzionale comunitario, per lo sviluppo e la circolazione delle opere dell'ingegno.

In questa direzione, deve rilevarsi come nell'ambito dei limiti costituzionali del diritto d'autore risulti di particolare rilievo la libertà di espressione, che a livello europeo è stata prevista a più riprese in diverse normative, specie di natura convenzionale, quale vero e proprio principio fondamentale. In base alle previsioni sostanzialmente analoghe della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 10), del Patto Internazionale

relativo ai Diritti Civili e Politici (art. 19) e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 11), ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione, e tale diritto include la libertà d'opinione e le libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza ingerenza alcuna da parte delle autorità pubbliche né considerazione di frontiera.

Di conseguenza, nell'ottica dell'obiettivo della tutela della libertà d'espressione, riconducibile nel nostro ordinamento ai valori della promozione della cultura e della libertà di manifestazione del pensiero costituzionalmente protetti agli artt. 9, 21 e 33 Cost., il diritto d'autore dovrebbe essere limitato là dove ciò possa contribuire alla sua funzione di promozione appunto della libertà d'espressione.

D'altro canto, nell'ambito del profilo più strettamente economico rilevante in materia di diritto d'autore, ossia quello relativo ai diritti patrimoniali, al principio della libertà d'espressione si affianca - assumendo un ruolo parimenti centrale - quello della libertà d'iniziativa economica (e quindi di concorrenza), tutelata nel nostro ordinamento ai sensi dell'art. 41 Cost.

In questo senso, poiché la remunerazione giunge all'autore soltanto dopo la creazione dell'opera, prima di questo momento egli avrà bisogno di fondi esterni, provenienti dallo Stato o da finanziatori o produttori privati, che desiderano vedere i propri investimenti remunerati. Di conseguenza, appare quasi inevitabile che, con l'incremento della rilevanza economica dell'industria culturale, le normative internazionali e nazionali abbiano deviato la protezione dall'autore all'investitore, trasformando il diritto d'autore sempre più in uno strumento a protezione degli investimenti.

In proposito, fra l'altro, risulta d'interesse la fattispecie della fornitura dei servizi di aggregazione, visualizzazione e ricerca di notizie e contenuti in rete (ad esempio forniti agli utenti sotto forma di rassegna stampa), offerti su portali o siti web a titolo gratuito e remunerati con i ricavi generati dalla raccolta e dall'intermediazione pubblicitaria.

Tali servizi utilizzano contenuti generati dagli investimenti e dall'attività degli editori, ponendo questioni problematiche riguardo alla remunerazione per l'uso degli stessi ed alla libertà dell'editore di includere o meno sul portale le notizie da esso pubblicate. In particolare, attraverso la fornitura dei suddetti servizi i portali risultano per gli editori strumenti imprescindibili per rendere agevolmente individuabili ed accessibili i propri contenuti informativi in rete, e per gli utenti la principale via di accesso agli stessi. Questo diffuso consumo di notizie online crea, quindi, problemi al modello tipico di remunerazione dei quotidiani "cartacei" ed è la causa dell'intenso dibattito sul modello di business dei quotidiani e, più in generale, dell'editoria tradizionale che si sta sviluppando nel settore.

1.1.3. Il diritto d'autore applicato alle reti di comunicazione elettronica nella UE: il diritto di accesso ad Internet

Le nuove modalità di fruizione e diffusione dei contenuti creativi *on line*, correlate alle nuove possibilità di distribuzione e scambio di contenuti digitali senza limiti di passaggi e riproduzioni, hanno determinato maggiori possibilità di accesso alla conoscenza per i consumatori e, conseguentemente, maggiori difficoltà di controllo sulla circolazione delle opere.

In tale contesto, il contemperamento degli opposti interessi di autori e utenti costituisce il principio cui deve ispirarsi la normativa in tema di diritto d'autore.

Tale principio è stabilito anche dalla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo che riconosce ad ogni individuo il diritto a partecipare liberamente alla vita culturale della comunità e a godere delle arti (art. 27, comma 1) e, al contempo, afferma il diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica (art. 27, comma 2).

Il Parlamento ed il Consiglio hanno ribadito e sancito questo principio con riferimento alle reti di comunicazione elettronica in sede di approvazione della nuova direttiva quadro delle comunicazioni elettroniche. Con tale atto, il diritto dei cittadini al libero accesso ad Internet viene riconosciuto

come una delle libertà fondamentali, in linea con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. In precedenza il principio, sebbene già espressamente previsto nelle legislazioni di altri Paesi europei (Spagna, Finlandia, Grecia, Estonia), era soltanto affermato in documenti comunitari non vincolanti, quale la Raccomandazione del Parlamento europeo del 26 marzo 2009 sul rafforzamento della sicurezza e delle libertà fondamentali su Internet, oppure desumibile indirettamente dai contenuti di normative nazionali, quale il Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005).

Con la formulazione approvata, si chiarisce che qualunque restrizione all'accesso ad Internet deve essere proporzionata, giustificata e necessaria in una società democratica, mentre la possibilità di sospendere Internet può avvenire solo a seguito di un giudizio equo e imparziale, che includa il diritto degli utenti ad essere ascoltati¹.

Pertanto, qualora uno Stato preveda la restrizione dell'accesso a Internet per combattere la pirateria, le autorità giudiziarie o amministrative sono tenute a seguire una procedura precisa che garantisca agli utenti la possibilità di difendersi.

Il nuovo *framework* regolamentare, pubblicato il 18 dicembre u.s., dovrà essere recepito negli ordinamenti degli Stati membri entro diciotto mesi.

In virtù della disposizione suddetta, dunque, il diritto di accesso ad Internet diviene un principio fondamentale dell'ordinamento comunitario e quindi del nostro ordinamento, al quale è necessario conformarsi nell'attività di vigilanza in materia attraverso il pieno rispetto dei limiti e dei criteri procedurali sanciti nella norma medesima.

Sul piano della normativa sul diritto d'autore, occorre premettere che, proprio in conseguenza della rivoluzione digitale gli Stati Uniti e l'Unione Europea hanno ridisegnato le leggi sui diritti delle opere dell'ingegno e, a partire dagli anni ottanta, si è delineata la risposta normativa alle nuove tecnologie di elaborazione, riproduzione e diffusione delle opere.

Tale risposta normativa si snoda attraverso nuovi accordi internazionali e, a livello comunitario, attraverso l'opera di armonizzazione.

La tendenza evolutiva è caratterizzata dall'inserimento di nuove opere nel novero di quelle protette (si pensi al *software*), al rafforzamento dei diritti di esclusiva, alla creazione di nuovi strumenti di tutela ed, in taluni casi, al restringimento delle prerogative riservate agli utenti.

Nel dettaglio, i più recenti interventi normativi in materia di diritto d'autore tendono, pertanto, all'adeguamento della disciplina rispetto alle peculiarità della c.d. Società dell'informazione e del nuovo contesto tecnologico.

La direttiva 2001/21/CE del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di alcuni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, è finalizzata ad incoraggiare lo sviluppo dell'Information Technology, ed a contribuire alla regolamentazione del fenomeno Internet, dando vita ad un quadro normativo tendenzialmente uniforme nell'ambito degli Stati membri.

¹ La formulazione su cui il Comitato di conciliazione ha trovato l'accordo (che sarà inserita all'art. 1, comma 3, della Direttiva Quadro) dispone espressamente che: "*Measures taken by Member States regarding end-users' access to or use of services and applications through electronic communications networks shall respect the fundamental rights and freedoms of natural persons, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and general principles of Community law.*

Any of these measures regarding end-users' access to or use of services and applications through electronic communications networks liable to restrict those fundamental rights or freedoms may only be imposed if they are appropriate, proportionate and necessary within a democratic society, and their implementation shall be subject to adequate procedural safeguards in conformity with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and general principles of Community law, including effective judicial protection and due process. Accordingly, these measures may only be taken with due respect for the principle of presumption of innocence and the right to privacy. A prior fair and impartial procedure shall be guaranteed, including the right to be heard of the person or persons concerned, subject to the need for appropriate conditions and procedural arrangements in duly substantiated cases of urgency in conformity with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The right to an effective and timely judicial review shall be guaranteed."

A questa, ha fatto seguito la direttiva 2004/48/CE che ha ad oggetto gli aspetti sanzionatori e i rimedi giurisdizionali in tema di tutela dei diritti di proprietà intellettuale.

Nel luglio 2008, la Commissione europea ha redatto un Libro Verde sul diritto d'autore nell'economia della conoscenza, in cui ha analizzato la problematica delle eccezioni e delle limitazioni al diritto d'autore rilevanti per la diffusione della conoscenza nell'era digitale. In particolare, si è posta l'attenzione su: a) le eccezioni per le biblioteche e gli archivi; b) l'eccezione che consente la diffusione delle opere per scopi didattici e di ricerca; c) l'eccezione nell'interesse dei portatori di handicap; d) l'eventuale eccezione per i contenuti creati dagli utenti. Dal Libro Verde e dalla relativa consultazione pubblica, si è giunti quindi alla conseguente Comunicazione del 19 ottobre 2009, nella quale la Commissione ha indicato le linee operative che seguirà su questi temi nel prossimo futuro, attraverso la supervisione di un dialogo costante fra i portatori d'interessi rilevanti.

In data 22 ottobre 2009, con specifico riguardo alla sfida costituita dalla creazione di un mercato unico del digitale a livello europeo per i contenuti creativi, come i libri, la musica, i film o i videogiochi, la Commissione ha pubblicato un documento di riflessione.

Tale documento, nell'ottica dell'attuazione di un quadro giuridico adeguato alle esigenze dei consumatori che consenta di rendere disponibili i contenuti digitali nell'ambito dell'UE e preveda, al contempo, una solida tutela del diritto d'autore e un'equa remunerazione dei creatori di contenuti, illustra le sfide attuali relative a tre categorie coinvolte, ossia i titolari dei diritti d'autore, i consumatori e gli utenti commerciali.

1.2. L'Autorità e la SIAE

1.2.1. La SIAE e le competenze ad essa attribuite

La Società italiana degli autori e degli editori (SIAE)², fondata nel 1882, afferma il suo carattere di ente di diritto pubblico a partire dal 1930, amministrando (in base a rapporti privatistici fondati sul mandato), specifici interessi privati rivolti alla tutela del diritto d'autore e delle opere dell'ingegno. Ai sensi della legge sul diritto d'autore, la SIAE presiede in Italia all'intermediazione economica³ dei diritti dei titolari di opere dell'ingegno, di tutte le tipologie artistiche (musica, cinema, teatro, letteratura, arte figurativa, ecc.). Per generale definizione, è una società di *collecting* di tipo generalista, differente della stragrande maggioranza di enti che negli altri Paesi si occupano e tutelano il diritto d'autore che si dedicano invece a specifici settori di attività. La SIAE è caratterizzata da una struttura di tipo associativo⁴. Gli associati, tenuti al pagamento di contributi annui (art.2 dello Statuto), sono le persone fisiche e giuridiche titolari di diritti tutelabili in quanto autori, editori, concessionari di opere cinematografiche, nonché tutte le altre persona fisiche e giuridiche che siano titolari di diritto d'autore (anche nei paesi membri dell'UE) e che facciano domanda di iscrizione, conferendo altresì titolarità dei compiti, secondo le regole del codice civile,

² Sulla natura ed i compiti della SIAE tra gli altri: UBERTAZZI, Commentario breve al diritto della concorrenza; SANTORO, *Società Italiana degli Autori e degli Editori* (S.I.A.E.), Enc. Giur, ; SCHIAVANO M.L.. Pubblico e privato negli enti pubblici associativi. Il caso SIAE;

³ Legge 22 aprile 1941 n.633 Titolo V artt. 180 e ss.

⁴ La struttura amministrativa della Società si articola in una direzione generale, con sede in Roma, 13 sedi regionali, 33 filiali, 600 mandatari a competenza territoriale pluricomunale, questi ultimi legati alla Società da contratto di lavoro autonomo. La base associativa è oggi costituita da più di 80.000 associati, persone fisiche e giuridiche, che hanno deciso di affidare la tutela dei propri diritti economici alla SIAE, non volendo o non potendo esercitarli personalmente. La base associativa, ogni quattro anni, esprime, anche in forma di rappresentanza indiretta, gli organi cui è demandata la gestione dell'ente: assemblea, cinque commissioni di sezione, consiglio di amministrazione, presidente, collegio dei revisori.

di intermediazione e mandato alla SIAE. La società percepisce corrispettivi in relazione ai servizi erogati e quote di spettanza sui compensi per l'utilizzazione delle opere tutelate.

Il Dlg.s 491/99 (*Delega per il riordino degli enti pubblici nazionali*), ai sensi della Legge 15 marzo 1997 n.59 (c.d.Bassanini), contiene disposizioni che qualificano in modo puntuale la natura giuridica della SIAE. L'art.7 (commi 1 e 2) del decreto, definisce la natura della SIAE qualificandola espressamente come "ente pubblico su base associativa" e precisa che l'attività della SIAE, fatto salvo l'esercizio delle funzioni ad essa attribuite dalla legge (nel rispetto del principio di legalità), è disciplinata dalle norme del diritto privato⁵. Sulla base di tale disposizione la SIAE ha modificato il proprio statuto e il proprio regolamento di organizzazione.

In particolare, ai sensi dell'articolo 1 dello Statuto la SIAE svolge le seguenti funzioni: *a) esercita attività di intermediazione, comunque attuata sotto ogni forma diretta o indiretta di intervento, mediazione e mandato di autori o loro eredi, rappresentanza ed anche cessione per l'esercizio di diritti (...); b) cura la tenuta dei registri di cui all'art.103 della legge 22 aprile 1941⁶ n.633; c) assicura la migliore tutela dei diritti di cui alla lettera a) nell'ambito della società dell'informazione nonché della protezione e sviluppo delle opere dell'ingegno; d) gestisce i servizi di accertamento e riscossione delle imposte (...); e) svolge altri compiti attribuiti dalle leggi; f) svolge attività strumentali e sussidiarie; e) assicura una ripartizione dei proventi del diritto d'autore tra gli aventi diritto.*

Ai sensi dell'art. 181, comma 1, della legge 22 aprile 1941, n. 633, la SIAE svolge altresì tutte le funzioni che le sono demandate "*da questa legge o da altre disposizioni*", ivi compresi gli "*altri compiti connessi con la protezione delle opere dell'ingegno*". A tale delega normativa, l'ente ha dato poi concreta attuazione all'art. 1, comma 1, lettera c) del suo Statuto ove è stabilito che essa "*assicura la migliore tutela dei diritti di cui alla lettera a) nell'ambito della società di informazione, nonché la protezione e lo sviluppo delle opere dell'ingegno*".

In armonia con i citati interventi normativi, anche la Giurisprudenza⁷ di legittimità ha riconosciuto il carattere di ente pubblico economico alla SIAE ed ha messo in relazione lo stesso carattere al dato particolare della base associativa. In particolare, la Cassazione ha qualificato la SIAE come un ente di tipo associativo, che esercita attività prevalentemente economica, poiché produttiva di reddito, amministrando specifici interessi privati (*rectius* gli autori dell'opera) e godendo, in corrispettivo, di provvigioni di incasso. Infatti, secondo la Cassazione, oltre alle funzioni autorizzatorie svolte nei confronti degli utilizzatori delle opere, ciò che qualifica in via primaria l'attività della SIAE è, lo svolgimento di attività di intermediazione sensi dell'art.180 comma 1 legge 633/1941 (*... l'attività di intermediario, è riservata in via esclusiva alla Società italiana degli autori ed editori...*). Tale attività ha natura preminentemente economica e, pertanto, è sostitutiva - rappresentativa della singola attività economica privata dell'autore. Per questo motivo l'attività di tutela e promozione del diritto d'autore svolta dalla SIAE, può essere inquadrata tra le attività economiche esercitate con

⁵ "Il criterio generale cui improntare l'organizzazione dell'intera attività della SIAE consiste nella distinzione tra la gestione relativa alla tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi.(...) Per entrambe le attività l'azione della Società deve essere improntata, data la natura degli interessi perseguiti, a criteri e scopi di tipo privatistico" così si veda sentenza TAR PUGLIA sez. Lecce del 24.5.2001.

⁶ Art. 103 "E' istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri un registro pubblico generale delle opere protette ai sensi di questa legge.La Società italiana degli autori ed editori (SIAE) cura la tenuta di un registro pubblico speciale per le opere cinematografiche.In detti registri sono registrate le opere soggette all'obbligo del deposito con la indicazione del nome dell'autore, del produttore, della data della pubblicazione e con le altre indicazioni stabilite dal regolamento. Alla società italiana degli autori ed editori è affidata, altresì, la tenuta di un registro pubblico speciale per i programmi per elaboratore. In tale registro viene registrato il nome del titolare dei diritti esclusivi di utilizzazione economica e la data di pubblicazione del programma, intendendosi per pubblicazione il primo atto di esercizio dei diritti esclusivi. La registrazione fa fede, sino a prova contraria della esistenza dell'opera e del fatto della sua pubblicazione. Gli autori e i produttori indicati nel registro sono reputati, sino a prova contraria, autori o produttori delle opere che sono loro attribuite. Per le opere cinematografiche la presunzione si applica alle annotazioni del registro indicato nel secondo comma. La tenuta dei registri di pubblicità è disciplinata nel regolamento".

⁷ Si veda tra le sentenze in particolare: Cassazione Sezioni Unite sent. N°8880/98; Cassazione Sezioni Unite N°2431/97;

scopo di lucro in senso oggettivo (ovvero inteso nel senso della realizzazione del profitto del singolo solo attraverso l'attività svolta dalla società).

Per tutto quanto sopra considerato può considerevolmente affermarsi che le funzioni attribuite dal legislatore alla società sono di tipo privatistico lucrativo e vengono svolte a mezzo di un'attività improntata a criteri di economicità. Quanto appena affermato è pienamente coerente con i principi dell'ordinamento comunitario, secondo il quale l'attività della SIAE può essere considerata impresa, in quanto ente che esercita a tutti gli effetti attività economica.

Infatti il diritto comunitario considera le *collecting societies* come imprese ai sensi dell'art.81 del Trattato in quanto, concedendo e/o gestendo a titolo oneroso il diritto d'autore, svolgono un'attività imprenditoriale che consiste in primo luogo nella prestazione di servizi.

In particolare, ai fini della qualificazione dell'attività della SIAE come attività d'impresa, lo svolgimento dell'attività di intermediazione rispetto alla quale la società opera in condizioni di monopolio è pertanto soggetta al divieto di discriminazioni arbitrarie ed agli obblighi a contrarre imposti dal codice all'art.2597.

Dalla breve ricostruzione della natura e dei poteri della SIAE qui condotta emerge con tutta evidenza come il *core* delle funzioni attribuite istituzionalmente all'ente sia costituito principalmente dall'attività, di natura privatistica, di intermediazione nell'utilizzazione economica delle opere protette da *copyright*. Nel quadro così delineato, gli "*altri compiti connessi con la protezione delle opere dell'ingegno*" cui si riferisce l'art. 181, comma 1, della legge 22 aprile 1941, n. 633, alludendo alle attività di tutela del diritto d'autore, sembrano assumere un ruolo del tutto marginale. E né pare che tale conclusione possa mutare alla luce del disposto di cui all'art. 182 bis che, come si dirà in seguito, attribuisce sì alla SIAE funzioni di vigilanza sulle violazioni del diritto d'autore ma in coordinamento con l'Autorità e unicamente "*nell'ambito delle rispettive competenze*".

1.2.2. Le competenze dell'Autorità in tema di diritto d'autore

L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM), istituita nel segno della convergenza tecnologica con legge 31 luglio 1997 n.249, è titolare di funzioni che concernono il settore audiovisivo, delle telecomunicazioni e dell'editoria. La scelta del legislatore italiano, operata in modo coraggioso anticipando le tendenze di altri legislatori europei, è stata quella di attribuire ad un unico organismo funzioni di regolamentazione e vigilanza nel settore delle comunicazioni elettroniche. Tale scelta è stata giustificata dai profondi cambiamenti determinati dall'avvento della tecnologia digitale, che ha attenuato o quasi del tutto annullato le differenze fra i diversi mezzi, diventati veicolo di contenuti – immagini, voce, dati - ampliando la gamma dei servizi disponibili.

L'Autorità è, per i compiti essa attribuiti, un'autorità di garanzia che presidia e vigila il mercato delle comunicazioni elettroniche. La legge istitutiva n.249 del 1997 affida all'Autorità, in via generale, il compito di tutelare e garantire le libertà fondamentali dei cittadini, in base al fondamento giuridico costituito dai principi sanciti dalla Costituzione. Istituzionalmente sono affidati all'AGCOM funzioni che prevedono la promozione dello sviluppo in regime di concorrenza⁸, la razionalizzazione delle risorse nel settore dell'audiovisivo, la verifica delle posizioni dominanti, il servizio universale, la tutela del pluralismo sociale e, in particolare, la tutela del diritto d'autore nel settore informatico ed audiovisivo. La ripartizione delle funzioni interne attribuite in via generale all'Autorità è prevista da un apposito regolamento.

Con l'adozione del *Regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento* (art.14 lett i) l'Autorità ha conferito alla Direzione Contenuti Audiovisivi e Multimediali competenza specifica sul diritto d'autore.

⁸ Art.1 lettera d) D.lgs 259 del 1 agosto 2003 "Codice delle comunicazioni elettroniche"

Il legislatore è poi intervenuto, con legge 248 del 18 agosto 2000, modificando l'art 182 bis della legge sul diritto d'autore n.633 del 1941 e prevedendo, in via generale compiti di vigilanza dell'Autorità in tema di diritto d'autore.

1.2.3. La legge 248 del 18 agosto 2000 e il coordinamento tra Autorità e SIAE

All'indomani dell'entrata in vigore della legge 248 del 2000, la migliore dottrina ha voluto leggere tale intervento normativo come la conferma di una più ampia tendenza all'estensione dei poteri e delle competenze delle Authorities. Tuttavia, sulla base dei poteri istituzionali descritti in precedenza, non si può propriamente parlare di estensione.

Infatti, fin dalla sua istituzione l'Autorità, in quanto istituzione convergente deputata alla garanzia ed alla vigilanza nel settore delle comunicazioni elettroniche, era, quantomeno *ratione materiae*, già competente alla tutela del diritto d'autore.

Più concretamente, all'indomani di tale intervento normativo, può parlarsi invece di una "evoluzione collaborativa" in senso pubblicistico delle competenze attribuite alla SIAE.

La legge 248 del 2000 può essere considerata come espressione di una volontà politico-legislativa tesa a incentivare e favorire la collaborazione istituzionale tra apparati amministrativi deputati alla tutela del diritto d'autore, pur differendo tra loro per gli interessi cui sono preposti e le finalità perseguite.

Indubbia è, infatti, la diversa natura degli interessi posti a presidio delle due istituzioni pubbliche considerate in questa sede. L'Autorità, per la sua natura di autorità amministrativa indipendente, svolge funzioni di vigilanza e garanzia (attraverso poteri istruttori, di accertamento e sanzionatori) al fine di assicurare il rispetto delle regole del mercato e dei consumatori e persegue fini pubblici, costituzionalmente protetti, quali l'informazione, la libertà di manifestazione del pensiero, l'iniziativa economica privata, la concorrenza (Costituzione artt.2,3,21,41,43). La SIAE, diversamente, è deputata per la sua natura di ente pubblico su base associativa a perseguire fini privatistici (ovvero quelli degli associati) di tutela, soprattutto patrimoniale, delle opere dell'ingegno e in generale del diritto d'autore. A seguito dell'intervento normativo del 2000 che ha introdotto nella legge sul diritto d'autore n. 633 del 1941 l'art.182 bis, l'Autorità è stata chiamata, in particolare con il comma 1 di detto articolo, a svolgere funzioni di vigilanza in coordinamento con la SIAE, agendo "*nell'ambito di rispettive competenze*" al fine di "*prevenire ed accertare violazioni delle prescrizioni in materia di diritto d'autore*".

Il comma 1 dell'articolo 182 bis individua nell'attività di vigilanza l'attività da svolgere in comune tra SIAE e Agcom. Tale attività, come espressamente previsto anche nell'art.182 ter, si realizza essenzialmente attraverso lo svolgimento di poteri ispettivi. L'articolo 182 bis comma 1 specifica che la titolarità del potere di vigilanza sia conferita all'Agcom ed alla SIAE "*nell'ambito delle rispettive competenze*". A questo inciso, inserito nell'articolo *de quo*, avrebbe dovuto seguire, al fine di rendere più agevole il lavoro dell'interprete, una norma di dettaglio per poter meglio delineare, magari attraverso un'elencazione analitica, le competenze proprie dell'AGCOM e della SIAE utili allo svolgimento di poteri di vigilanza (e ispettivi) finalizzati alla tutela del diritto d'autore. Tuttavia, dal 2000 ad oggi nessun intervento integrativo o applicativo della norma in questione vi è stato e, pertanto, l'art.182 bis continua ad essere tautologicamente richiamato dal comma 4 bis della legge n.249 del 2000 e le norme relative alla SIAE continuano a non prevedere l'attribuzione alla società di competenze in materia di vigilanza ed ispezione.

Il contesto normativo descritto e l'analisi svolta generano come conseguenza che, secondo il principio di legalità che governa l'intera attività amministrativa, in mancanza di un'espressa previsione, non appare possibile attribuire alla SIAE compiti che vadano oltre il mero coordinamento dell'attività istituzionalmente attribuita all'Autorità in materia di vigilanza e tutela del diritto di autore .

Ciò posto, attesa l'indubbia competenza dell'Autorità sulla tutela del diritto d'autore, ed al fine di poter agevolmente definire il ruolo di coordinamento della SIAE, risulta necessario far riferimento al dato testuale riportato nell'inciso dell'art.182 bis "*nell'ambito delle rispettive competenze*". Facendo leva sulla lettera della norma e tenendo conto delle nuove esigenze di protezione del diritto d'autore indotte dal continuo progresso tecnologico, potrebbe ragionevolmente desumersi che all'Autorità spettano, in via principale, poteri di vigilanza e tutela del diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettroniche, e alla SIAE compiti di collaborazione e supporto.

La volontà di attribuire un ruolo di primo piano all'Autorità nel sistema di tutela del diritto d'autore si evince, peraltro, già dalla relazione dei lavori della Commissione parlamentare sulla legge 248 del 2000. In una prima fase dei lavori parlamentari l'articolo 182 bis attribuiva addirittura in via esclusiva all'Autorità il compito di vigilare, prevenire ed accertare le violazioni della legge a tutela del diritto d'autore. Solo in un successivo momento è stato introdotto il supporto ed il coordinamento con l'attività della SIAE. La *ratio* dell'attribuzione all'Autorità di un ruolo di primo piano in materia di tutela del diritto d'autore deve concretamente leggersi nella costante diffusione dell'uso di Internet come mezzo per l'accesso ai contenuti e alle opere coperte da diritto d'autore. Il legislatore ha voluto così rafforzare le competenze dell'Autorità sul tema proprio in considerazione del continuo sviluppo tecnologico e dei rischi connessi all'affermarsi di fenomeni di pirateria informatica.

L'esigenza di contrastare il fenomeno della pirateria e della contraffazione, soprattutto tramite internet ha ispirato il legislatore del 2000 e, per tale motivo, in considerazione del ruolo istituzionale di garanzia e vigilanza, l'Autorità è apparsa il naturale organo deputato a tutelare in modo sempre più efficace il diritto d'autore, in particolare attraverso le competenze tecniche acquisite e sviluppate, sin dalla sua istituzione, in materia di comunicazioni elettroniche e internet.

Il dato testuale, peraltro, conforta la lettura interpretativa appena operata. Infatti, l'articolo 182 bis richiama, alla lettera a), gli ambiti di attività nei quali tradizionalmente l'Autorità è competente e opera sin dalla sua istituzione. E' chiaro il riferimento "*all'attività di riproduzione e duplicazione con qualsiasi procedimento, su supporto audiovisivo, fonografico e qualsiasi altro supporto nonché su impianti di utilizzazione in pubblico, via etere e via cavo, nonché sull'attività di diffusione radiotelevisiva con qualsiasi mezzo effettuata*".

Pur in mancanza di un adeguato intervento normativo integrativo-attuativo della legge in parola, l'Autorità ha sottoscritto con la SIAE una convenzione (nel 2000, rinnovata nel 2007) al fine di pianificare e coordinare lo svolgimento delle attività ispettive e di vigilanza.

Tuttavia, ad oggi, appare necessaria una revisione della convenzione citata, alla luce dell'analisi ricostruttiva svolta. Infatti, appare chiaro che il richiamo operato dalla legge 248 al coordinamento tra l'attività dell'Autorità e della SIAE ("*nell'ambito delle rispettive competenze*") deve essere riferito unicamente all'attività di tipo operativo posta in essere dalla società sulla base di una attività istruttoria-ispettiva svolta dall'AGCOM.

Avvalendosi dell'attività operativa e di cooperazione della SIAE, l'Autorità deve quindi garantire e tutelare il diritto d'autore dalle insidie che nasconde il progresso tecnologico, tenendo conto del necessario ed auspicabile libero utilizzo della rete internet come nuova e moderna espressione del diritto alla manifestazione del pensiero e della persona e di accesso alle informazioni e alla cultura.

1.2.4. La fase repressiva della violazione del diritto d'autore: quale potere sanzionatorio in capo all'Autorità?

a) L'inconfigurabilità, "legibus sic stantibus", di un potere sanzionatorio

Fatta definitiva chiarezza sulla piena competenza dell'Autorità in tema di violazioni del diritto d'autore perpetrate attraverso le reti di comunicazioni elettroniche, resta da verificare se a siffatta

competenza possa associarsi un corrispondente potere sanzionatorio, adeguato alle funzioni così individuate.

Anche in questo caso, il punto di partenza dell'indagine non può che essere l'art. 182 bis della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Ebbene, in realtà, la disposizione qui richiamata, laddove attribuisce all'Autorità il potere di vigilanza in materia di violazioni del diritto d'autore, si limita ad indicare quale fine ultimo di tale attività quello di "prevenire" e "accertare" dette infrazioni.

In altri termini, attenendosi ad un'ermeneusi solo letterale della norma, sembra che il legislatore del 2000, pur riconoscendo all'Autorità un così ampio potere di vigilanza in tema di violazione del diritto d'autore sulle reti di comunicazione, abbia al contempo inteso circoscriverlo ad una fase anteriore, appunto di prevenzione, al più di accertamento, senza estenderlo quindi ad una fase di repressione successiva.

La sensazione è che il legislatore, mosso dall'esigenza di introdurre una tutela più incisiva del diritto d'autore sui mezzi di comunicazione, in ragione delle potenziali insidie determinate dal progresso tecnologico, abbia pensato all'Autorità di settore come ad una sorta di nucleo specializzato di "polizia giudiziaria", abilitato a porre in essere tutte le attività di *intelligence* necessarie a prevenire ed appurare eventuali violazioni nel settore, salvo poi rimettere i risultati di tale attività di indagine all'Autorità giudiziaria affinché proceda nei modi stabiliti dalla legge.

Tale sensazione acquista poi maggiore consistenza laddove si associ alla lettura della disposizione di cui all'art. 182 bis, comma 1, quella della norma posta all'articolo successivo, il 182 ter, che fa obbligo agli ispettori (tutti, non solo quelli dell'Autorità) di compilare processo verbale delle violazioni accertate e di trasmetterle agli organi di polizia giudiziaria per le azioni di rito.

Il combinato disposto delle disposizioni da ultimo citate, quindi, sembrerebbe escludere un potere sanzionatorio di tipo repressivo, *ex post*, delle violazioni eventualmente accertate. Stando al tenore delle norme di legge qui analizzate, l'Autorità appare senz'altro legittimata, da un lato, a porre in essere azioni finalizzate ad evitare, in via preventiva, la concreta realizzazione di violazioni del diritto d'autore; dall'altro, ad organizzare ispezioni intese ad accertare violazioni eventualmente realizzate, evidentemente sfuggite all'azione preventiva. Ma non anche a sanzionare gli autori di tali violazioni.

E' evidente che il ruolo dell'Autorità uscirebbe fortemente ridimensionato da un'interpretazione che si attenesse unicamente al dato letterale della norma, né francamente si rinviene l'utilità di un potere di vigilanza non assistito da un adeguato potere sanzionatorio.

La problematica si fa ancor più seria ove si consideri che, nel nostro ordinamento, in tema di sanzioni, non c'è spazio per interpretazioni estensive o in via analogica in presenza di una *vacatio legis*. Per le sanzioni, infatti, siano esse configuranti un illecito penale o più semplicemente di tipo amministrativo, vale il consolidato principio di legalità in base al quale non si può punire né sanzionare "se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso". Principio questo sancito *expressis verbis* dall'art.1 della legge 24 novembre 1981, che pone per le sanzioni amministrative una riserva di legge assimilabile (sia pur non perfettamente coincidente) a quella stabilita dall'art. 25 della Costituzione italiana per i reati. Ne deriva che, anche nell'ipotesi in cui accertasse la violazione del diritto d'autore nel settore di sua competenza, l'Autorità non potrebbe validamente applicare agli autori una sanzione amministrativa, stante l'assenza di una disposizione di legge che a ciò espressamente l'autorizzi.

Né potrebbe all'uopo soccorrere l'art. 98 del codice delle comunicazioni elettroniche, che pure fonda il potere sanzionatorio dell'Autorità per le violazioni del codice stesso: in esso, infatti, non v'è traccia di un presidio sanzionatorio relativo alle violazioni del diritto d'autore, atteso che la competenza attribuita all'Autorità dal legislatore del 2000, ed inserita nella legge 22 aprile 1941, n. 633, non è stata poi ripresa in quella fonte normativa.

Del pari infruttuoso è il tentativo di rinvenire un ancoraggio normativo all'ipotetico potere sanzionatorio dell'Autorità nella legge istitutiva 31 luglio 1997, n. 249, e successive modificazioni, atteso che in essa l'unico riferimento al diritto d'autore è quello di cui all'art. 4 bis), che però si

limita ad individuare nella Commissione per i servizi e i prodotti dell'Autorità l'organo collegiale competente.

Né tantomeno potrebbe immaginarsi di colmare tale vuoto normativo in sede di normazione secondaria, vale a dire attraverso l'adozione di un regolamento di dettaglio della competenza attribuita all'Autorità che ne disciplini il corredo sanzionatorio. Consolidata giurisprudenza, infatti, nega che sanzioni amministrative possano essere direttamente comminate da disposizioni contenute in fonti normative subordinate⁹.

L'esegesi della norma attributiva della vigilanza sulla tutela del diritto d'autore impone quindi di escludere, *de iure condito*, la possibilità per l'Autorità di intervenire a infliggere una sanzione amministrativa in capo all'autore dell'accertata violazione.

b) la possibile individuazione di un potere di imporre misure preventive

L'art. 182 *bis* attribuisce espressamente all'Autorità attività di "prevenzione" degli illeciti realizzabili in materia di diritto d'autore. Vale interrogarsi dunque sulla possibilità per l'Autorità di imporre misure, diverse da sanzioni pecuniarie punitive, di natura preventiva.

Ebbene, sotto questo specifico profilo l'addentellato normativo è solido in quanto la norma è chiara: l'Autorità è chiamata a vigilare sulle violazioni al diritto d'autore "al fine di prevenire" la loro realizzazione. Il che lascerebbe immaginare la possibilità per l'Autorità di ricorrere a misure restrittive idonee ad impedire il verificarsi di eventi violativi dei diritti degli autori sui mezzi di comunicazione, ancorché non tipizzate dal legislatore.

In tale ipotesi, il principio di legalità che caratterizza l'azione amministrativa potrebbe ritenersi salvaguardato, atteso che l'eventuale misura adottata a fini preventivi dall'Autorità troverebbe la base legale nel fine di prevenzione indicato dalla legge. Essa, pertanto, potrebbe legittimamente intervenire con una disciplina di dettaglio che indichi le misure applicabili al fine di prevenire certe violazioni, e ciò anche alla luce di quanto affermato dalla giurisprudenza del Tar Lazio, che, proprio nel riconoscere la legittimità della delibera n. 22/06/CSP dell'Autorità con la quale essa specificava (*melius*, integrava) il precetto già contenuto, da ultimo, negli artt. 3 e 7 del D.lgs. n. 177/05, ha affermato "che l'art. 1 della legge n. 689/81 non contiene, a differenza di quanto avviene per gli illeciti penali, per i quali opera il principio di stretta legalità (ex art. 25, II comma, della Costituzione), una riserva di legge tale da escludere la possibilità di una eterointegrazione, avente comunque base nella legge, mediante norme regolamentari delegate (in termini, tra le tante, Cass., Sez. I, 23/3/2004, n. 5743; Cass., Sez. I, 20/11/2003, n. 17602; Cass., Sez. I, 15/2/1999, n. 1242)".

Vero è che, nel caso di specie, non si assiste ad una vera e propria delega di norme regolamentari da parte del legislatore, come pure vero è che in altri casi la norma attributiva di nuove funzioni di vigilanza in capo all'Autorità ha contestualmente indicato il relativo presidio sanzionatorio¹⁰. Tuttavia, è altresì vero che l'eventuale misura a fini preventivi disposta dall'Autorità, lungi dal porsi come "fuori legge", troverebbe la sua base quantomeno nella finalità posta dalla norma. E' come se sotto questo specifico profilo il legislatore avesse inteso fissare il solo obiettivo da perseguire,

⁹ In realtà, la giurisprudenza della Cassazione è altresì persuasa del fatto che il rispetto del principio di legalità non impedisce che "...i precetti della legge, sufficientemente individuati, siano eterointegrati da norme regolamentari, in virtù della particolare tecnicità della dimensione in cui le fonti secondarie sono destinate ad operare". Tuttavia, nella fattispecie che qui ci occupa, non può certo ammettersi che l'art. 182 *bis* configuri "in termini sufficientemente definiti il precetto e la sanzione previsti", come preteso dai Giudici di legittimità, limitandosi esso ad individuare il fine dell'azione di vigilanza dell'Autorità, peraltro con connotati di assoluta indeterminatezza (cfr. *ex multis*, Cass. 26 aprile 2006, n. 9584 e, in senso sostanzialmente conforme, Cass. 22 luglio 2004 n. 13649 e Cass. 20 novembre 2003 n. 17602).

¹⁰ Si pensi, ad esempio, alla legge 2 aprile 2007, n. 40 (meglio nota come legge Bersani-*bis*), che nell'attribuire all'Autorità, all'art. 1, comma 4, il potere di vigilanza sull'attuazione delle misure a tutela dell'utenza introdotte al medesimo articolo, ha espressamente stabilito che "...la violazione delle disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 e' sanzionata dall'Autorità' per le garanzie nelle comunicazioni applicando l'art. 98 del codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, come modificato dall'articolo 2, comma 136, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286".

appunto quello di prevenire le violazioni del diritto d'autore, conferendo poi all'Autorità titolare del relativo potere di vigilanza una sorta di "delega in bianco" per ciò che attiene alle misure più idonee da adottare per il conseguimento del fine individuato; e ciò in ragione della sua natura di organo tecnico dalla elevata specializzazione.

A sostegno di tale tesi soccorre la teoria che in dottrina è solita definirsi dei cd. poteri impliciti, in base alla quale l'attività di normazione secondaria troverebbe piena legittimità ogniqualvolta il legislatore, invero di frequente, si limiti a dettare le finalità di un precetto, delegando di fatto all'Amministrazione investita della norma appunto il potere implicito della determinazione in concreto della competenza attribuita. Come autorevolmente osservato il ricorso ai poteri impliciti è quasi "fisiologico" per le Autorità indipendenti e "questo perché la legge si limita spesso ad attribuire competenze generali alle Autorità e ad enunciare solo alcuni obiettivi rimessi alla loro cura"¹¹.

E' ragionevole assumere pertanto che all'Autorità che sia impegnata nell'attività di prevenzione delle violazioni del diritto d'autore debba essere riconosciuta la possibilità di adottare misure che siano ragionevolmente connesse allo scopo fissato dalla norma di legge abilitante. In altri termini, andrebbe ammessa la legittimità delle misure adottate dall'Autorità che siano strumentali al fine di prevenzione espressamente previsto dal legislatore¹².

c) I limiti al potere di imporre misure preventive

Ammettendo la possibilità dell'adozione di misure preventive, il punto focale della riflessione si sposta ora sul raggio d'azione di tale potere implicito, sul punto-limite fino al quale, cioè, l'Autorità potrebbe spingersi nell'imporre misure di prevenzione di illeciti in tema di diritto d'autore.

Si pensi, ad esempio, alla misura che imponga ai gestori dei servizi di comunicazione elettronica il disvelamento dei dati utili ad individuare il responsabile del sito internet che ospita illecitamente contenuti protetti da diritto d'autore; o anche a misure dirette a restringere l'accesso a tali siti, ad oscurarli o a rimuovere i contenuti illeciti da essi ospitati.

La tecnologia moderna offre diverse soluzioni idonee allo scopo, alcune delle quali finalizzate proprio ad impedire l'accesso ad alcuni siti inseriti in un'apposita *black list* (si pensi ai sistemi di *filtering*). Tuttavia, l'ordinamento giuridico ha fatto di tali misure una prerogativa propria dell'autorità giudiziaria. E' stabilito, infatti, all'art. 1, della legge 22 maggio 2004, n. 128, che "i prestatori di servizi della società dell'informazione, di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n.

¹¹ Cfr. G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti*, in Dir. Amm. 2007, pag. 703 e ss.

¹² Sul punto, a fini di completezza, preme segnalare che, prendendo a pretesto i provvedimenti adottati dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas (di seguito AEEG), si è affermato un orientamento contrario del Tar Lombardia. Il citato Tribunale amministrativo ha infatti disconosciuto un potere implicito analogo a quello delineato nel testo, e ciò anche nell'ipotesi in cui il provvedimento sia assistito dall'esigenza di soddisfare l'obiettivo posto dalla legge. Nella sentenza del 4 aprile 2002 n. 1331 si legge, infatti, che "il principio di legalità dell'azione amministrativa, deducibile sul piano interno dall'art. 97 cost., impedisce di ammettere la configurabilità, in capo alle amministrazioni nazionali, di poteri impliciti, di poteri cioè non attribuiti espressamente da alcuna norma ma derivanti direttamente dall'esigenza di garantire il soddisfacimento degli obiettivi posti alle amministrazioni stesse in sede legislativa. La conclusione non muta neppure nel caso in cui gli obiettivi in questione siano stati fissati dalla normativa europea, dal momento che il dovere di ciascuna istituzione statale di contribuire all'attuazione concreta dei principi e delle norme poste dal diritto comunitario non può prevalere sull'esigenza, di rango primario, operante nel diverso campo del principio di legalità e tipicità dei provvedimenti amministrativi, che non può che essere inteso in senso restrittivo quando la p.a. agisca, comprimendole, nel campo delle facoltà riconosciute ai privati anche dalla previsione di cui all'art. 41 cost". Il Tar Lombardia ha poi confermato tale orientamento negativo avverso i provvedimenti dell'AEEG anche successivamente, con le sentenze 6 febbraio 2006, n. 246 e 16 gennaio 2007, n. 39. Per contro, è significativo notare come la sentenza 14 dicembre 2004, n. 6392 (con la quale sempre il TAR Lombardia ha dichiarato l'illegittimità di un altro provvedimento dell'AEEG in quanto sprovvisto di copertura nelle disposizioni della l. 14 novembre 1995 n. 481) sia stata annullata in secondo grado dal Consiglio di Stato. Nell'occasione, il giudice d'appello ha argomentato sostenendo che la copertura legislativa all'operato dell'Autorità deriva dalla stessa legge 481/95 che "come molte leggi istitutive d'Amministrazioni indipendenti è una legge d'indirizzo che poggia su prognosi incerte, rinvii in bianco all'esercizio futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti indeterminati che spetta all'Autorità concretizzare".

70, comunicano alle autorità di polizia le informazioni in proprio possesso utili all'individuazione dei gestori dei siti e degli autori delle condotte segnalate” solo “a seguito di provvedimento dell'autorità giudiziaria (cfr. comma 5)”.

L'autorizzazione del magistrato si rende parimenti necessaria anche “per le violazioni commesse per via telematica di cui al presente decreto, i prestatori di servizi della società dell'informazione, ad eccezione dei fornitori di connettività alle reti, fatto salvo quanto previsto agli articoli 14, 15, 16 e 17 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, pongono in essere tutte le misure dirette ad impedire l'accesso ai contenuti dei siti ovvero a rimuovere i contenuti medesimi (cfr. comma 6)”.

Ed è senz'altro significativo notare come entrambe le disposizioni qui citate abbiano superato indenni il successivo intervento di modifica, quello realizzato dalla legge 31 marzo 2005, n. 43, che si è limitata a riformare il solo comma 1.

Alla luce delle disposizioni richiamate sembrerebbe dunque che vi sia poco spazio in concreto per misure dell'Autorità, almeno con riguardo agli operatori di rete e ai fornitori di contenuti. L'unico spiraglio, infatti, è quello offerto dall'inciso che sottrae all'autorizzazione del magistrato le attività de “i fornitori di connettività alle reti” e che sembrerebbe autorizzare l'adozione di misure restrittive da parte dell'Autorità amministrativa, coerenti con il fine della prevenzione delle violazioni, a carico dei soli *internet service provider*.

La clausola di salvezza posta a beneficio dei “fornitori di connettività alle reti” (ISP) merita un approfondimento.

La loro attività è infatti disciplinata dal decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, (attuativo della Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico) di cui la legge in parola fa appunto salvi gli articoli 14, 15, 16 e 17, dai quali si ricava un sostanziale esonero di responsabilità per i contenuti veicolati dei cd. intermediari di servizi della società dell'informazione (vale a dire quei soggetti che si limitano ad offrire l'accesso alle reti di comunicazione elettronica o il semplice trasporto (*mere conduit*) delle informazioni fornite da soggetti terzi (i cd. “destinatari del servizio”) oppure ancora il servizio di memorizzazione temporanea (*caching*) o permanente (*hosting*) delle informazioni (e file) forniti dal “*content provider*”), purché essi restino del tutto estranei ai contenuti trasmessi.

In particolare, l'art. 17, comma 1 stabilisce a chiare lettere che “il prestatore – dei servizi sopra citati, n.d.r.- non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite” .

Come osservato in dottrina, quindi, ipotesi di responsabilità del provider potrebbero correttamente configurarsi “esclusivamente nel caso in cui la diffusione di contenuti penalmente rilevanti sia direttamente riconducibile all'intermediario stesso, il quale sia autore del materiale stesso, ovvero se ne «appropri», partecipando in pratica alla formazione, selezione o comunicazione dei messaggi ovvero esercitando un vero e proprio controllo sul materiale accessibile e ponendosi come responsabile dell'immissione in rete”¹³.

C'è da chiedersi dunque se, alla luce della declamata “irresponsabilità” degli ISP, sia giuridicamente possibile per l'Autorità procedere a “responsabilizzare” gli ISP mediante un loro coinvolgimento attivo nell'azione di vigilanza finalizzata alla prevenzione delle violazioni del diritto d'autore.

In realtà, la medesima disposizione di legge fondante la limitazione di responsabilità degli ISP sembra offrire all'attenzione dell'interprete diversi spunti di segno opposto.

In primo luogo, tale esenzione di responsabilità non pare avere i connotati dell'assolutezza.

Anzitutto, se è vero che l'art. 17, comma 1, del D.Lgs 70/03 esclude l'imposizione di un obbligo di vigilanza di carattere generale sull'attività delle informazioni trasmesse o memorizzate sulla rete, è altresì vero “tale disposizione non riguarda gli obblighi di sorveglianza in casi specifici e, in particolare, lascia impregiudicate le ordinanze emesse dalle autorità nazionali secondo le

¹³ Per una approfondita e dettagliata rappresentazione delle possibili responsabilità da attribuire ai singoli attori della filiera Internet si rimanda all'apposito approfondimento alla fine del presente Capitolo.

rispettive legislazioni” (cfr. considerando n. 47 della Direttiva CE 2000/21). Il che lascerebbe intendere che ben potrebbero, tanto l’Autorità giudiziaria quanto quella amministrativa “*dotata di poteri di vigilanza*”, e quindi l’Agcom, imporre azioni selettive di monitoraggio in caso di traffico sospetto verso un determinato sito.

Ciò tanto più è vero ove si consideri che gli artt. 14 (relativo al *mere conduit*), 15 (*caching*) e 16 (*hosting*), al comma 2, fanno tutti salva la possibilità, per l’Autorità giudiziaria e per quella Amministrativa di vigilanza, “*di esigere, anche in via d’urgenza, che il prestatore (...) impedisca o ponga fine alle violazioni commesse*”. Non solo, ma la medesima disposizione di legge che pone un’esenzione generale di responsabilità, al comma 3, fa discendere in capo all’ISP la responsabilità civile nell’ipotesi in cui, ove richiesto, non abbia agito prontamente alla rimozione del contenuto “sospetto”.

In ogni caso, come osservato da più voci in dottrina, la limitazione di responsabilità introdotta a beneficio degli ISP pare intesa principalmente ad evitare incriminazioni dal punto di vista penalistico: essa, infatti, ove non ammessa, condurrebbe ad ammettere l’introduzione nell’ordinamento giuridico di una nuova ed inaccettabile ipotesi di responsabilità oggettiva non legislativamente tipizzata o quantomeno l’ipotesi della compartecipazione criminosa dell’ISP ai contenuti illeciti veicolati da terzi utilizzando il servizio di connettività da essi fornito di cui all’art. 110 c.p.

In secondo luogo, quand’anche volesse ammettersi il carattere meramente residuale di tali eccezioni, la limitazione di responsabilità degli ISP non impedirebbe che essi possano comunque essere destinatari di un provvedimento di natura regolamentare adottato dall’Autorità di vigilanza a fini preventivi.

E ciò non solo per il fatto che l’intervento dell’Autorità giudiziaria e quello dell’Autorità amministrativa si collocano su piani differenti, essendo il primo inteso all’accertamento di reati (e delle eventuali responsabilità ad essi connessi) a fini repressivi/punitivi, laddove il secondo è ispirato unicamente ad una logica di disciplina del settore al fine di prevenire il verificarsi di determinate violazioni.

Non va dimenticato, infatti, che prima ancora che Autorità di vigilanza in materia di diritto d’autore ai sensi dell’art. 182 bis della legge 633/41, l’Agcom è Autorità di regolamentazione del settore delle comunicazioni elettroniche (ex legge 249/97 nonché ex D.Lgs 259/2003, meglio noto come codice delle comunicazioni elettroniche). Essa è l’ente istituzionalmente deputato a garantire il corretto funzionamento ed utilizzo delle reti di comunicazione elettronica (ivi compresa la rete internet, ai sensi dell’art. 1, comma 1, lettera dd) del codice) da parte di tutti i soggetti della filiera, *dall’access provider* fino all’utente finale attraverso l’adozione delle regole ritenute più idonee al perseguimento delle finalità cui essa è preposta. E’ quindi in ragione del suo ruolo istituzionale che l’Autorità potrà legittimamente intervenire a definire regole di condotta ex ante agli operatori di rete che siano intese al raggiungimento degli obiettivi preordinati alla sua azione dall’ordinamento, ivi compreso quindi quello di “*prevenire*” le violazioni in materia di diritto d’autore .

Misure che, peraltro, ove adottate dall’Autorità, non minerebbero certo il principio dell’irresponsabilità penale e civile del *provider* per i contenuti (illeciti) trasmessi da terzi sulla sua rete, ma possono tranquillamente coesistere con esso: l’eventuale inosservanza delle regole di condotta poste, infatti, farebbe al più sorgere in capo all’operatore una responsabilità di tipo amministrativo traducendosi nell’irrogazione di una sanzione pecuniaria per inottemperanza ad ordini e diffide ai sensi dell’art.1, comma 31, della legge 31 luglio 1997, n. 249, che appunto punisce con un’ammenda “*i soggetti che non ottemperano agli ordini e alle diffide dell’Autorità*” .

Dunque, quanto meno nei confronti degli ISP, all’indirizzo dei quali il D.Lgs 70/03 pare fondare una competenza “concorrente”, e non esclusiva, dell’Autorità giudiziaria con quella amministrativa, sembra possa ragionevolmente ammettersi la possibilità per l’Agcom, il cui ruolo peraltro è espressamente riconosciuto dal legislatore nei costanti riferimenti all’ “*autorità amministrativa dotata di poteri di vigilanza*”, di introdurre misure intese a prevenire le violazioni della disciplina sul diritto d’autore, ivi compresi oneri di sorveglianza purché nel rispetto della normativa a tutela

della privacy, del diritto di accesso ad Internet e della salvaguardia del principio della neutralità della rete.

Ma v'è di più. Dalla lettura degli artt. 14, 15 e 16 del D.lgs 70/03, che dopo aver sancito la limitazione di responsabilità dei prestatori di servizi di connettività, lasciano comunque impregiudicata, al comma 3, la possibilità, per le autorità giudiziaria e amministrativa avente funzioni di vigilanza, di *“esigere, anche in via d’urgenza, che il prestatore (...) impedisca o ponga fine alle violazioni commesse”*, sembra ragionevole ricavarsi altresì la legittimità di una misura che, ad esempio, faccia obbligo agli operatori di rimuovere i contenuti “illeciti” dalla disponibilità degli utenti di un determinato sito internet, così da prevenirne forme di fruizione successiva in violazione del diritto d’autore.

Quanto infine all’organo collegiale competente a deliberare le iniziative da intraprendere in materia di protezione del diritto d’autore, l’art. 1, comma 6, lettera b), punto 4bis della legge 249/97 radica *expressis verbis* tale competenza in capo alla Commissione Servizi e Prodotti (*“svolge i compiti attribuiti dall’articolo 182-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni”*).

E’ dunque la finalità di prevenzione la chiave di lettura più idonea a fondare il potere d’intervento dell’Autorità che sia funzionale alle competenze in tema di vigilanza che il legislatore espressamente le riconosce.

Approfondimento: Le responsabilità nella filiera Internet

Tutelare il diritto d'autore dall'utilizzo "anomalo e scorretto" della rete rappresenta una difficile sfida, soprattutto in considerazione del fatto che il nostro ordinamento è del tutto sprovvisto di una disciplina di diritto positivo dell'Internet. Gli illeciti che possono essere perpetrati attraverso la rete sono di varia natura¹⁴. In particolare, il caso che ci occupa induce ad operare alcune riflessioni sulla violazione attraverso Internet delle norme sul diritto d'autore. Tale violazione si realizza attraverso la condotta giuridica di chi riproduce e pubblica sulla rete documenti, immagini ed altre opere protette senza la necessaria autorizzazione da parte dell'autore o del titolare dei diritti su di esse.

La moltiplicazione delle violazioni commesse tramite Internet produce come effetto la difficile ripartizione dei criteri di attribuzione delle singole responsabilità. Oltre alla repressione in sede legislativo-penalistica¹⁵ del fenomeno della pirateria, della quale si dirà più avanti, un utile ausilio per l'individuazione delle condotte illecite e dell'imputazione soggettiva può essere fornito dalla direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE.

1) La responsabilità dell'Internet Service Provider

La citata direttiva, recepita in Italia con il decreto legislativo 9 aprile 2003 n.70¹⁶, definisce i soggetti che partecipano alla "catena del valore di Internet"¹⁷.

In primo luogo qualifica il consumatore, inteso come "qualsiasi persona fisica che agisca con finalità non riferibili all'attività commerciali, imprenditoriali, professionali". In secondo luogo si occupa della definizione di "destinatario del servizio", inteso come "il soggetto che a scopi professionali e non utilizza un servizio della società dell'informazione" e, infine definisce il ruolo del "prestatore di servizi"¹⁸.

La normativa prevede un chiaro esonero di responsabilità¹⁹ del prestatore di servizi (il c.d. *Internet Service Provider*) che veicola contenuti attraverso la rete²⁰, il quale, pur avendo un preciso dovere di cooperazione con le autorità non è titolare di vere e proprie responsabilità.

¹⁴ Le tipologie spaziano, infatti, dalla diffamazione alla violazione del diritto alla riservatezza, alla concorrenza sleale, la violazione delle norme sulla protezione dei marchi. Tra le particolarità degli illeciti commessi attraverso internet rileva particolarmente il "mezzo", che rende estremamente difficile ad internet l'applicazione della normativa riferita ai mass-media tradizionali, si può senz'altro citare la "delocalizzazione", che pone problemi d'identificabilità dei soggetti oltre che di giurisdizione, le grandi possibilità d'anonimato concesse agli utenti, le modalità peculiari di pubblicazione dei materiali ed altre ancora.

¹⁵ Legge 18 agosto 2000 n.248 - Nuove norme di tutela del diritto d'autore e Legge 128 del 21 maggio 2004 - Recante interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di materiale audiovisivo, nonché a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo.

¹⁶ Decreto recante " Attuazione della Direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, con particolare riguardo al commercio elettronico".

¹⁷ Espressione usata in dottrina per definire tutti quei soggetti che a diverso titolo partecipano alla rete. Sul punto si veda UBERTAZZI, "Commentario al diritto della concorrenza"

¹⁸ Ai sensi dell'art.2 comma 1 lett.b) del D.lgs 70/03 per prestatore di servizi si intende" la persona fisica o giuridica che presta un servizio alla società dell'informazione e che esercita un'attività economica mediante una stabile organizzazione per un periodo di tempo indeterminato".

¹⁹ Artt. da 14 a 17 del D.lgs 70/03.

²⁰ La problematica relativa alla configurazione di una eventuale responsabilità per gli internet provider nella direttiva 2000/31/CE è stata oggetto di un lungo lavoro di composizione dei divergenti interessi ed hanno senza dubbio contribuito gli altalenanti orientamenti giurisprudenziali dei singoli paesi europei. L'influenza di tale fattore sull'opportunità dell'intervento comunitario è chiaramente desumibile dal Considerando n. 40 della Direttiva 2000/31/CE, nel quale il riferimento alle divergenze giurisprudenziali è addirittura espresso.

Il problema era quello di controbilanciare diversi interessi, parimenti importanti per lo sviluppo delle attività del settore, quali la tutela dei consumatori e il contenimento della responsabilità degli intermediari. Dopo due anni di lavori, a dimostrazione dei diversi interessi in contrapposizione, la Commissione non ha accolto le proposte del Parlamento orientate ad una disciplina più rigorosa per gli internet service provider. La prima parte della Direttiva, in materia di commercio elettronico, ha delineato un vasto profilo di obblighi

Il termine *Internet Service Provider* (ISP) fa riferimento a fornitori di un'offerta variegata di servizi su Internet che si rivolgono agli utenti finali. Il primo e principale di questi servizi è la fornitura dell'accesso alla rete da parte dell'ISP (server/access provider), propedeutica alla fruizione da parte dell'utente di tutti gli altri servizi telematici offerti da Internet.

La funzione degli ISP consiste appunto nel fornire agli utilizzatori l'accesso alla Rete, essendo l'interfaccia fra l'utenza e il *Network Service Provider* (NSP), che si appoggiano a loro volta agli operatori di telecomunicazioni.

L'attività dell'ISP presenta le caratteristiche di una vera e propria attività commerciale, dove accanto ai ricavi provenienti dall'offerta di connessione, vanno considerati anche gli introiti derivanti dalla fornitura dell'*hardware* e del *software* necessari per attuare la connessione a Internet, nonché i servizi aggiuntivi (quali la fornitura di uno "spazio" sul server dello stesso *provider* nonché del "tempo macchina" eventualmente necessario per le elaborazioni richieste dal sito ospitato).

Inizialmente l'attività dei cd. *Internet Service Providers* era andata configurandosi nei termini di una sostanziale libertà, tanto più che sin dall'inizio era possibile la distinzione tra due tipi di servizi forniti dal *provider* e cioè, da un lato, la prestazione connessa all'accesso ad una rete telematica e, dall'altro, la trasmissione di informazioni altrui o la ricerca di informazioni già presenti nella rete.

La Direttiva 2000/31/CE ha operato una sorta di tipizzazione delle attività degli ISP, individuandone tre tipi di condotte: *mere conduit* (attività di semplice trasporto), *caching* (attività di memorizzazione temporanea), *hosting* (attività di memorizzazione delle informazioni).

L'art. 17 del provvedimento in parola stabilisce, in favore dei provider, il principio della "assenza dell'obbligo generale di sorveglianza".

Il provvedimento sul commercio elettronico non introduce una specifica forma di responsabilità per i provider ed introduce una sorta di "immunità condizionata" dell'intermediario.

In sostanza, dice il testo, i fornitori di servizi non hanno alcuna responsabilità per i contenuti, a condizione che non intervengano in alcun modo sui contenuti stessi, il che è già ampiamente previsto dal nostro ordinamento (e da qualsiasi ordinamento di un paese democratico).

La responsabilità del prestatore viene dunque definita in negativo: se sussistono le condizioni di cui al D.L.vo 70/2003 allora il prestatore non potrà essere chiamato a rispondere degli illeciti commessi on-line dagli utenti. Se, viceversa, il provider pone in essere un comportamento contrario a quanto sancito dal provvedimento, allora scatterà l'obbligo di risarcire il danno prodotto. Le tipologie di condotte, riportate in prosieguo e descritte dalla legge del 2003 sono di tre tipi:

a) attività di semplice trasporto (*mere conduit*): l'art. 14 del D.L. n. 70/2003 disciplina la responsabilità degli ISP nell'attività di *mere conduit* (semplice trasporto), e precisamente in quella di trasmissione delle informazioni e di fornitura dell'accesso alle reti. Il prestatore non sarebbe responsabile delle informazioni trasmesse a meno che: a) non dia origine alla trasmissione; b) non selezioni il destinatario della trasmissione; c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse. Non vi è alcun dubbio, in considerazione del dato testuale, che il legislatore non intendesse caricare il provider della responsabilità in ogni immissione in rete, a patto che esso si limiti a fornire una piattaforma tecnologica che poi l'utente impiega come meglio crede;

b) attività di memorizzazione temporanea (*caching*): l'art. 15 del DLgs 70/2003 disciplina l'attività di memorizzazione temporanea (*caching*) da parte del provider, escludendone la responsabilità a condizione che: a) non modifichi le informazioni; b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni; c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore; d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni; e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto

informativi nei confronti di tutti gli operatori della rete, misure che tuttavia erano in gran parte contenute nella Direttiva 97/7/CE, relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza. Nella parte relativa alla responsabilità degli intermediari, escludendo per questi ultimi un obbligo generale di sorveglianza

che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione (comma 1 lett. A-E). L'attività di *caching* assume grande importanza, soddisfacendo una serie di esigenze, quali la velocità nella ricerca e nello scaricamento delle informazioni, nonché la maggiore sicurezza del sistema. Per non incorrere nella responsabilità ex lettera E, il provider deve provvedere a cancellare le informazioni presenti nelle copie *cache*, nel caso in cui siano state rimosse dal sito d'origine, sia dai titolari del sito stesso che, eventualmente, da un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa. L'ipotesi contemplata dalla lettera E è analoga a quella prevista per l'attività di *hosting*;

c) attività di memorizzazione delle informazione (*hosting*): l'art. 16 del D.lg. 70/2003 definisce l'attività di *hosting* ed utilizza lo stesso schema dei due suoi predecessori, affermando la non responsabilità del prestatore a condizione che: a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

Questa la prospettiva offerta dal nostro legislatore sulla responsabilità e sulle condotte giuridicamente rilevanti poste in essere dall'*Internet Service Provider*, sul tema in questione la giurisprudenza è di frequente intervenuta al fine di colmare il vuoto di un testo normativo poco chiaro²¹.

2) *La responsabilità del Content e dell'Host Provider:*

Come in precedenza detto, la direttiva 2000/31/CE prevede una esenzione di responsabilità per gli *Internet Service Providers* ma non prende in considerazione la nozione specifica di *Host Provider* e di *Content Provider*, ovvero il fornitore di contenuti²², che devono parimenti essere considerate in questa sede al fine di analizzare più approfonditamente le diverse responsabilità conseguenti alle violazioni al diritto d'autore compiute attraverso internet.

Al riguardo, in mancanza di un dato normativo di supporto, la giurisprudenza²³ ha mostrato, soprattutto in relazione ai compiti del *Content Provider*, segni di apertura a tale responsabilità, inquadrandola nel caso della normale responsabilità che grava su chiunque per fatto proprio. In tal modo, il *Content Provider*, ossia il provider che fornisce contenuti, potrebbe rispondere direttamente per eventuali illeciti perpetrati con la diffusione dei medesimi.

Infatti, il vero problema relativo alla individuazione della responsabilità in via generale del provider riguarda, invece, il caso in cui questo debba rispondere del fatto illecito altrui. In tali casi, infatti,

²¹ Il tema della responsabilità è stato di frequente affrontato dalla giurisprudenza italiana e risolto con esiti differenti, sulla base di diverse argomentazioni. Tra le numerose pronunce della giurisprudenza di merito si segnalano l'ordinanza 23 giugno 1997 del Tribunale di Cuneo (in causa Milano Finanza editori s.p.a. c. STB servizi telematici di Borsa, in Giur. piemontese 1997) e la sentenza 19 ottobre 1999 (in AIDA, 2000) che hanno escluso responsabilità per la violazione del diritto d'autore del provider che si era limitato ad offrire l'accesso alla rete nonché lo spazio sul proprio server per la pubblicazione dei servizi informativi. Con l'ordinanza del 4 luglio 1998, il Tribunale di Roma ha negato l'assimilabilità del sito internet alla testata giornalistica ed ha rigettato un ricorso che chiedeva l'emanazione di un provvedimento urgente per la rimozione di un presunto messaggio diffamatorio di un newsgroup, in quanto non moderato e dunque privo di poteri di controllo del provider. È stata invece affermata la responsabilità aquiliana del provider "per aver consentito, o comunque agevolato, il comportamento illecito di un utente colpevole di aver diffuso messaggi in rete promozionali contenenti nomi e marchi appartenenti a società concorrenti", assimilandola a quella dell'editore di un giornale. Inoltre, sul tema della diffamazione on line, la stessa giurisprudenza si è espressa disponendo il sequestro di tutte le attrezzature del provider attraverso le quali era stata immessa la notizia diffamatoria in rete.

²² Il fornitore di contenuti è qualificabile come colui che, nell'interesse proprio o altrui, carica sul server informazioni ed opere di qualsiasi genere (sul punto si veda tra le altre Trib.Bologna sent.n. 3331 14 giugno 2004).

²³ Ma anche la dottrina, sul punto si veda UBERTAZZI tra gli altri.

l'attività del provider è del tutto autonoma rispetto quella illecita del terzo, pur essendo causalmente la prima *condicio sine qua non* della verifica della seconda.

La dottrina ha ravvisato un'attività di fornitore di contenuti nel provider che, pur limitandosi a fornire l'accesso al sito gestito (anche in piena autonomia) da altri, non consenta d'identificare il soggetto in questione né fornisca prova del contenuto degli accordi di utilizzazione dello spazio web con il soggetto identificato. Da tale ricostruzione deriva il corollario della qualificazione dell'attività del provider come effettivo fornitore di contenuti e l'applicabilità allo stesso, in via analogica (possibile in quanto ai soli fini civilistici), dell'art. 11 l. n. 47/48, secondo il quale «*per i reati commessi con il mezzo della stampa sono civilmente responsabili, in solido con gli autori del reato e fra di loro, il proprietario della pubblicazione e l'editore*». Secondo tale impostazione dottrinale, la responsabilità del provider si ricollega soprattutto alla protezione (oggettiva) dell'anonimato del gestore del sito, più che all'attività di hosting in sé considerata.

La questione appena esposta rileva sotto un profilo sia penale che civile. Sotto il primo profilo, per la responsabilità penale a titolo di concorso o di cooperazione colposa nel reato posto in essere dal fornitore di contenuti, sotto il secondo profilo, per la responsabilità risarcitoria derivante dall'illecito altrui (a prescindere dall'integrazione degli estremi di reato).

Giova considerare tra le diverse figure di provider, pur in considerazione del silenzio del nostro legislatore che avrebbe reso più agevole l'attività dell'interprete, quella dell'*Host Provider*, ossia il provider che si limita ad offrire ospitalità ad un sito internet - gestito da altri in piena autonomia - sui propri server)

Con riferimento alla figura dell'*Host Provider*, la direttiva comunitaria 2000/31/CE prevede che colui che presta un servizio consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un altro soggetto (hosting) non ne è responsabile, a condizione che non sia a conoscenza che l'attività sia illecita o non sia al corrente di fatti o circostanze in base ai quali l'illegalità è apparente o, non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per ritirare le informazioni o per rendere impossibile l'accesso.

La dottrina ha provato a distinguere la posizione del *Content Provider* da quella dell'*Host Provider*, ritenendo responsabile il primo per l'illiceità dei contenuti immessi e irresponsabile il secondo.²⁴

La giurisprudenza²⁵ ha avuto, sul punto, modo di affermare che l'*Host Provider* non è responsabile del contenuto illecito del sito di terzi dagli stessi ospitato su proprio spazio macchina ovvero a cui fornisce accesso/connettività o altri servizi, a meno di non provare un diretto coinvolgimento.

Non sussiste, infatti, in capo a tale soggetto alcun obbligo giuridico di controllo del materiale contenuto negli altri siti, controllo che sarebbe peraltro estremamente difficoltoso se non

²⁴ La giurisprudenza di merito ha affrontato un interessante problema, che è quello della rilevanza giuridica del banner pubblicitario dell'*host provider* sul sito da lui creato e gestito da terzi: il banner pubblicitario è idoneo a produrre responsabilità ove esso stesso sia direttamente illecito, mentre resta irrilevante ove l'illecito riguarda il sito su cui il banner sia ospitato (a nulla rilevando che il banner sia della società di hosting che a sua volta ospita il sito altrui). È problematica analoga alla responsabilità da link, ossia alla responsabilità per il rinvio ad altro sito con collegamento ipertestuale: a tal proposito, infatti, si parla (peraltro con forti riserve della dottrina più accorta) di responsabilità del soggetti che gestisce il sito contenente il link per l'illecito posto in essere sul sito linkato, ossia al quale si fa rinvio, e non si parla invece di responsabilità del titolare di quest'ultimo sito per l'attività che - a monte, se si può così dire - è svolta dal sito richiamante. L'ordinanza peraltro non approfondisce il problema considerando che, al di là di un profilo formale, peraltro, la presenza di banner rilevanti su un sito può rafforzare nel visitatore la fiducia verso il sito e dunque la credibilità delle notizie (magari diffamatorie) ivi riportate e dunque contribuire a realizzare il danno o a consolidarlo, e che inoltre la presenza del banner (per la sua struttura, per il suo contenuto o per la posizione nel sito) può essere altresì idonea a creare confusione circa la titolarità del sito, potendo ingenerare l'apparenza della provenienza della notizia dal soggetto indicato nel banner: qui potrebbe configurarsi una responsabilità del soggetto indicato nel banner in ragione di tale apparenza. Inoltre, tale elemento può essere visto insieme ad altri (registrazione del nome di dominio del sito, svolgimento di attività economica concorrenziale rispetto a quella della società lesa, collegamento societario, ecc.) che permettano di far ricondurre l'attività svolta sul sito alla società pubblicizzata, pur se formalmente svolta da soggetto terzo cui la prima abbia concesso in gestione il sito.

²⁵ Tribunale di Milano sent.1993 del 25.02.04.

impossibile (per l'enorme mole di dati) oltre che di poca o nulla utilità (per la possibilità che i dati siano modificati in qualsiasi momento).

La responsabilità dell'*Host Provider* è stata invece affermata nel caso dell'uso, da parte di terzi, di siti recanti nomi lesivi di un marchio noto, ove l'attività di registrazione del *domain name* sia stata curata dal provider medesimo, considerando questo come il caso di una tipica responsabilità per fatto proprio e quindi personale.

3) Possibile riconducibilità a regimi di responsabilità "tipici".

Il legislatore italiano, con il d.lgs. n. 70 del 2003, si è limitato a riprodurre la direttiva 2000/31/CE, portando nell'alveo del nostro ordinamento giuridico norme generiche che hanno alimentato il dibattito giurisprudenziale. L'intervento normativo non ha chiarito le problematiche in campo evidenziate dalla giurisprudenza, anche e soprattutto con riguardo alle tre disposizioni corrispondenti ai vari providers, *mere conduit*, *cach* e *host* (artt. 14, 15 e 16); in esse si evince semplicemente che i fornitori di servizi non sono responsabili dei contenuti per loro tramite veicolati purché non intervengano su di essi, ribadendo una *ratio iuris* già presente nel nostro sistema normativo. Così appare la formulazione dell'art. 17, il quale nega l'esistenza di un generale obbligo di sorveglianza, ma detta tutta una serie di adempimenti da parte del provider. Se da una parte la disciplina in questione non prevede in capo al provider il dovere di controllare il contenuto dei dati che sono memorizzati o che vengono trasmessi, dall'altra, subordina l'irresponsabilità del gestore del sito ad una serie di condizioni, quali la conoscenza da parte dell'*hosting* delle illiceità dei dati memorizzati, rendendolo responsabile anche in costanza di una mancanza di obblighi di sorveglianza a suo carico. In tal modo si privilegia la trasmissione o la memorizzazione di dati provenienti da utenti di maggiore affidabilità, magari anche più forti economicamente, piegando la liberà di informazione ad altre logiche per ora non confacenti a quello spazio virtuale che è stato conosciuto finora dai suoi utenti.

Preso atto dello scenario normativo giova domandarsi se sia possibile ricondurre le condotte poste in essere a forme di responsabilità, sia in sede civile che in sede penale, in capo agli ISP.

In via generale, sulla responsabilità dell'ISP, in alcune pronunce giurisprudenziali, è stata riconosciuta la responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. del provider, mentre in altre, è stata riconosciuta la responsabilità del gestore del sito per fatti illeciti commessi dai terzi²⁶.

È stata considerata, inoltre, l'ipotesi di escludere la responsabilità dell'ISP relativa ai soli messaggi immessi in rete.

Un orientamento giurisprudenziale riconosce la responsabilità del *provider* per l'illecito commesso anche da colui che si serva di strumenti forniti dal prestatore, richiamando l'equiparazione tra provider e direttore di giornale, o sottolineando la portata di Internet e quindi la strumentalità del sito del provider nel consolidare l'illecito, con la conseguente copertura da parte del provider riguardo l'anonimato dell'utente. Un altro orientamento nega che il provider possa essere responsabile per il semplice fatto di offrire l'accesso alla rete o lo spazio sul proprio server, dubitando dell'assimilabilità del sito internet alla testata giornalistica²⁷. Vi è, quindi, una contraddittorietà di fondo causata probabilmente dalla difficoltà di applicare strumenti e concetti giuridici tradizionali ad una materia così specifica ed evidentemente ancora poco conosciuta. Tuttavia la giurisprudenza ha avuto chiaro che il problema fondamentale si sostanzia nel capire se

²⁶ La prima, ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, si realizza attraverso un illecito che abbia come conseguenza un altrui danno ingiusto. Del tutto diversa è la responsabilità in sede penale. Tale responsabilità rileva solo se una norma di legge prevede un certo comportamento come reato. In linea di principio costituisce reato un atto che determina un diffuso allarme sociale e che l'ordinamento punisce per tutelare la collettività. Ma se un comportamento non è espressamente previsto come reato, semplicemente non è un reato. L'applicazione di una pena per analogia con altri reati non è ammessa.

²⁷ Trib. di Cuneo, sez. I civ., sentenza 23 giugno 1997; Trib. Roma, sez. I civ., 4 luglio 1998, ord.

ed entro quali limiti si possono imporre obblighi di controllo ai provider tenuto conto che nel nostro ordinamento la responsabilità è di tipo personale²⁸.

Partendo da questo assunto, l'autore dell'illecito è chiamato a rispondere della violazione ai sensi dell'art. 27, c. II della Costituzione. Ciò consegue all'impossibilità di individuare forme di responsabilità per fatto altrui. Questa impostazione di tipo tradizionale è applicabile con difficoltà ad Internet e di conseguenza al regime di responsabilità degli ISP²⁹, intesi come soggetti responsabili della distribuzione, divulgazione, pubblicizzazione, dell'immissione in rete dei contenuti potenzialmente illeciti.

Tuttavia, sulla scorta delle difficoltà rilevate in precedenza, si possono provare ad individuare in capo agli ISP tre forme di responsabilità.

Si potrebbe applicare l' art. 2043 del Codice Civile laddove si considera l'internet service provider come l'autore dell'illecito; potrebbe trovare applicazione l'art. 2055 del Codice Civile se l'ISP ha una responsabilità di tipo concorsuale nell'illecito; e, infine, se l'ISP ha una responsabilità dovuta a negligenza, non avendo attuato gli opportuni controlli che avrebbero potuto impedire lo svolgimento dell'illecito, potrebbe trovare applicazione l' art. 2049 c.c.

Parte della dottrina³⁰ distingue tra "illeciti di Internet", ovvero quelle violazioni commesse dai soggetti che regolano l'accesso alla rete, "illeciti contro Internet", ovvero quelle attività commesse dagli utenti a danno della rete e dei suoi operatori, delle quali si dirà in seguito, ed infine "illeciti per mezzo di Internet", cioè tutte le violazioni commesse attraverso la rete. Il primo caso, quello degli "illeciti di internet", è quello meno problematico, in questa situazione infatti è il Content Provider ad aver prodotto il contenuto illecito o ad aver messo "a disposizione degli utenti del servizio i dati che manipola", si tratta in tal caso della "normale responsabilità che grava su chiunque per fatto proprio: così, il Content Provider, ossia il provider che fornisce contenuti, risponde direttamente per eventuali illeciti perpetrati con la diffusione dei medesimi". Lo stesso codice di autoregolamentazione dell'AiIP (Associazione Italiana Internet Provider), afferma che "*il fornitore di contenuti è responsabile delle informazioni che mette a disposizione del pubblico*" e continua affermando che "*nessun altro soggetto di Internet può essere ritenuto responsabile, salvo che sia dimostrata la sua partecipazione attiva*". Per partecipazione attiva si intende "*qualsiasi partecipazione diretta all'elaborazione di un contenuto*". Il secondo punto, quello degli "illeciti

²⁸ A tal proposito particolarmente importante per la sua chiarezza è l'ordinanza del Tribunale di Napoli (Trib. Napoli, sez. II, 14 giugno 2002, ord.). Nell'ordinanza si evince che, nell'ambito delle varie figure operanti nel web, si debbano distinguere colui che nel sito fornisce i contenuti dall'*host provider*, la cui attività si sostanzia nel consentire al primo di pubblicare le proprie pagine sul proprio sito ma utilizzando lo spazio web offerto dal provider medesimo. Ne consegue che l'illiceità dei contenuti è imputabile solo ed esclusivamente al fornitore e non all'*host provider* (Trib. Lecce, sez. I, 24 febbraio 2001, in *Foro. it.*, 2001, I, 2032 ss.; Trib. Firenze 21 maggio 2001 n. 3155), escludendo che quest'ultimo abbia un obbligo giuridico di accertare ed eventualmente impedire immissioni di messaggi illeciti da parte del gestore del sito. (Trib. Bologna, sez. I civ., 27 luglio 2004 n. 3331). Un altro aspetto legato alla responsabilità del *provider*, quello della rilevanza giuridica del banner pubblicitario dell'*host* sul sito gestito da terzi. Sul punto l'ordinanza è lapidaria: il provider risponderà del banner solo se il messaggio pubblicitario è illecito in sé e per sé non rilevando invece nel caso in cui l'illecito riguardi il sito su cui il banner viene ospitato (Trib. Catania, sez. II civ., 29 giugno 2004, n. 2286). La natura ed i limiti della responsabilità del provider sono stati chiariti dal d.lgs. n. 70 del 2003, che con un "impianto razionale effettuava una tripartizione delle figure di provider e conseguentemente ne modulava attività e responsabilità (Trib. Milano, sez. II civ., 9 marzo 2006). Dobbiamo però dire che al riguardo era già intervenuta il famoso orientamento della Corte Federale degli Stati Uniti (Corte Federale USA, Distretto Orientale della Pennsylvania, sentenza 11 giugno 1998). Un'ulteriore ipotesi di responsabilità civile del *provider* si era avuta poi con l'introduzione della legge n. 62 del 2001, in materia di editoria e di prodotti editoriali, da cui può discendere un'eventuale responsabilità per illecito di cui all'art. 633 c.p..

²⁹ E' possibile infatti individuare facilmente l'autore di un illecito (qualora non sia il provider stesso), visto che una delle caratteristiche peculiari di Internet è di consentire azioni a distanza senza dover essere fisicamente presenti nel luogo e che il riconoscimento del soggetto che ha posto in essere una data azione dipende, almeno in astratto, dalla sua precisa intenzione di farsi riconoscere? E qual è la posizione dell'ISP in questa violazione? Più in generale è direttamente responsabile anch'esso, a livello civile e/o penale, dell'illecito? Il suo è un comportamento concorsuale o comunque negligente? O ancora infine non è soggetto a responsabilità in materia?"

³⁰ Si veda sul punto Marchetti - Ubertazzi

contro Internet", si presenta decisamente più complesso, in quanto presuppone che l'ISP sia a conoscenza del fatto che qualcuno compie illeciti attraverso la propria infrastruttura tecnologica ed abbia consapevolmente fornito l'accesso a dati illeciti immessi da altri (art 2055 c.c., concorso di colpa). Il problema principale è relativo all'esistenza di una reale possibilità tecnica per l'ISP di conoscere tutti i contenuti e servizi ospitati o gestiti sui suoi server e della modalità con cui essa può concretizzarsi.

Parte della dottrina³¹ sostiene che se l'ISP è a conoscenza del contenuto illecito delle pagine ospitate è un suo preciso dovere l'eliminazione dei contenuti illeciti attraverso l'oscuramento e la cancellazione delle pagine incriminate. Questa ipotesi però non pare attuabile in virtù del fatto che il provider stesso non ha l'autorità di eliminare qualcosa che, dal punto di vista del diritto di proprietà, non gli appartiene, visto che il contratto di hosting (o di altro tipo di servizio) tutela la proprietà intellettuale dell'utente finale. Considerando l'art.2049 c.c., la situazione soggettiva ingenerante la responsabilità dovrebbe essere quella della colpa per omesso controllo, che sarebbe ravvisabile tutte le volte che l'ISP non impedisce l'evento illecito, per omesso controllo della liceità dei contenuti immessi dall'esterno sul server da lui gestito. Il già citato codice di autoregolamentazione dell'AIPD su questo punto è molto chiaro. La fornitura di prestazioni tecniche senza conoscenza del contenuto non può presumere la responsabilità dell'attore che ha fornito tali prestazioni. In effetti a tale proposito è difficile dimostrare che l'ISP conosca esattamente il contenuto di una certa pagina o servizio in quanto esse possono essere modificate continuamente, velocemente e lasciando poche tracce. Inoltre l'obbligo di avere un direttore responsabile, ai sensi dell'art.3 della legge 7 marzo 2001, n. 62, è estendibile ai siti internet solo quando essi sono dei prodotti editoriali e fanno informazione in modo professionale e continuato.

4) *In particolare: le violazioni al diritto d'autore dei provider violazioni del diritto d'autore da parte dei providers*

La giurisprudenza ha affrontato il tema della *responsabilità del provider*² in ordine a violazioni in materia di diritto d'autore commesso attraverso web (illeciti per mezzo di Internet)³². Viene osservato preliminarmente ed in via programmatica che, con riguardo all'utilizzazione in rete delle opere tutelate dalla normativa sul diritto d'autore, "*i file contenenti testi scritti, rinvenibili nella rete telematica in veste elettronica, godono senza dubbio della medesima protezione e tutela delle opere letterarie tradizionali in cui sono sempre convertibili, attraverso la stampa su materiale cartaceo, trattandosi comunque di attività intellettuale dell'uomo, a prescindere dalla natura del supporto veicolare dell'espressione artistica e dal giudizio di valore sull'apporto artistico*".

In riferimento all'applicabilità della normativa sul diritto d'autore di cui alla legge 633/1941 anche nei confronti delle opere diffuse telematicamente, la giurisprudenza ha cercato di ripercorrere i principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali del passato sulla responsabilità del provider.

Il regime delineato conferma il rifiuto non solo di modelli di responsabilità oggettiva o per rischio di impresa, ma anche di modelli di responsabilità soggettiva aggravata. In effetti pare che la giurisprudenza sia orientata a tradurre la subordinazione della responsabilità del provider alla circostanza che questi sappia della illiceità dell'attività o dell'informazione o anche, semplicemente, della esistenza dell'attività o dell'informazione.

La regola accolta dalla giurisprudenza di merito è, dunque, quella in forza della quale il provider sarà responsabile dell'illecito posto in essere dall'utilizzatore allorché egli abbia "*piena consapevolezza del carattere antigiuridico dell'attività svolta da quest'ultimo*".

La responsabilità del provider si configura, quindi, alla stregua di una responsabilità soggettiva: caratterizzata dall'elemento soggettivo della colpa, allorché il fornitore del servizio, consapevole della presenza sul sito di materiale sospetto, si astenga dall'accertarne l'illiceità e, al tempo stesso, dal rimuoverlo. La responsabilità può, tuttavia, essere anche di tipo doloso, quando il provider sia

³¹ La responsabilità degli operatori internet : profili interni ed internazionali, Diritto dell'informazione dell'informatica, 2000

³² In particolare, per una utile ricostruzione della problematica si veda la sentenza 2286/2004¹ il Tribunale di Catania.

consapevole anche della antiggiuridicità della condotta dell'utente e, ancora una volta, ometta di intervenire.

Sono individuabili, in considerazione di tutto quanto appena detto, possibili forme di responsabilità dei providers conseguenti a violazioni del diritto d'autore sul web, come di seguito riassunte:

- a) E' possibile ravvisare una sostanziale irresponsabilità del provider che si limiti a fornire la connessione alla rete. In altri termini, l'access provider è equiparato al gestore di una rete telefonica il quale non può certamente essere tenuto responsabile per gli illeciti commessi dagli utenti della rete stessa;
- b) Può individuarsi una forma di responsabilità del provider che non si limiti a fornire la connettività, ma eroghi servizi aggiuntivi, dal caching all'hosting (content provider), nel qual caso la responsabilità è generalmente subordinata alla circostanza che il provider sappia che l'attività o l'informazione trasmessa o svolta suo tramite siano illecite; tanto, seppure con la espressa limitazione derivante dalla circostanza che non si possa imporre al prestatore di servizi un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni trasmesse e memorizzate né, tanto meno, un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite;
- c) la responsabilità dell'ISP è diversa e distinta da quella dell'editore o del direttore responsabile: all'ISP, infatti, non si applicano le più severe regole di responsabilità che in genere valgono per questi soggetti³³.

5) *La responsabilità dell'utente nella violazione al diritto d'autore*

Il diritto d'autore ha visto, con i molteplici interventi normativi degli ultimi anni, rafforzare la funzione del presidio sanzionatorio di tipo penalistico-repressivo e amministrativo-sanzionatorio³⁴.

Attraverso molteplici interventi normativi, mutuando orientamenti propri del dibattito in sede internazionale e comunitaria sul diritto d'autore, è stata in gran parte modificata la sezione II (Difese e sanzioni penali) della legge 633 del 1941, agli articoli 171 e ss.

In particolare, gli articoli 171 e 171 bis individuano condotte tipiche penalmente rilevanti che danno luogo a responsabilità di tipo penalistico ed amministrativo.

Tuttavia è bene sottolineare che il panorama offerto all'interprete, a seguito dei molteplici interventi normativi, è caratterizzato da una sostanziale mancanza di sistematicità e armonia. Ciò induce a fare una doverosa premessa sulla necessità di "ripensare" in modo unitario ad un impianto normativo più attuale che riformi la ormai desueta legge 633 del 1941 e tuteli il diritto d'autore in senso organico. L'accessibilità a nuove forme di tecnologia di immediata fruizione induce a considerare stringente il problema della pirateria industriale nella considerazione che il baricentro del sistema sanzionatorio di tutela del diritto d'autore è oggi più spostato sul supporto che incorpora l'opera che sull'autore dell'opera stessa.

Nella configurazione delle condotte incriminatrici il legislatore ha scelto di seguire un metodo di tipo casistico attraverso un'analitica descrizione del presidio sanzionatorio, definita anche alla luce delle nuove tecnologie di riproduzione delle opere dell'ingegno. Infatti, è soprattutto in relazione allo sviluppo ed alla diffusione delle nuove tecnologie capaci di assicurare la riproducibilità tecnica

³³ La responsabilità dell'editore e del direttore di una testata giornalistica è sancita all'art.57 del codice penale che, in ossequio al dettato costituzionale che riconduce la responsabilità al carattere della personalità, recita testualmente "Salva la responsabilità dell'autore della pubblicazione e fuori dei casi di concorso, il direttore o il vice-direttore responsabile, il quale omette di esercitare sul contenuto del periodico da lui diretto il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati, è punito, a titolo di colpa, se un reato è commesso, con la pena stabilita per tale reato, diminuita in misura non eccedente un terzo". Articolo così modificato dalla L. 4 marzo 1958, n. 127.

³⁴ Legge n. 248 del 2000 ha modificato gli articoli 171 bis e 171 ter, ha introdotto gli articoli 171 quinquies, sexties, seppie, ostie, nonies, 174 bis, 174 ter, 181 bis. Il d.l. 72/2004, convertito dalla legge 128/2004 (c.d. Legge Urbani) ha inserito una nuova fattispecie nell'articolo 171 ter ed ha sostituito il fine di lucro con il fine di trarne profitto. Il d.l. 7 del 2005, convertito dalla legge 43/2005 ha reintrodotta nell'art 171 ter il fine di lucro e in relazione ad esso una nuova forma di oblazione. Il d.lgs. 118 del 2006 di attuazione della direttiva 2001/84/CE ha sostituito l'articolo 172 depenalizzando le fattispecie colpose dell'articolo 171 e le violazioni del 180 e 183. Da ultimo il d.lgs 140 del 2006 ha dato attuazione alla direttiva 2004/48/CE (c.d. direttiva Enforcement) introducendo l'articolo 171 octies comma 1.

dell'opera che si è posto il problema di tutelare il diritto d'autore e di stabilire un presidio sanzionatorio efficace alla conseguente individuazione della responsabilità dell'utente.

In relazione a quanto appena affermato l'articolo 171 comma 1 lettera a bis prevede una responsabilità per "*chiunque mette a disposizione del pubblico, immettendola nel sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta o parte di essa*"³⁵. La fattispecie citata è stata introdotta con l'articolo 3 del d.l. n.7 del 2005 . Tale norma è simile alla lettera *a bis* dell'articolo 171 ter che è stata introdotta, seppur con alcune differenze, dal d.l. 72/2004³⁶. Quest'ultima disposizione, oltre a richiedere il fine di lucro, prevede la condotta tipica della *comunicazione al pubblico* attraverso l'immissione dell'opera in rete, mentre la norma in esame, ovvero la lettera a bis del comma 1 dell'articolo 171, prevede la *messa a disposizione del pubblico* attraverso l'immissione in rete.

All'indomani dell'entrata in vigore della norma, la dottrina³⁷ ha inteso considerare che il riferimento testuale al soggetto attivo della condotta ("*chiunque*") consente l'applicabilità della fattispecie prevista all'articolo 171 comma 1 lett. a bis sia all'utente finale del servizio di connettività (inteso come fornitore di contenuti - Content Provider) che all'utente consumatore, inteso come colui che esercita la propria attività indipendentemente da fini professionali e lavorativi³⁸. In relazione all'applicabilità della norma in esame all'utente consumatore, dottrina e giurisprudenza hanno voluto ricondurre l'art.171 *lett a bis* al cosiddetto fenomeno del *peer to peer* .

Attraverso un circuito peer-to-peer è, infatti, possibile favorire lo scambio di file, in violazione della normativa sul diritto d'autore, e, comunque, al di fuori degli ordinari e leciti circuiti commerciali dei beni oggetto di proprietà intellettuale. Per questo motivo è possibile individuare in capo all'autore di tali comportamenti una condotta penalmente rilevante, che giustifica l'adozione di misure preventive e di tipo inibitorio³⁹. In particolare, qualora la violazione sia commessa attraverso un sito web, la misura preventiva più idonea a tutelare l'autore dell'opera appare il sequestro del sito web. Inoltre è prevista dalla giurisprudenza l'applicazione agli Internet Service Provider di misure che inibiscano agli utenti l'accesso all'indirizzo web incriminato.

³⁵ Una prima applicazione della norma in parola si veda Tribunale di Milano, giudice del riesame, ordinanza 9.3.2006 relativa a partite di calcio concesse in esclusiva a Sky e trasmesse su internet da una società cinese. Il Tribunale ha escluso che possa configurarsi il reato previsto dall'articolo in esame perché le condotte punite sarebbero esclusivamente quelle di chi pone a disposizione del pubblico opere dell'ingegno protette immettendole in rete.

³⁶ *L'articolo 171 ter lett.a bis recita "a-bis) in violazione dell'art. 16, per trarne profitto, 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".*

³⁷ Si veda per la dottrina Marchetti -Ubertazzi, Commentario breve al diritto della concorrenza.

³⁸ Sulla nozione di consumatore si veda il D.lgs 205 del 2006 c.d. Codice del Consumo, che recependo le direttive comunitarie a tutela del consumatore e la normativa interna, offre un utile ausilio all'interprete al fine di riunire in modo sistematico ed organico la materia.

³⁹ In tema di file sharing si veda, Tribunale Roma, ordinanza 09.02.2007 e Tribunale Roma ordinanza 19 agosto 2006 www.thepiratebay.org;

2. GLI ASPETTI TECNICI DELLE VIOLAZIONI DEL DIRITTO D'AUTORE

2.1. Descrizione tecnica delle violazioni in rete

Le possibilità tecniche di violazioni del diritto d'autore tramite le reti di comunicazione elettronica e, in particolare, dalla rete Internet sono molteplici e risultano in costante e continua evoluzione. Tuttavia occorre precisare che gli strumenti più utilizzati per violare contenuti audio video protetti dal diritto d'autore - di seguito descritti - sono di per sé strumenti neutri, nel senso che possono essere indifferentemente utilizzati per veicolare e utilizzare contenuti leciti ed illeciti.

a) *Download*

Il termine si riferisce alla ricezione di un file che può contenere audio video. Consiste nel collegarsi ad un nodo di rete server che ospita file e produrne copia locale sul proprio Personal Computer. Tale approccio prevede che i contenuti siano memorizzati in modalità centralizzata.

b) *Peer-To-Peer (P2P)*

Il termine si riferisce a una rete paritaria in cui ogni nodo è contemporaneamente client e server. Benché tale tipologia di rete sia utilizzata anche in Microsoft Windows e Skype il termine viene prevalentemente, ed erroneamente, utilizzato per esprimere la condivisione di file illegali tra gli utenti. Tale approccio prevede che i contenuti siano memorizzati in modalità decentralizzata.

c) *Streaming*

Il termine si riferisce ad un flusso audio video trasmesso da un server di rete a vari client e riprodotto man mano che i dati arrivano a destinazione. E' possibile distinguere tra *streaming on demand*, in cui contenuti permanentemente memorizzati su di un server (es. *youtube*) vengono inviati su di un client quando questo ne faccia richiesta, e *streaming live* in cui il flusso audio video viene trasmesso solo in un preciso istante temporale indipendentemente dalla richiesta dell'utente. Tale seconda modalità è utilizzata, ad esempio, per veicolare in rete eventi sportivi in diretta. Tale approccio prevede che i contenuti non siano permanente memorizzati ma solo trasformati 'al volo' in un flusso audio video di rete partendo, ad esempio, dalla trasmissione tradizionale di un canale TV terrestre o satellitare..

d) *Link*

Stante la natura del *world wide web* basata su *hyperlink* occorre distinguere inoltre tra server che ospitano contenuti illegali e *web server* che si limitano a pubblicarne i relativi *link*. Ciò porta a moltiplicare a dismisura le possibilità di accesso a tali contenuti da parte degli utenti della rete rappresentando una sorta di terza dimensione in un'ipotetica mappa di possibilità tecniche del fenomeno pirateria. I *web server* che ospitano i *link* possono essere della natura più disparata compresi i più noti motori di ricerca e i siti di *social networking*.

e) *Rete e accesso condizionato TV satellitare*

Oggi molti dei sistemi in uso di accesso condizionato ai bouquet delle *pay TV* satellitari e del digitale terrestre risultino sufficientemente robusti e il fenomeno delle clonazioni delle *smart card* sembra oramai relegato agli anni passati. Esiste tuttavia un'eccezione: la c.d. *card sharing*. Tale modalità tecnica di violazione dei diritti consiste nel condividere un abbonamento legale legato ad una *smart card* regolarmente autorizzata con uno o più utenti non abbonati ma che siano connessi in rete con l'abbonato regolare. Affinché tale tecnica venga realizzata occorre utilizzare decoder satellitari programmabili e forniti di porta di rete LAN. Tale fenomeno risulta relativamente limitato

e contrastato dai fornitori di accesso condizionato tramite variazioni tecniche dei loro protocolli di sistema.

2.2. Misure tecniche e strumenti di contrasto della pirateria

Sul mercato esistono numerosi strumenti tecnici di contrasto alle violazioni del diritto d'autore. Essi trovano prevalentemente applicazione nelle organizzazioni private e pubbliche che le utilizzano per limitare l'accesso alla rete da parte dei propri dipendenti, mentre si sono rivelate poco adattabili all'utilizzo sul mercato residenziale della banda larga (anche perché facilmente aggirabili tecnicamente dagli utenti). Vi sono poi misure che vengono utilizzate dagli operatori TLC per la gestione della rete che, tuttavia, in alcuni casi, possono configurarsi come discriminatorie.

Nel seguito si fornisce una breve descrizione delle misure tecniche a disposizione degli operatori evidenziandone, tuttavia, i limiti di applicazione al singolo cliente residenziale.

a) *Port Blocking*

In base a questa tecnica è possibile bloccare traffico P2P intervenendo sulle porte IP di rete più comunemente utilizzate dai più diffusi applicativi P2P. Le organizzazioni aziendali e le PA utilizzano questa tecnica con successo per limitare l'uso della rete Internet agli utenti interni ai soli fini consentiti dalla *policy aziendale*. Viene principalmente realizzata tramite *firewall* perimetrali professionali e/o tramite *personal firewall*. L'utente medio fornito di abbonamento residenziale alla banda larga riuscirebbe a contrastare tale tecnica variando ad esempio la configurazione di connessione del client P2P relativamente alle porte di rete. L'applicazione di questa tecnica su larga scala contrasta inoltre con i principi della neutralità della rete.

b) *Content Filtering*

Il *content filtering* è la tecnica tramite la quale è possibile bloccare o consentire l'accesso a un contenuto, sulla base dell'analisi del contenuto stesso, della sua fonte o di altri criteri. Si tratta del metodo più usato per filtrare l'accesso ai contenuti web.

Per quanto riguarda i contenuti web, il *content filtering* è utilizzato comunemente da organizzazioni, pubbliche e private, per evitare che vengano visualizzati siti web inappropriati. Le regole di filtraggio vengono generalmente fissate dalla direzione IT dell'ente/azienda e l'implementazione avviene a livello di rete come un servizio aggiuntivo di *firewall* evoluti o in alcuni casi tramite software installato sui singoli computer. Il sistema analizza le richieste di navigazione e, basandosi su un database aggiornato periodicamente dei siti vietati e disponibile con un servizio in abbonamento, decide se impedire o meno l'accesso al sito richiesto. In questo modo è possibile escludere dalla navigazione i siti con contenuti impropri, illegali o potenzialmente pericolosi. A seconda della complessità del sistema utilizzato, è possibile inoltre differenziare i livelli di accesso ad Internet dei singoli utenti. Queste tecniche vengono comunemente utilizzate anche per il *filtering* della posta elettronica indesiderata (c.d. *spam*).

Il software per il *content filtering* può essere utilizzato anche sui computer di casa, al fine di limitare l'accesso dei minori a siti web inappropriati (*Parental Control software*).

Considerando la grande dinamicità del *web* e, in particolare, la nascita continua di nuovi siti, tale tecnica non è in grado di offrire precisione assoluta. Tale tecnica contrasta inoltre con i principi della *privacy* dell'utente e della neutralità della rete.

c) *Traffic Shaping*

Il *traffic shaping* è l'insieme di quelle operazioni di controllo sul traffico di una rete che servono a ottimizzare o a garantire le prestazioni di trasmissione, ridurre o controllare i tempi di latenza e sfruttare al meglio la banda disponibile tramite l'accodamento e il ritardo dei pacchetti che soddisfanno determinati criteri.

Formalmente è un metodo di gestione (e controllo) del traffico dati che viaggia in una rete, attuato dall'ISP nel caso di una fornitura ADSL (o di altri tipi di servizi) o dall'amministratore nel caso di una LAN. Come si evince dalla parola stessa, chi attua *traffic shaping* lo fa per plasmare (“*shape*”) il traffico che circola sulla propria rete secondo determinate regole.

Il *traffic shaping* è in particolare la metodologia praticata dall'ISP al fine di limitare o bloccare interamente la fruizione dei servizi *peer-to-peer*.

Si possono individuare due motivazioni che spingono l'ISP a tale pratica: (i) il provider non può soddisfare un ingente traffico avendo esso una banda limitata rispetto al numero complessivo di utenti; (ii) un determinato ISP può decidere di limitare o bloccare il *file sharing* perché questo può costituire un veicolo di scambio di dati.

Tale tecnica, oltre che contrastare con il principio della neutralità della rete può essere aggirata tramite tecniche di *protocol obfuscation*.

d) *Deep Packet Inspection*

La *Deep Packet Inspection* (DPI) è una forma di filtraggio dei pacchetti dati in transito su una rete a commutazione di pacchetto (come Internet) che esamina i contenuti dei pacchetti stessi (*payload*) alla ricerca di contenuti che non siano conformi a determinati criteri prestabiliti dall'operatore/ISP.

La ricerca può avvenire per identificare, ed eventualmente agire, su anomalie dei protocolli, intrusioni, propagazione di virus, per ottimizzare il traffico sulla rete o per raccogliere dati statistici sull'uso della stessa.

A differenza della *Packet Inspection*, gli apparati che implementano DPI non si limitano a controllare l'intestazione dei pacchetti (*header*), che contiene informazioni quali gli indirizzi IP mittente e destinatario e informazioni sul servizio/protocollo di rete utilizzato (numeri di "porta"), ma controllano anche i dati stessi contenuti nei pacchetti.

Questi controlli e queste azioni possono essere fatte sia sul singolo pacchetto che su un flusso di pacchetti simili.

Questa tecnologia viene infatti utilizzata da ISP e operatori di TLC per ottimizzare e prioritizzare il traffico sulla propria rete e da organizzazioni governative per fini di *intelligence*.

Tale tecnica può essere utilizzata in *firewall* aziendali evoluti per contrastare tentativi di instaurare traffico P2P offuscato dall'interno dell'organizzazione verso la rete Internet.

I limiti di questa tecnica risiedono nella violazione della privacy degli utenti, nella complessità tecnica e nei costi elevati e nel suo contrasto con i principi della neutralità della rete. Inoltre, una sua applicazione su vasta scala contrasterebbe con i principi stessi di libertà democratica.

e) *I sistemi Digital Rights Management*

Il termine DRM si riferisce sostanzialmente a un insieme di politiche, tecniche e strumenti che guidano il corretto uso dei contenuti digitali consentendo la gestione dei contenuti lungo tutta la catena del valore. Essi, in particolare, permettono: (i) la cifratura dei contenuti o parte di essi al fine di prevenirne l'accesso incontrollato; (ii) la gestione e la distribuzione delle chiavi di decrittazione; (iii) il controllo degli accessi (accesso condizionato) e della fruibilità del contenuto (ossia il controllo sul numero delle copie permesso o la prevenzione di copia); (iv) l'interfaccia con sistemi o meccanismi di fatturazione a seguito di transazioni monetarie; (v) l'identificazione e rintracciabilità dei contenuti digitali.

Tuttavia, i sistemi DRM presentano numerose criticità relative alla tutela della privacy⁴⁰, alla trasparenza, alla mancanza di interoperabilità, al rispetto di adeguati livelli tecnici di sicurezza e alla rispondenza al principio di neutralità tecnologica⁴¹.

⁴⁰ I DRM hanno la potenzialità di individuare, trasmettere e conservare ampie quantità di dati riguardanti l'utilizzo personale del contenuto.

⁴¹ Il Rapporto dell'Osservatorio europeo dell'Audiovisivo “Digital Rights Management Systems: Recent Developments in Europe”, F.J. Cabrera Blázquez, 2007 ha evidenziato diverse criticità derivanti dall'utilizzo dei DRM, tra cui: 1) Le possibili contraddizioni tra l'uso dei sistemi DRM e l'eccezione per la copia privata; 2) L'apparente sovrapposizione tra

f) *Le licenze Creative Commons*

Creative Commons (CC) nascono negli USA per consentire una differenziazione dei termini contrattuali per le licenze, così da stabilire condizioni di utilizzo più favorevoli all'accesso da parte degli utenti di Internet a contenuti digitali protetti. Per garantire maggior flessibilità al *copyright* sono previste quattro possibili attributi della licenza, variamente componibili e riconoscibili tramite una icona, che l'autore può liberamente attribuire alla propria opera⁴².

Dal punto di vista giuridico, la licenza autorizza a tempo indeterminato l'utente a riprodurre, distribuire, mostrare ed eseguire le opere. In base alla combinazione delle condizioni introdotte nella licenza dall'autore⁴³. Dal punto di vista tecnico, la licenza CC può essere ottenuta dal sito <http://www.creativecommons.it/>, compilando un semplice *form*. Dal punto di vista economico, la licenza presenta il duplice vantaggio di essere valida internazionalmente e gratuita. In questo senso, può essere un incentivo alle attività creative e all'innovazione dei modelli di business, nonché determinare l'effetto di favorire la circolazione delle opere di autori estranei ai circuiti commerciali tradizionali, o non interessati allo sfruttamento economico delle opere⁴⁴.

l'applicazione dei sistemi DRM e altre tassazioni per i diritti d'autore. 3) La mancanza di interoperabilità dei DRM; 4) il possibile ostacolo allo sviluppo del mercato dei contenuti digitali causato dal proliferare dei sistemi DRM proprietari e non interoperabili. 5) la possibile discriminazione sui prezzi a seconda del Paese in cui il servizio viene erogato da parte dei fornitori di contenuti *on demand*.

⁴² 1) *Attribuzione (BY)*: Bisogna sempre indicare l'autore dell'opera (attributo obbligatorio) in modo che sia possibile attribuirne la paternità come definito dall'art. 8 della legge sul diritto d'autore (l.d.a.); 2) *Non uso commerciale (NC)*: non sono consentiti usi commerciali dell'opera creativa come definito dal secondo comma dell'art. 12; 3) *Non opere derivate (ND)*: non sono consentite elaborazioni dell'opera creativa come definito dall'art. 20; 4) *Condividi allo stesso modo (SA)*: si può modificare l'opera ma l'opera modificata deve essere rilasciata secondo le stesse condizioni scelte dall'autore originale, come indicato nell'art.4.

⁴³ La versione italiana della licenza CC, all'articolo 2, prevede infatti "2. *La presente Licenza non intende in alcun modo ridurre, limitare o restringere alcun diritto di libera utilizzazione o l'operare della regola dell'esaurimento del diritto o altre limitazioni dei diritti esclusivi sull'Opera derivanti dalla legge sul diritto d'autore o da altre leggi applicabili*".

⁴⁴ In Italia sono state rilasciate più di 8 milioni di licenze CC (secondo paese in assoluto per numero di licenze), anche se per "liberalità" delle licenze, l'Italia occupa invece la quarantatreesima posizione (Giorgos Cheliotis, Warren Chik, Ankit Guglani and Giri Kumar Tayi, "Taking Stock of the Creative Commons Experiment - Monitoring the Use of Creative Commons Licenses and Evaluating Its Implications for the Future of Creative Commons and for Copyright Law", 35th Research Conference on Communication, Information and Internet Policy (TPRC), National Center for Technology & Law, George Mason University School of Law).

3. L'IMPATTO ECONOMICO DELLA PIRATERIA

3.1. L'impatto economico della pirateria audiovisiva in Italia

3.1.1. La complessità nella definizione e misurazione della pirateria

Per pirateria *online* s'intende quella derivante da *download* /*streaming* illegale di video e audio sul *web*. Per valutare le dimensioni del fenomeno, la letteratura ha spesso fatto riferimento al *file sharing* e al *peer-to-peer* (P2P) rispetto ai quali, tuttavia, è necessario sottolineare che i dati di traffico P2P comprendono sia quello legale che il traffico illegale e che i dati sul traffico degli utenti sono in possesso (pressoché unicamente) degli operatori fornitori dell'accesso ad Internet.

A livello di sistema, è opportuno sottolineare che il fenomeno della pirateria online è legato alla diffusione della banda larga che rappresenta, per i contenuti video, un discrimine importante. Il *download*, e quindi anche quello illegale, di *file* audio può infatti avvenire anche con banda limitata, mentre la fruizione di contenuti video via *web* necessita di banda più ampia. Questo significa che la pirateria *online* di contenuti video è un fenomeno emergente, probabilmente con prospettive limitate d'incremento, se teniamo conto di due tendenze: la diffusione dello *streaming* (come modalità di utilizzo preferenziale) e l'interattività sempre maggiore offerta da contenuti video *online* presuppongono entrambe un collegamento *server-client*, dunque meno "attaccabile" in termini di pirateria. In effetti, l'evoluzione della tecnologia sta influenzando i comportamenti degli utenti in rete; si sta passando da un concetto di rete come semplice "veicolo di contenuti" (che venivano poi conservati sui computer dei diversi utenti) a una visione della rete come "contenitore" di materiale audiovisivo. L'utente che dispone di un accesso a Internet costante ed affidabile, trova essenzialmente più pratico usufruire immediatamente dei contenuti in rete (la cosiddetta *experience-now*), piuttosto che scaricarli (*download*) sul proprio dispositivo, e poi fruirne (la cosiddetta *experience-later*). La maggiore praticità dello *streaming* è dovuta sia alle minori esigenze di spazio sul proprio dispositivo (si tenga conto che lo *streaming* dei siti è spesso ottimizzato anche per i terminali *handset*), sia alla maggiore efficienza di indicizzazione (ovvero è più facile reperire un contenuto tramite una ricerca su Internet, che cercando tra le varie cartelle di un computer).

E infatti il fenomeno P2P appare in diminuzione a livello mondiale, mentre le tecnologie di trasmissione diretta (*streaming*) stanno prendendo il sopravvento. Pertanto, al fine di contrastare la violazione del diritto d'autore attraverso il *file sharing*, la diffusione della banda larga in Italia potrebbe essere uno strumento efficace, avendo sia un impatto deterrente sul P2P che un effetto positivo sullo scambio di contenuti digitali autorizzati. Vi è inoltre da sottolineare come la creazione di una rete informatica capillare ed efficiente (la cosiddetta *next generation network*) possa favorire lo sviluppo del mercato legale dei contenuti digitali audiovisivi anche se si rileva tuttavia una scarsa propensione a pagare da parte degli utenti⁴⁵.

3.1.2. Gli studi dell'industria

Tra gli studi condotti dall'industria dei contenuti, l'IFPI (International Federation of the Phonographic Industry) afferma che il fatturato della musica digitale delle case discografiche a livello internazionale nel 2008 è cresciuto del 25% arrivando a 3,7 miliardi di dollari. Le piattaforme digitali rappresentano oggi il 20% del mercato, rispetto al 15 % del 2007. La continua crescita delle vendite digitali ha consentito di limitare i danni del declino del mercato della musica registrata. Il *download* dei singoli file è cresciuto del 24% nel 2008 arrivando a 1,4 miliardi di unità continuando a guidare il mercato *online*, mentre gli album digitali sono cresciuti anch'essi del 37%. Nonostante

⁴⁵ Commission staff working document - *Europe's Digital Competitiveness Report i2010* — Annual Information Society Report 2009 Benchmarking i2010: Trends and main achievements

questi risultati la Federazione afferma che la pirateria musicale *online* ammonta al 95% del totale del mercato musicale mondiale⁴⁶.

In Italia l'offerta digitale prosegue con dinamiche di crescita che si vanno sempre consolidando nell'area della distribuzione di contenuti musicali via Internet, anche se ancora non in grado di compensare il calo del mercato tradizionale. Quest'ultimo, infatti, diminuisce del 21% nel 2008 (il fatturato è passato da 156,2 milioni di euro nel 2007 a 197,6 nel 2008), mentre le vendite sul canale digitale (mobile e Internet) sono salite del 4%, passando da un fatturato di 15,2 milioni di euro a 15,7 milioni di euro. Sul digitale ha contribuito soprattutto la forte crescita dei *download* da Internet, aumentato del 37%, mentre la musica su telefonia mobile ha proseguito il *trend* discendente perdendo il 35% rispetto al 2007. Le stime della Federazione contro la Pirateria Musicale (FPM) hanno evidenziato come il 23% degli utilizzatori della rete scarica musica illegalmente con il P2P e, in media, i brani musicali scaricati illegalmente da Internet sarebbero circa 1300 per ogni pc dotato di software P2P, per un totale di mancato fatturato per il settore di 300 milioni di euro all'anno.

Allo stesso tempo, la Federazione Internazionale dell'Industria Fonografica (IFPI), sempre attenta al fenomeno del P2P illegale, ha indicato che il 2008 è stato il sesto anno consecutivo di crescita per il mercato legale della musica su Internet, con un +25% rispetto all'anno precedente⁴⁷. A tal proposito è emblematico il caso di iTunes, che in meno di 4 anni ha venduto online più di 5 miliardi di canzoni⁴⁸.

Relativamente all'industria cinematografica, secondo gli studi condotti dalla FAPAV, più dell'80% dei film è disponibile in rete su siti già dal secondo giorno di programmazione cinematografica. Dal punto vista del mercato illecito, l'Italia inciderebbe, in questo senso, per il 13% sul totale mondiale dei *download* (l'incidenza del nostro paese sul mercato legale è del 5%).

3.1.3. Le fonti "Istituzionali"

Nello scorso ottobre 2009 è stato presentato, negli USA, uno studio sul traffico Internet globale che ha analizzato due anni di statistiche del traffico rilevato su 110 grandi operatori via cavo, dorsali di transito internazionale, reti regionali e fornitori di contenuti. I risultati evidenziano cambiamenti significativi di utilizzo nell'utilizzo delle applicazioni Internet, con un globale declino del P2P (sceso dal 40% al 19% dell'intero traffico occupato negli anni 2007-2009) e un consistente aumento del traffico video in modalità *streaming*⁴⁹.

D'altronde anche Eurostat, nell'ambito della *Survey on ICT Usage by Households and by Individuals*, analizza i differenti usi del *web* tra cui il P2P. Nel 2008 si rileva che questa attività è particolarmente diffusa, in Europa, tra i giovani di età compresa tra i 16 e i 24 anni: circa il 35% ha usato P2P e *file sharing* per scambiare musica e film. Anche in questo caso, però, non vi è alcuna distinzione tra consumo legale e illegale dei contenuti.

L'ultimo rapporto OECD - *Information Technology Outlook 2008* - sottolinea come i segmenti video e audio abbiano conosciuto entrambi una crescita dei ricavi complessivi (online e offline) nel corso del 2007 più marcata per l'industria cinematografica, la quale ha visto un incremento dei ricavi del canale distributivo online superiore al 100%, mentre l'industria discografica *online* è cresciuta del 27% in un anno. D'altra parte il segmento audio *online* costituisce il 16% dell'intero fatturato (*online* e *offline*), mentre la distribuzione cinematografica *online* ha un peso trascurabile

⁴⁶ IFPI Digital music report 2009.

⁴⁷ Fonte: IFPI – Digital Music Report 2009.

⁴⁸ Fonte: Apple Press Release, <http://www.apple.com/pr/library/2008/06/19itunes.html>

⁴⁹ C. Labovitz, S. Iekel-Johnson, D. McPherson - *ATLAS Internet Observatory 2009 Annual Report* - Arbor Networks.

sul totale del segmento; quest'ultima industria, infatti, appare ancora legata ai canali distributivi tradizionali, ma presenta potenzialità di crescita sul web.

3.1.4. I risultati della letteratura

Esiste una letteratura internazionale piuttosto ampia sugli effetti cinematografica delle pratiche di download e di P2P; in generale, si osserva che la maggior parte delle ricerche rivolge un'attenzione particolare ai contenuti musicali, e ciò è dovuto principalmente alla circostanza, sopra ricordata, che il mercato musicale ha subito il fenomeno della pirateria *online* già prima della diffusione della banda larga e, dunque, esistono sull'argomento dati quantitativi e informazioni qualitative più consolidati.

Tutti gli studi analizzati considerano i fenomeni del *file sharing* e del *peer-to-peer* ed i loro effetti sulle vendite legali di contenuti musicali ed evidenziano che queste attività non provocano esclusivamente effetti negativi, nel senso che non sono necessariamente responsabili di una diminuzione delle vendite, ma possono determinare anche un aumento dell'acquisto legale di musica. Così, ad esempio, B. Andersen e M. Frenz (2007)⁵⁰ per il mercato canadese trovano una relazione positiva tra *file sharing* e vendite di CD audio, mentre F. Oberholder e K.Strumpf (2004)⁵¹, analizzando il *file sharing* tra gli utenti statunitensi, arrivano alla conclusione che il *download* ha un effetto pressoché pari a zero sull'andamento delle vendite. Tali stime sono, dunque, in controtendenza con chi sostiene, come l'industria musicale, che il *file sharing* sia il motivo principale del recente calo delle vendite di musica. Viene infatti affermato che il calo delle vendite in tale settore deriva da altri fattori quali una congiuntura economica sfavorevole, la crescita di altre forme concorrenziali (*videogame* e DVD), possibili boicottaggi alle case discografiche. Lo studio, inoltre, sostiene come attraverso la condivisione dei *file* musicali e attraverso la discussione nelle *chat room*, il consumatore possa venire a conoscenza di musica che altrimenti non avrebbe conosciuto e come questo possa promuovere le vendite a seconda che il consumatore abbia apprezzato o meno la musica ascoltata.

Nel 2009 un rapporto commissionato dal Governo olandese mostra che le implicazioni economiche del *file sharing* sono fortemente positive nel breve e lungo termine, in particolare il *file sharing* consente ai consumatori l'accesso a una vasta gamma di prodotti culturali aumentandone il benessere⁵².

Lawrence Lessig, professore di diritto ad Harvard e Stanford e considerato il più grande esperto mondiale di diritto di rete, individua poi le ipotesi socialmente vantaggiose di utilizzo della tecnologia di condivisione dei contenuti, al fine di "evitare che la società debba fare a meno dei vantaggi del *peer to peer* (anche di quelli completamente positivi e che non comportano problemi con i diritti degli autori) semplicemente per avere la certezza che non si verifichi alcuna violazione del *copyright* a causa del *peer to peer* stesso". In particolare, Lessig individua quattro tipologie di *peer to peer* : a) il *file sharing* in sostituzione dell'acquisto (con l'effetto di diminuire la musica acquistata); b) il *file sharing* per scegliere la musica prima di procedere all'acquisto (con l'effetto di incrementare la musica acquistata); c) il *file sharing* per accedere a materiali tutelati da *copyright* che sono fuori mercato (il danno economico è pari a zero perché il titolare dei diritti non vende più tali materiali); 4) il *file sharing* per accedere a materiali che non sono protetti da diritto

³¹ IFPI Digital music report 2009

⁵⁰ B. Andersen e M. Frenz "The Impact of Music Downloads and P2P File-Sharing on the Purchase of Music: A Study for Industry Canada" (2007)

⁵¹ F. Oberholder e K.Strumpf "The effect of file sharing on record sales. An empirical analysis" (2004)

⁵² TNO - Economic and cultural effects of file sharing on music, film and games- 2009

d'autore o che il proprietario vuole distribuire liberamente (danno economico pari a zero). Secondo tale classificazione, ne deriva che il danno economico netto per l'industria nel suo complesso equivale a quanto, tradotto in denaro, la condivisione di tipo a) supera quella di tipo b).

In generale, quindi, molto studiosi evidenziano che l'impatto complessivo della pirateria *online*, misurata attraverso i dati sul *file sharing* o sul *peer-to-peer*, è il risultato di una serie di effetti, riconducibili a tre grandi tipologie: effetti sull'industria, effetti sulla collettività e sul benessere del consumatore ed effetti di medio-lungo termine. Con riferimento ai primi, non tutti, come già detto, determinano una diminuzione dei ricavi del mercato legale; a questo riguardo la tabella seguente sintetizza i risultati principali ottenuti dalle analisi empiriche. Per ciò che riguarda il benessere della collettività, la pirateria può determinare un aumento del benessere del consumatore per effetto dell'aumento della varietà di contenuti disponibili e della pressione sulla diminuzione dei prezzi dei CD, DVD. In ultimo devono essere valutati anche gli effetti nel più lungo termine, in special modo le possibili ricadute positive in termini di concorrenza ed innovazione, anche se su questi ultimi due aspetti i risultati empirici non sono concordanti.

Tabella: Effetti del *file sharing*

POSITIVI	<ul style="list-style-type: none"> ➤ <i>Sampling effect</i>: il <i>file sharing</i> può creare domanda nel mercato legale (Shapiro e Varian 1999; Liebowitz 2006) ➤ Può contribuire ad aumentare la domanda ➤ Domanda complementare: può contribuire ad aumentare la disponibilità a pagare di prodotti correlati (ad es: concerti e cinema) ➤ <i>Network effect</i>: può contribuire al lancio di prodotti per i quali vi è un basso potere di acquisto ➤ Può avere effetti positivi sui comparti contigui (elettronica di consumo e operatori TLC)
NEUTRALI	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Il <i>file sharing</i> intercetta la domanda di individui che non hanno sufficiente propensione all'acquisto ➤ Il <i>file sharing</i> intercetta la domanda di prodotti non offerti dall'industria
NEGATIVI	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Il <i>file sharing</i> sostituisce l'acquisto legale ➤ Il <i>file sharing</i> ritarda l'acquisto ad un momento in cui il prezzo è più basso di quello di lancio ➤ L'effetto <i>sampling</i> può comportare uno spostamento delle vendite

4. BENCHMARKING E DIBATTITO INTERNAZIONALE

4.1. Un confronto tra le normative a tutela del diritto d'autore

Le discipline sostanziali ed i sistemi di regolamentazione nazionali in materia di diritto d'autore sono fortemente influenzati da normative internazionali e comunitarie che hanno definito un quadro comune di armonizzazione delle misure per contrastare il fenomeno della pirateria on line che, in quanto si avvale di Internet, assume dimensione globale e richiede necessariamente un certo grado di cooperazione tra gli Stati. A fronte del quadro internazionale comune, stabilito in ambito WIPO⁵³, la direttiva 2001/29/CE *sul diritto d'autore e i diritti connessi nella Società dell'Informazione* lascia ampi margini di discrezionalità ai legislatori nazionali circa l'adozione di sistemi normativi, amministrativi e giurisdizionali adeguati alla finalità di assicurare un'efficace tutela delle opere protette, in contemperamento con i diritti fondamentali in materia di riservatezza delle comunicazioni e accesso ad Internet. Pertanto, non deve sorprendere che le comparazioni condotte in ambito OCSE, mostrino che su questioni fondamentali, come l'incriminazione della pirateria *on line* nell'ambito di fattispecie di rilevanza penale, permangono profonde disparità tra gli Stati membri dell'UE, a fronte di interessanti analogie tra il sistema USA ed alcuni sistemi nazionali.⁵⁴ Peraltro, le condotte che risultano lecite in alcuni Stati UE, possono essere variamente qualificate come illeciti civili o penali in altri, rispetto ai quali sono apprestati diversi regimi di responsabilità e tutela giurisdizionale. In ambito OCSE, tutti gli ordinamenti statali prevedono rimedi di tipo civilistico per le violazioni del *copyright* e, in tale ambito, non sono previste differenziazioni per gli illeciti commessi attraverso l'utilizzo di reti di c.e. La varietà di sistemi sanzionatori rinvenibile nei diversi ordinamenti statali ha peraltro trovato un elemento di uniformazione nell'accordo TRIPS allegato al trattato istitutivo della WTO (1994), in base al quale le violazioni del copyright finalizzate alla commercializzazione di opere protette illecitamente acquisite devono essere perseguite attraverso adeguate misure repressive di diritto penale. L'accordo, tuttavia, non opera distinzioni tra le violazioni tradizionali della proprietà intellettuale e quelle poste in essere mediante l'utilizzo di Internet. Peraltro, secondo un Rapporto OCSE del 2007⁵⁵, è possibile riscontrare un generale inasprimento dei sistemi sanzionatori volti a colpire in particolare la pirateria on line, a fronte dei quali tuttavia permangono oggettive difficoltà di esecuzione dei rimedi previsti per contrastare il fenomeno attraverso garanzie di tutela effettiva, in funzione deterrente, oltre che repressiva.

4.2. Il ruolo degli ISP nelle legislazioni nazionali

Secondo la direttiva 2001/29/CE gli Stati membri devono assicurarsi che i titolari dei diritti possano chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un diritto d'autore o diritti connessi (art. 8, par. 3).⁵⁶ Per quanto riguarda le violazioni attraverso Internet, i servizi degli intermediari possono infatti essere sempre più utilizzati da terzi per attività illecite e, in molti casi, sono proprio gli intermediari i più idonei a porre fine a dette attività illecite. Pertanto, fatte salve le altre sanzioni e i mezzi di tutela a disposizione, i titolari dei diritti dovrebbero avere la possibilità di chiedere un provvedimento inibitorio contro un intermediario che consenta violazioni in rete da parte di un terzo contro opere o altri materiali protetti. Le condizioni e modalità relative a tale provvedimento ingiuntivo dovrebbero essere

⁵³ WIPO Copyright Treaty, Ginevra 1996, http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_wo033.html.

⁵⁴ Piracy of digital content, OECD, 2009, <http://browse.oecdbookshop.org/oecd/pdfs/browseit/9309061E.PDF>, p. 10.

⁵⁵ OECD, *The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy*, 2007 <http://www.oecd.org/dataoecd/11/38/38704571.pdf>.

⁵⁶ Direttiva 2001/29/CE art. 8 comma 3 "Gli Stati membri si assicurano che i titolari dei diritti possano chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un diritto d'autore o diritti connessi."

stabilite dal diritto nazionale degli Stati membri (considerando 59). Tuttavia, con riguardo alla responsabilità del prestatore intermediario (provider) per le attività di semplice trasporto (*mere conduit*), memorizzazione temporanea (*catching*) e *hosting* occorre ricordare che, come già evidenziato nel Capitolo 1, la direttiva sul commercio elettronico (direttiva 2000/31/CE, art. 12, 13, 14) esclude espressamente la responsabilità dei provider, seppur entro certi limiti, mentre rimane impregiudicata la facoltà degli Stati membri di adottare normative nazionali che attribuiscono all'autorità giudiziaria o amministrativa il potere di esigere, attraverso un provvedimento inibitorio, che il *provider* ponga fine ad una violazione o la impedisca, nonché di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime. Allo stesso tempo, tuttavia, è esclusa la possibilità di imporre ai *provider* obblighi generali di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano, o di ricerca attiva di fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. Un recente studio della Commissione europea ha evidenziato i problemi di coordinamento che l'attuazione della direttiva sul commercio elettronico pone in rapporto alle forme di tutela previste dalla direttiva 2001/31/CE, soprattutto per quanto riguarda il ruolo degli ISP.⁵⁷

In attesa di futuri sviluppi in ambito europeo, gli Stati membri hanno recepito l'articolo 8 della direttiva 2001/31/CE in maniera differenziata, adattandola agli specifici sistemi di responsabilità civile vigenti negli ordinamenti nazionali (cfr Tabella seguente).

Soltanto in Austria, Grecia e Lituania le legislazioni attuative della direttiva hanno previsto la possibilità di ottenere un provvedimento inibitorio nei confronti dell'ISP, come previsto dall'articolo 8 comma 3 della direttiva.⁵⁸ In questi ordinamenti è quindi attualmente possibile avvalersi di speciali mezzi di tutela nei confronti degli ISP per la riparazione del danno cagionato agli autori dalle violazioni del copyright realizzate mediante l'utilizzo dei loro servizi. In questa direzione si colloca, la recente riforma adottata in Francia. Le forme di riparazione previste possono consistere nel risarcimento o nell'imposizione di misure tecniche di blocco e sospensione dell'account, anche a titolo di provvedimento cautelare disposto dal giudice in attesa della definizione del giudizio nei confronti dell'autore materiale delle violazioni.

Negli altri Stati membri, la possibilità di far valere una responsabilità dell'ISP dipende dai principi generali in materia di imputazione della responsabilità per gli illeciti civili o penali, o dalle regole stabilite in attuazione della direttiva sul commercio elettronico, che prevede la possibilità di imporre a carico degli ISP l'obbligo di "*informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati*" (art. 15 co. 3).

Sulla base di tale disposizione, in Finlandia è stata adottata una peculiare procedura di notifica e registrazione delle violazioni del diritto d'autore a carico degli ISP. Analoghi obblighi di informazione e registrazione sono stati introdotti in Belgio,⁵⁹ dove il giudice nazionale ha chiarito che, nonostante sia esclusa la possibilità di imputare all'ISP una responsabilità diretta per le violazioni compiute dai propri utenti, il potere di imporre obblighi di notifica o misure inibitorie ai provider è giustificato dall'esigenza di garantire una tutela effettiva ai titolari dei diritti.⁶⁰ La

⁵⁷ Commissione, *Legal analysis of a Single Market for an Information Society - draft final report*, 2009

⁵⁸ Si v. il § 91 della legge austriaca sul copyright (...) e l'articolo 64 della Legge sul Copyright adottata in Grecia, cfr. InfoSoc Study, cit. p. 77

⁵⁹ L'articolo 87 della legge belga sul diritto d'autore prevede un procedimento di "*action en cessation*" che può essere attivato dai titolari dei diritti per chiedere al giudice civile di ordinare ai provider l'adozione delle misure necessarie a porre fine alla minaccia di violazioni del diritto d'autore.

⁶⁰ Court of First instance Brussels, *SABAM v SA Tiscali*, 24 June 2004. In questo caso, la SABAM aveva chiesto al giudice l'applicazione della direttiva sul diritto d'autore sul presupposto che, in base al considerando 59, fosse possibile configurare un obbligo di cooperazione in capo agli ISP. La SABAM chiedeva al giudice di ordinare a Tiscali di bandire l'accesso ai siti di P2P Grokster et KaZaA, utilizzati per l'acquisizione illegale di contenuti protetti, presentare una lista contenente le misure tecniche di protezione che l'ISP si impegnava ad adottare per impedire l'accesso a questi siti, pubblicare la lista e la notizia relativa alle misure di contrasto alla pirateria sul proprio sito web. Nell'ambito del

decisione ha destato interesse in quanto prospetta una soluzione tecnica di filtraggio quale misura di contrasto alla pirateria digitale. La decisione è stata peraltro impugnata in appello: la SA Scarlet ha infatti sostenuto che un'azione di filtraggio sistematico dei contenuti utilizzati nell'ambito dei servizi di accesso a Internet forniti dal provider viola il divieto di imposizione di obblighi generali di sorveglianza stabilito dalla direttiva sul commercio elettronico⁶¹.

In Olanda la possibilità di disporre un provvedimento inibitorio nei confronti dell'ISP è assicurata dalle regole generali che si applicano in materia di responsabilità penale. Nel Regno Unito, l'articolo 8 comma 3 della direttiva non è stato recepito, ma l'adozione di un provvedimento inibitorio di natura provvisoria è rimessa alla discrezionalità del giudice, sulla base dei principi generali che governano l'adozione di misure cautelari nel processo civile britannico.

Dall'esame della recente giurisprudenza in materia emergono due problematiche principali. La prima riguarda la configurabilità di una responsabilità diretta o indiretta dell'ISP. In Olanda, questa problematica è stata affrontata nel 2002, dove il giudice nazionale ha escluso che l'accessibilità dei siti di *file sharing* comportasse una responsabilità, seppur indiretta, del provider in quanto il software di navigazione, in quanto tale non costituisce uno strumento di facilitazione delle violazioni del copyright, dal momento che si presta primariamente e direttamente ad altri usi.⁶²

La seconda questione riguarda i rapporti tra la direttiva sul diritto d'autore e quelle che tutelano la privacy degli utenti e la riservatezza delle comunicazioni. A tale riguardo, va rilevata la sostanziale differenza esistente tra l'approccio europeo e quello statunitense, dove lo US Copyright Act (Sec. 512 (g) (1)) stabilisce espressamente l'obbligo degli ISP di fornire i dati relativi all'identità degli utenti ai titolari dei diritti che ne facciano richiesta, in presenza di determinate condizioni.⁶³ In Europa, invece, nel 2008 la Corte di Giustizia ha risolto la questione in maniera meno netta: la sentenza relativa al caso spagnolo (*Promusicae e Telefónica de España*) si limita infatti a non escludere la possibilità di imporre obblighi di comunicazione dei dati da parte degli ISP, richiedendo agli Stati Membri un contemperamento delle normative della tutela della privacy e della proprietà.

Nel panorama europeo merita rilievo una pronuncia del giudice irlandese che ha affermato la sussistenza di un obbligo di disvelamento dei dati personali a carico degli ISP, nelle ipotesi in cui vi sia una chiara evidenza della violazione del *copyright*.⁶⁴ Analoghi obblighi sono introdotti dalla recente riforma avviata nel Regno Unito in materia di lotta alla pirateria on line. Come si vede, pertanto, il riconoscimento di obblighi di disvelamento dei dati a carico degli ISP - seppur in presenza di precise condizioni e limiti fissati dalla legge a tutela della privacy - è un dato comune agli ordinamenti di *common law*, dove vige il principio secondo cui un soggetto, pur non essendo imputabile di responsabilità per gli illeciti compiuti dall'autore materiale dell'illecito, ha l'obbligo di cooperare con la vittima al fine di assicurarne la tutela effettiva.

Adottando una linea interpretativa simile, nel 2006 un tribunale olandese ha considerato l'ISP titolare di un obbligo di disvelamento dei dati personali laddove il contenuto dei siti ospitati risulti

giudizio sono state disposte consulenze tecniche per valutare l'effettiva possibilità di adottare sistemi di filtraggio selettivo per impedire il *file sharing* illegale. Avvalendosi di tale rimedio, l'associazione belga SABAM ha ottenuto, nel 2007, una sentenza del giudice di primo grado che ordinava al provider SA Scarlet (FAI) l'adozione di tutte le misure tecniche necessarie per interrompere i tentativi di violazione del diritto d'autore posti in essere dai propri utenti, impedendo qualsiasi forma di invio o ricezione - realizzata mediante le ordinarie modalità di funzionamento del P2P - di file elettronici musicali contenenti opere protette i cui diritti spettassero a SABAM.

⁶¹ http://www.droitbelge.be/news_detail.asp?id=197

⁶² <http://www.ulyes.net/fr/articles-1240/la-riposte-graduee-est-elle-une-solution-dans-d-autres-pays-l-exempl.html>.

⁶³ Hof Amsterdam, 28 March 2002 (*Kazaa vs. BUMA*) LJN: AE0805.

⁶⁴ Cfr. par. successivo sul caso USA.

⁶⁴ The High Court (Commercial), *EMI Records (Ireland) Limited, Sony BMG Music Entertainment (Irl) Limited, Universal Music Ireland Limited, Warner Music Ireland Limited v Eircom Limited and BT Communications Ireland Limited*, 8 July 2005.

chiaramente illecito in relazione a quanto disposto all'articolo 14 della direttiva sul commercio elettronico.⁶⁵

Nonostante le difficoltà riscontrabili ai fini dell'imputazione di responsabilità agli ISP, recenti studi sostengono che un'efficace strategia di tutela del diritto d'autore non può prescindere dall'istituzione di adeguate forme di cooperazione con tali soggetti, la cui posizione nel mercato determina comunque un effetto catalizzatore delle azioni civili a tutela del diritto d'autore. A differenza dei singoli autori delle violazioni, gli ISP sono infatti facilmente identificabili e dotati di una capacità finanziaria maggiormente attrattiva per i soggetti che intendano far valere il proprio diritto di risarcimento per i danni cagionati dalle violazioni del diritto d'autore⁶⁶.

⁶⁵ Hof Amsterdam, *Lycos v Pessers*, 2 February 2006. Il caso riguardava ipotesi di diffamazione.

⁶⁶ I. J. Lloyd, *Information technology law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 572.

Tabella comparativa sulla posizione degli ISP nelle legislazioni nazionali

Stato	Responsabilità	Obblighi	Autorità competente
Austria⁶⁷	Salve le ipotesi di responsabilità penale, la responsabilità dell'ISP per violazione della legislazione austriaca sul copyright sussiste nelle ipotesi di diffusione delle opere protette attraverso i servizi offerti dal provider, senza il consenso dell'autore. Ai fini dell'imputazione di responsabilità è richiesto un contributo attivo e consapevole del provider	Obbligo di informazione: l'ISP è obbligato a fornire ai titolari di diritti che ne facciano richiesta le informazioni (dati personali) relative a eventuali violazioni Obbligo di adottare i provvedimenti inibitori disposti dal giudice	Giudice
Belgio	L'esenzione dell'ISP da responsabilità per il fatto dei propri utenti non esclude la possibilità di chiedere al giudice un provvedimento inibitorio Possibilità di esperire l'action en cessation nei confronti dell'ISP	Obbligo di porre in essere misure di filtering , a carattere sanzionatorio, se disposto dal giudice	Giudice
Danimarca	I provider sono imputabili di responsabilità civile e penale. Ma per le attività di "Mere conduit", "caching" e "hosting" sono espressamente previste le esenzioni di cui agli artt. 12.14 della direttiva sul commercio elettronico, cui è data attuazione agli artt. 14-16 del Danish Ecommerce Act,	A febbraio 2008 l'ISP Tele2 ha ricevuto un ordine dal giudice di adottare misure di blocco del sito "Pirate Bay", che si limitava a indicizzare i Torrent files che violavano il copyright. Nell'estate dello stesso anno la sentenza è stata confermata in appello	Giudice
Francia⁶⁸	L'articolo L336-3 della Loi 669/09 prevede l'esenzione da responsabilità penale per l'ISP , il giudice può ordinare qualsiasi tipo di misura interdittiva all'ISP laddove richiesto dai titolari dei diritti in presenza di una grave minaccia di violazione del diritto d'autore. A seguito della legge HADOPI II è stata creata una apposita Autorità incaricata di applicare la normativa arrivando fino alla disconnessione dell'utente in caso di violazione reiterata.	Ai sensi dell'art. 5 HADOPI ha un potere generale di regolamentazione degli obblighi da imporre ai fini di assicurare l'efficace accertamento delle violazioni. Inoltre, l'art. 11 della Legge ha previsto:	Giudice HADOPI
Germania	La responsabilità dell'ISP è stata prevista da una legge del 1997 (TDG - Act on the Use of Information Services). Può essere fatta valere solo se si dimostra che l'ISP era a conoscenza di gravi violazioni da parte dell'utente e disponeva degli strumenti tecnici per poter ragionevolmente prevenire le violazioni attraverso il blocco del sito, ma non lo ha fatto.	Non sono previsti obblighi generali di controllo sui contenuti scambiati dagli utenti	Giudice

⁶⁷http://www.dbj.co.at/phps/start.php?noie=1&lang=en&content=publikationen_show.php&navi=publikationen&publikation_nr=44. La versione in inglese della legge austriaca è reperibile al sito:

http://www.wipo.int/clea/en/text_pdf.jsp?lang=EN&id=204

⁶⁸http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C3D1FA1C309F0A3449B7C309CD421F65.tpdjo11v_3?cidTexte=LEGITEXT000006069414&idSectionTA=LEGISCTA000020740348&dateTexte=20091201&categorieLien=id

Stato	Responsabilità	Obblighi	Autorità competente
Italia	Il D.Lgs 70/2003 non prevede in capo agli ISP alcuna forma di responsabilità per il fatto dell'utente, ma si limita a stabilire un generico dovere di cooperazione. Sulla base della direttiva sul commercio elettronico La responsabilità del prestatore viene definita <i>in negativo</i> , nel senso che questi non risponderà se non nelle ipotesi espressamente previste di attività di "mere conduit" in cui l'ISP attivamente a) dia origine alla trasmissione; b) selezioni il destinatario della trasmissione; c) selezioni o modifichi le informazioni trasmesse	Non sono previsti obblighi generali di sorveglianza Obbligo di fornire le informazioni utili all'individuazione dell'illecito	Giudice
Norvegia	La legislazione nazionale fa riferimento alle regole stabilite dalla direttiva sul commercio elettronico. Tuttavia, il Copyright Code sect 55 estende la responsabilità penale all'ISP che abbia concorso alla violazione e le applicazioni giurisprudenziali mostrano diversi casi in cui è stata accertata la cooperazione dell'ISP. Analoghe regole operano in relazione alla responsabilità civile, ove la dimostrazione del contributo dell'ISP al verificarsi di un danno da violazione del copyright è soggetta a condizioni (negligenza, causalità, perdita economica)	Obbligo di adottare uno standard medio di diligenza al fine di prevenire possibili violazioni del copyright	Giudice
Regno Unito	E' riconosciuta la responsabilità degli ISP secondo lo schema della <i>secondary liability</i>	Obbligo di adottare uno standard medio di diligenza al fine di prevenire possibili violazioni del copyright	Giudice
Spagna	La responsabilità dell'ISP è disciplinata dalla Ley 34/2002 con cui è stata recepita la direttiva sul commercio elettronico. In base a questa disciplina, la responsabilità dell'ISP sussiste soltanto se abbia diffuso al pubblico i materiali protetti senza l'autorizzazione degli autori attraverso i propri siti o portali. L'articolo 138 della legge sul copyright prevede specifiche forme di riparazione per i danni arrecati da violazioni del diritto d'autore attraverso internet. In particolare, un'azione di cessazione, in base alla quale l'ISP può essere condannato all'obbligo di rimozione dei materiali illeciti dal sito	Obbligo di conservazione dei dati sul traffico relativi alle comunicazioni elettroniche ⁶⁹	Giudice
USA	La giurisprudenza riconosce una <i>vicarious e contributory liability</i> dell'ISP (risarcimento del danno a seguito di imputazione di responsabilità civile). Le recenti modifiche legislative (OCILLA) di fatto esentano i provider da responsabilità per il fatto dell'utente	- Obbligo di introdurre una clausola risolutiva obbligatoria per la rescissione dei contratti con gli utenti responsabili di gravi illeciti - <i>Notice and takedown</i> procedure DMCA § 512: obbligo di ritirare i materiali protetti, previa notifica all'utente che è stata denunciata una violazione a suo carico	Giudice FCC

<i>Stato</i>	<i>Responsabilità</i>	<i>Obblighi</i>	<i>Autorità competente</i>
		- Obbligo di disvelamento dei dati personali degli utenti sospettati di violazioni, su richiesta dei titolari dei diritti, senza necessità di un previo intervento dell'autorità giudiziaria	

4.3. La tutela del diritto d'autore in Francia

Il regime di protezione del diritto d'autore in Francia era, prima della legge del 12 giugno 2009 (legge 669/09 sulla diffusione e protezione delle creazioni su Internet), basato sulla previsione dell'illiceità penale del delitto di contraffazione punito con una ammenda e fino a tre anni di detenzione, cui si aggiungeva il diritto al risarcimento danni da riconoscersi sul piano civile.⁷⁰

Invero gli articoli L. 335-2, L. 335-3, L.335-4 del Codice della Proprietà intellettuale prevedono il delitto di contraffazione e le sanzioni penali previste sono applicabili anche a coloro che effettuano il *download* di contenuti in violazione delle leggi relative al diritto d'autore.

Tuttavia, dette sanzioni ben si adattano alle contraffazioni effettuate su grande scala da un numero limitato di persone, mentre non sono efficaci per gli atti compiuti con regolarità da milioni di persone.

La necessità di prevedere un sistema di protezione e promozione dell'industria culturale in grado di prevenire e reprimere la pirateria digitale ha portato alla sottoscrizione degli Accordi del novembre 2007 tra organizzazioni rappresentative dell'industria dell'audiovisivo, del cinema e di Internet, da cui è emersa la necessità di favorire l'offerta legale di musica e film e di creare un sistema di lotta contro la pirateria proporzionato e basato sulla prevenzione, nell'intento di fare della pirateria un inutile rischio per gli utenti.

La legge approvata il 12 giugno 2009 (669- 2009) sulla "*Diffusione e Protezione della Creazione su Internet*" è incentrata sui due principali elementi: 1) l'incentivazione dell'offerta legale attraverso la messa a disposizione più rapida di film in DVD (ART. 17) e un regime giuridico volto a favorire gli investimenti indispensabili correlati a nuove e diversificate offerte commerciali *on line*; 2) la lotta contro la pirateria digitale.

In particolare l'art. 10 definisce le procedure e i poteri del *Tribunal de Grande Instance* (giudice ordinario) in materia di lotta contro la pirateria svolta da professionisti con tecnologie centralizzate (ad esempio attraverso i siti di *streaming* illegale) e l'art. 5 (che configura il meccanismo della risposta graduale da parte della pubblica autorità davanti alla rilevazione dell'infrazione) attribuisce ad un'autorità indipendente (*Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection de droit sur Internet*) il compito di prevenire la pirateria attuata dagli utenti attraverso lo scambio illegale *peer to peer*.

L'Autorità ha facoltà di inviare, prima via e mail ed in seguito con lettera, messaggi di avvertimento agli abbonati il cui accesso a Internet è stato utilizzato per scaricare illecitamente contenuti protetti dal diritto d'autore.

Al fine di assicurare che gli avvertimenti inviati dall'Autorità previsti dall'art. 5 avessero un effetto dissuasivo, il legislatore aveva previsto che la medesima Autorità potesse altresì disporre la sanzione consistente nella sospensione dell'accesso Internet.

⁷⁰ Le pene sono estensibili fino a 500.000 euro di ammenda e cinque anni di detenzione nelle ipotesi di reati commessi in forma collettiva e organizzata, cfr. *Code de la propriété intellectuelle*, Article L335-2 come mod. dalla Loi n°2007-1544 du 29 octobre 2007 - art. 41 JORF 30 octobre 2007
http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=4AC67ACD341F3AF2A9878000EF924122.tpdjo08v_1?cidTexte=LEGITEXT000006069414&idArticle=LEGIARTI000006279167&dateTexte=&categorieLien=cid

Tuttavia il Consiglio Costituzionale, con la decisione del 10 giugno 2009, ha stabilito che detti poteri sanzionatori, comportando “un restrizione del diritto alla libertà di espressione che include la libertà di accesso ad Internet”, non potevano essere attribuiti all’Autorità amministrativa. Soltanto l’autorità giudiziaria, secondo il Consiglio, può limitare il diritto di accesso ad Internet.

In seguito alla pronuncia del Consiglio Costituzionale, il Governo ha quindi predisposto il disegno di legge denominato “*Protection penal de la propriete litteraire et artistique sur Internet*” (Hadopi II) che, dichiarata conforme alle disposizioni costituzionali, è stata promulgata in data 28 ottobre 2009. Essa prevede, per le violazioni dei diritti di proprietà intellettuale perpetrati su Internet, la sanzione consistente della sospensione dell’accesso ad Internet.

Le disposizioni principali della legge c.d. Hadopi II sono:

- a) il conferimento delle prerogative della polizia giudiziaria ai membri dell’Autorità, che possono quindi rilevare le infrazioni e a raccogliere le osservazioni degli interessati;
- b) il ricorso ad un procedimento semplificato dinanzi al giudice unico il quale potrà emettere un’ordinanza penale;
- c) l’inserimento nel Codice della Proprietà intellettuale di un nuovo articolo (L335-7) che prevede, qualora le violazioni del diritto d’autore siano commesse per mezzo di Internet, la pena della sospensione dell’accesso al servizio per un anno, unitamente al divieto di sottoscrivere, nel medesimo periodo, un altro contratto di accesso a servizi della stessa natura fornito da altro operatore e all’obbligo di versare il corrispettivo per il servizio al fornitore dell’accesso;
- d) La sospensione potrà essere irrogata solo nel rispetto del principio di proporzionalità, tenuto conto delle circostanze dell’illecito e della personalità di colui che l’ha commesso.
- e) Quando la sanzione della sospensione diviene esecutiva viene portata a conoscenza dell’Autorità che provvede alla notifica della stessa al fornitore di accesso affinché provveda ad eseguirla. Nel caso di mancata ottemperanza da parte del fornitore di accesso è prevista la pena pecuniaria di euro 5.000 (art. 7)
- f) È prevista per i fornitori di accesso un’ammenda di euro 3.750 in caso di violazione dell’obbligo di garantire il rispetto del provvedimento giudiziario di sospensione dell’accesso nei confronti di un abbonato (art. 3).
- g) Le sanzioni per la violazione, da parte dell’abbonato destinatario della sanzione, del divieto di sottoscrivere un nuovo abbonamento nel periodo stabilito, sono analoghe a quelle previste dall’art. 434-41 del Codice Penale per le ipotesi di mancata ottemperanza a determinati ordini dell’Autorità giudiziaria (sospensione della patente, interdizione dall’utilizzo di assegni o carte di credito, ecc.).

4.4. La tutela del diritto d’autore in Gran Bretagna

a) il quadro normativo in vigore

Nel Regno Unito la tutela della proprietà intellettuale per le opere dell’ingegno letterarie, grafiche ed audiovisive è assicurata attraverso l’istituto del *copyright*, in virtù del quale ne è vietata l’utilizzazione economica senza il consenso dell’autore.⁷¹ Analogamente a quanto stabilisce il codice civile italiano, il fatto costitutivo del diritto è la creazione dell’opera, ma nel Regno Unito la disciplina del *copyright* non prevede obblighi di iscrizione presso pubblici registri ufficiali. L’efficacia del *copyright* è quindi automatica⁷², nel senso che non è subordinata ad alcun procedimento dichiarativo o regime di pubblicità-notizia, essendo sufficiente che la creazione di un’opera, ricompresa nell’ambito di applicazione dell’istituto, sia in qualche modo documentabile

⁷¹ Riproduzione, distribuzione, comunicazione al pubblico, prestito, noleggio, la rappresentazione in pubblico

⁷² Il principio risale allo Statute of Anne del 1710, in virtù del quale i diritti di copyright sorgono nel momento in cui l’opera viene alla luce

attraverso un supporto cartaceo, audiovisivo o in formato elettronico, compresa la registrazione su pagine *web*. A differenza dei sistemi continentali, la tutela dell'autore non sussiste in relazione all'idea creativa originale in sé, ma soltanto rispetto alla modalità con cui l'opera è stata fissata in una delle categorie di formati (testo scritto, audio, ecc.) contemplate dalla legge, indipendentemente dal consenso dell'autore, ed è presente in essa un minimo di attività umana creativa (*skill, labour or judgement*). Inoltre, il sistema del *copyright* differisce da quelli continentali fondati sul diritto d'autore, in quanto volto ad assicurare una tutela rafforzata al diritto di accesso alla conoscenza ed alle informazioni come beni primari ("*commons*").

Al fine di tener conto delle esigenze di tutela di altri valori fondamentali, sono previsti ambiti di esenzione dalla disciplina del *copyright* in relazione a: recensioni e critiche, riproduzioni per i non vedenti, riproduzioni per finalità non commerciali, di ricerca e studio, riproduzioni per finalità di conservazione delle opere, ed utilizzi per finalità di istruzione pubblica. Proprio per la rispondenza a interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, queste eccezioni sono definite "*fair dealing*" or "*fair use*" exemptions. Diversamente dalla maggior parte degli Stati membri UE e negli USA, il diritto UK non prevede eccezioni per la copia privata: di conseguenza, il sistema appare meno flessibile rispetto a quelli fondati sul diritto d'autore, in quanto non garantisce alcuna difesa in relazione alle pratiche di *file sharing*, sia per quanto riguarda la messa a disposizione del pubblico, sia per il download, che risultano automaticamente violazioni del *copyright*, per il solo fatto di aver generato una copia dell'opera nella memoria del computer. A questa situazione si è cercato di porre rimedio attraverso la riforma del 2003 che ha previsto un regime speciale per le utilizzazioni delle opere coperte da *copyright* attraverso Internet.

Nel Regno Unito non esiste un regime di imposizione fiscale paragonabile al "bollino o contrassegno" SIAE per la vendita di CD e altri supporti la riproduzione di opere tutelate. La legislazione, invece, stabilisce espressamente che la remunerazione degli autori per la concessione di diritti di utilizzazione delle opere deve avvenire attraverso contratti di licenza (Sec. 118 CDPA). Le controversie relative ai contratti di licenza sono devolute ad un giudice specializzato il "*Copyright Tribunal*". Le società per la gestione collettiva dei diritti sono tenute a notificare gli schemi di contratto al Ministro competente. Nei contratti-tipo per l'attribuzione dei diritti esclusivi sono frequenti le clausole di "*fair dealing*" che escludono il pagamento di un corrispettivo per gli utilizzi non commerciali delle opere.

In occasione del recepimento della direttiva europea sul diritto d'autore, il Governo britannico ha introdotto un sistema di sanzioni volto a contrastare specificamente la pirateria *on line* e le nuove forme di reato sorte in connessione allo sviluppo di Internet. La condotta censurata riguarda la comunicazione e messa a disposizione del pubblico attraverso la rete di contenuti digitali protetti da *copyright* senza il consenso dell'autore o di suoi rappresentanti. I presupposti per la punibilità della condotta sono la finalità di lucro o, in alternativa, la gravità delle violazioni, che deve essere tale da arrecare un pregiudizio tangibile al titolare del *copyright* e la sussistenza del dolo (intenzionalità della condotta).⁷³ In relazione alle attività di *file sharing*, la legislazione britannica qualifica come fattispecie criminose soltanto l'upload su larga scala di materiale protetto da *copyright*. L'ignoranza circa l'illiceità della condotta è considerata una esimente.

La Sec. 296ZB (4) del CDPA prevede una responsabilità penale per le violazioni del diritto d'autore che riguardino specificamente l'elusione di efficaci misure tecnologiche per la tutela del *copyright*, solo se queste siano state previamente ed espressamente autorizzate dall'autore o dai suoi rappresentanti. La sanzione prevista prevede la reclusione in carcere fino a tre mesi e una multa pari a un massimo stabilito con legge del Parlamento. Se l'accertamento riguarda una imputazione per condotta reiterata, la sanzione può estendersi fino a due anni di reclusione. Il giudice può autorizzare il mandato di perquisizione e il sequestro dei materiali a determinate condizioni. Non è

⁷³ Sec. 107 e 198 del CDPA come modificato nel 2003.

prevista invece una tutela penale per la violazione del divieto di alterazione delle informazioni elettroniche sul regime del diritto d'autore applicabile a una determinata opera (art. 7 Dir. CE). Le azioni che prima erano riservate ai soli titolari di licenze per il conferimento di diritti esclusivi oggi sono esperibili anche nel caso di licenze aperte, come quelle *Creative Commons*.

Come sopra rilevato, il CDPA alla Section 24.2 prevede espressamente una responsabilità di tipo "secondario", ovvero indiretta,⁷⁴ a carico dei soggetti che rendono materialmente possibile la violazione del *copyright* attraverso l'utilizzo di reti di c.e.

La condizione posta dalla Legge affinché sorga una siffatta responsabilità in capo all' ISP è necessario dimostrare, tuttavia, che questo fosse a conoscenza o "tenuto a conoscere" della violazione. L'onere della prova spetta al danneggiato e, pertanto, in assenza di presunzioni *ex lege* a carico dell'ISP il requisito relativo alla conoscenza effettiva, o dovuta, rende di difficile applicazione la norma sulla responsabilità del provider. In ogni caso, tenendo conto anche del regime di responsabilità previsto nel Defamation Act del 1996, si tende ad escludere una responsabilità dell'ISP per i contenuti creati da terzi, mentre questa sussiste quando l'operatore, secondo uno standard di media diligenza sia tenuto a svolgere attività di controllo e monitoraggio, in virtù di obblighi imposti dalle norme di settore.

Questa interpretazione è del resto conforme a quanto stabilito dalle direttive comunitarie applicabili alla materia esaminata.

Coerentemente con tali disposizioni, la Section 97A del CDPA, che ha recepito l'articolo 8 della direttiva 2001/29/CE, riconoscendo espressamente ai titolari del diritto d'autore la facoltà di chiedere al giudice un decreto di ingiunzione nei confronti degli ISP che siano effettivamente a conoscenza dei dati personali relativi a un titolare di account accusato di violazioni del *copyright* attraverso la Rete Internet.

b) il dibattito in corso

Il Governo inglese ha avviato un dibattito pubblico sulle possibili riforme da adottare al fine di contrastare le violazioni del diritto d'autore attraverso l'utilizzo della Rete. La sintesi del programma d'azione si risolve nello slogan: convenienza, accessibilità (di prezzo e tecnologica), sistema normativo fondato sul principio di equità (equa remunerazione per i titolari del diritto d'autore)⁷⁵. I documenti di riferimento della discussione in atto in UK sono: a) Gowers Review of Intellectual Property (2008); b) il programma Digital Britain. Tra le raccomandazioni più rilevanti della Gowers Review vi sono: 1) la semplificazione delle procedure di reclamo per gli utenti in relazione agli strumenti di DRM attraverso la fornitura di un'interfaccia web sul sito del Patent Office; 2) la promozione delle intese volontarie tra gli ISP e i titolari dei diritti per contrastare la pirateria on line e, solo nel caso di fallimento, la proposta che il Governo intervenga con misure legislative.

Il Programma Digital Britain prevede non soltanto misure punitive nei confronti degli utenti, ma anche iniziative volte a promuovere la formazione di efficienti mercati per l'accesso ai contenuti mediante *download* autorizzato delle opere protette. In questa prospettiva, un ruolo fondamentale è accordato alla conclusione di accordi commerciali tra singoli titolari dei diritti, gestori collettivi e operatori di reti e servizi a banda larga. Analogamente, il programma prevede di stimolare l'affermazione di modelli di business per l'erogazione di contenuti a pagamento mediante servizi affidabili e di qualità. Queste iniziative includono interventi di "persuasione" e informazione volti ad orientare alla legalità le scelte dei consumatori e delle famiglie. In questo senso, si prevede di lanciare campagne di informazione e comunicazione, con messaggi di facile comprensione, per

⁷⁴ BUGIOLACCHI L., *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'internet Provider. Una sintesi di diritto comparato.*, in Dir. Inf. 2000, pp. 829 e ss.

⁷⁵ I documenti di riferimento della discussione in atto in UK sono: a) Gowers Review of Intellectual Property (2008); b) il programma Digital Britain.

aiutare i consumatori ad orientarsi nell'intricata normativa sul copyright. Questo sistema di *soft law* dovrebbe essere corredato da sanzioni effettive nei confronti di quelli che persistono nelle violazioni del diritto d'autore.

L'efficienza di un simile programma dipende necessariamente dalla cooperazione del mondo delle imprese dell'industria culturale, cui spetta primariamente il compito di informare il pubblico e lanciare sul mercato offerte commerciali allettanti. L'approccio orientato al mercato rimane infatti un elemento irrinunciabile della strategia di governo. Il programma affida pertanto al Governo l'adozione di una legislazione in grado di sostenere l'affermazione dei modelli di business proposti e di contribuire a creare le condizioni di effettiva attuazione di politiche volte a incentivare i consumatori verso l'acquisto di contenuti legali.

c) *Il Ruolo di OFCOM*

Il Piano Digital Britain prevede la cooperazione di Ofcom con i ministeri competenti e le altre autorità di regolazione al fine di elaborare documenti di indirizzo e linee guida su come incorporare standard e misure tecniche di protezione all'interno degli schemi contrattuali o degli accordi di categoria, in modo da non alterare l'equilibrio con altri interessi eventualmente configgenti, come la tutela della riservatezza. Attualmente, è in corso una consultazione pubblica su una proposta di legge che affida ad Ofcom il compito di adottare misure volte a contrastare le violazioni del diritto d'autore attraverso l'utilizzo delle reti di c.e. In particolare, si prevedono:

a) Imposizione di obblighi regolatori agli ISP, volti a favorire un'efficace cooperazione con l'autorità giudiziaria nella repressione delle più gravi e ripetute violazioni. In particolare, si prevede l'adozione di normative volte ad imporre agli ISP l'obbligo di adottare opportuni schemi contrattuali che consentano di informare preventivamente gli utenti del rischio che eventuali violazioni del diritto d'autore potrebbero essere oggetto di notifica da parte dell'ISP e segnalazione ai titolari dei diritti. Ofcom dovrà inoltre adottare opportuni interventi regolatori nei confronti degli ISP al fine di garantire l'adozione di un efficiente sistema di notifica, fondato in particolare su due obblighi: 1) la "*notification obligation*": notificare ai titolari di account, previamente informati dell'attività di sorveglianza svolta dall'ISP, che il loro account risulta essere stato utilizzato per violazioni della proprietà intellettuale. La notifica avviene non in virtù di un'attività di monitoraggio, ma su richiesta dei gestori o titolari dei diritti d'autore che abbiano registrato una violazione del copyright sulla base delle misure individuate dal codice di autoregolamentazione⁷⁶; 2) la "*serious infringers obligation*": Conservare dati anonimi relativi ai titolari di account che abbiano ricevuto un numero elevato di notifiche, e metterle a disposizione degli autori per l'identificazione dell'indirizzo IP associato a ripetute violazioni del copyright. Il disvelamento dei dati personali è previsto soltanto nei procedimenti giudiziari, se ordinato dal giudice.

⁷⁶ Tale obbligo è previsto nel caso in cui abbiano ricevuto adeguate prove (la definizione degli standard di prova è prevista dal Protocollo di intesa tra BPI (British Recorded Music Industry) e gli ISP (*MOU between ISPs and rights holders*) sottoscritto nel Luglio 2008. In base a tale Protocollo di Intesa, è previsto un periodo di sperimentazione di tre mesi, in cui gli ISP sottoscrittori dovranno notificare a 1000 utenti alla settimana le violazioni segnalate dai titolari del diritto d'autore, sulla base della definizione di uno standard approssimativo di comportamento cui è possibile ricollegare una presunzione di utilizzo illecito di Internet per l'accesso ai contenuti digitali. I dati acquisiti saranno oggetto di analisi da parte degli ISP, di BPI e trasmessi ad Ofcom che potrà utilizzarli per individuare, di concerto con i sottoscrittori del Protocollo, il percorso per l'individuazione dei modelli di fruizione e dei livelli di gravità (definiti in rapporto al numero e dall'ampiezza dei contenuti illegalmente acquisiti) cui dovrebbe corrispondere la soglia minima di comportamento che può validamente formare la prova di una violazione del diritto d'autore. La notifica dell'ISP dovrà indicare: i dettagli della violazione contestata, suggerimenti e raccomandazioni su come aumentare il grado di protezione delle reti *wireless* eventualmente utilizzate; una dichiarazione attestante i riferimenti normativi su cui si fonda la notifica; suggerimenti sulle modalità più semplici per acquisire legalmente i contenuti digitali oggetto della violazione; le possibili misure e sanzioni previste in caso di reiterazione della condotta contestata. Cfr. <http://www.bpi.co.uk/our-work/protecting-uk-music/article/joint-memorandum-of-understanding-on-an-approach-to-reduce-unlawful-file-sharing.aspx>

Tuttavia, nel programma viene specificato che non vi è alcuna intenzione di chiedere agli ISP di operare un monitoraggio generalizzato sull'attività dei propri utenti. Piuttosto, essi dovranno raccogliere informazioni relative al numero di notifiche trasmesse a ciascun utente: in altre parole, ciò significa che ciascun ISP si limita mettere a disposizione degli autori il numero di violazioni ripetute, su base anonima. Limitatamente agli utenti che risultino “grandi consumatori” di contenuti illegalmente acquisiti, e ove richiesto dagli autori o loro rappresentanti, gli ISP potranno allertare i titolari dei diritti e fornire un identificativo dell'account di riferimento, ancora su base anonima. Questa segnalazione dovrebbe essere utilizzata come presupposto per un'azione volta a richiedere il disvelamento dei dati personali riferibili all'account cui si contestano gravi e ripetute violazioni del diritto d'autore. Solo in base a un ordine del giudice gli ISP potranno quindi essere tenuti a svelare l'identità degli utenti sospettati di violazioni del diritto d'autore.

L'efficace attuazione di tali obblighi presuppone l'adozione di un codice di autoregolamentazione (*code of practice*) predisposto da un organismo rappresentativo dell'intera filiera, che sia espressione del mercato: in altri termini, è espressamente esclusa l'istituzione di un'autorità amministrativa *ad hoc*, come Hadopi.⁷⁷

Il codice di condotta dovrebbe contenere indicazioni pratiche sulle possibili misure da adottare, comprese le procedure di richiamo, i mezzi di ricorso, i requisiti tecnici per la prova dell'avvenuta violazione e le disposizioni per la condivisione dei costi tra gli attori della filiera. In altri termini, si prospetta un processo di autoregolamentazione del mercato coordinato da un organismo dotato di un certo grado di indipendenza, cui aderiscano volontariamente i titolari di opere multimediali e gli operatori economici della filiera.

In tale contesto, il ruolo affidato ad Ofcom è quello di fornire una “rete di protezione” (backstop power) qualora il mercato non sia in grado di dotarsi autonomamente di efficaci sistemi di coordinamento e regolazione delle attività potenzialmente lesive della proprietà intellettuale. In particolare, si prefigurano in capo ad Ofcom poteri di approvazione del codice di condotta, nel caso in cui questo sia effettivamente predisposto dagli attori economici, ma anche più penetranti poteri di sostituzione alle forze del mercato laddove queste si dimostrino incapaci di istituire un organismo di autoregolazione preposto alle funzioni di coordinamento e regolazione previste dal programma Digital Britain. I poteri attribuiti ad Ofcom nella proposta di legge sono quindi intesi a supportare i sistemi di autoregolamentazione e le politiche di informazione degli utenti, garantendo la possibilità di imporre obblighi ulteriori nei confronti degli ISP e regole generali in grado di delineare un efficiente quadro normativo di riferimento per gli accordi commerciali tra gli operatori della filiera e i contratti con gli utenti.

⁷⁷ L'Interim Report del programma Digital Britain faceva riferimento a tale proposito a un “*industry body*” o, più recentemente, nell'ambito della consultazione pubblica tale organismo è definito come “*rights authority*”. Nel documento del Governo *Copyright in a digital world – what role for a Digital Rights Agency?* a cura dell'Intellectual Property Office (<http://www.ipo.gov.uk/digitalbritain.pdf>) viene prospettata l'istituzione di una “*rights agency*” con il compito di facilitare l'azione del governo nella promozione di nuovi modelli di business per la gestione del *copyright* in Internet, indicando le pratiche commerciali più corrette senza tuttavia sostituirsi al mercato nella scelta delle modalità di offerta dei contenuti digitali. Nella proposta viene espressamente chiarito che l'agenzia deve essere espressione delle forze del mercato, e fungere da organismo di autoregolamentazione: è esclusa cioè la possibilità che si tratti di un'autorità amministrativa. Nel delineare il possibile ruolo di una simile agenzia il documento chiarisce che l'approccio di fondo non è di tipo esecutivo-sanzionatorio, quanto piuttosto propulsivo, volto cioè a creare le condizioni di base perché il mercato dei contenuti su Internet possa svilupparsi in maniera compatibile con le esigenze di tutela della proprietà intellettuale. Ciò comporta: a) l'esercizio di un'attività di informazione del pubblico sui danni che le violazioni della proprietà intellettuale attraverso Internet possono arrecare; b) attività di concertazione e facilitazione delle trattative commerciali e del dibattito sugli standard di tutela da adottare, tenendo conto delle implicazioni sulla concorrenza; c) adozione di un sistema di risoluzione delle controversie rapido ed economico in grado di garantire adeguati livelli di tutela dei consumatori; d) un forum per il dialogo tra gli operatori; e) individuazione dei rimedi giuridici da adottare nella legislazione relativa all'utilizzo illegale del P2P e agevolazione di dibattito informato sulle modalità di repressione delle violazioni reiterate, quali la sperimentazione di misure tecniche di protezione; f) predisposizione di codici di condotta e applicazione di misure preventive e sanzionatorie di contrasto al fenomeno delle violazioni del diritto d'autore *on line*.

In questa prospettiva, l'imposizione di provvedimenti inibitori agli ISP è concepita come *extrema ratio* nella lotta alla pirateria digitale. In particolare, il programma prevede un approccio di regolazione gradualistica: solo nel caso in cui gli obblighi di notifica e i codici di condotta, in combinazione con le campagne di informazione, si rivelassero inefficaci a ridurre il fenomeno di *file-sharing* illegale, Ofcom sarebbe autorizzata ad intervenire con obblighi regolamentari volti a imporre l'adozione di misure di protezione tecnica nei contratti degli ISP. Per fare questo Ofcom sarà tenuta ad individuare il livello iniziale di violazioni (per es. percentuale di utenti che accedono illegalmente a contenuti digitali mediante sistemi di *file-sharing*) come *baseline* di riferimento nella fase di adozione degli obblighi di notifica e dei codici di autoregolamentazione, così da verificarne i risultati dopo 6 mesi e dopo un anno, anche in rapporto alle azioni giudiziarie intraprese dai titolari dei diritti.

Il meccanismo di avvio del sistema gradualistico così concepito è stato sottoposto a consultazione pubblica dal governo britannico⁷⁸, con alcune modifiche in relazione al potere di Ofcom di imporre misure tecniche di protezione. In particolare, oltre a quelle già elencate nel Final report di Digital Britain, si prevede quale *extrema ratio* la sospensione dell'account (la sospensione del servizio di accesso ad Internet)⁷⁹.

d) Recenti sviluppi nel Digital Economy Bill

All'esito della consultazione pubblica sul programma *Digital Britain*, il governo britannico ha presentato al Parlamento un disegno di legge (*Digital Economy Bill*) attualmente in corso di approvazione.⁸⁰ Nella versione disponibile, è prevista una disciplina dettagliata circa il sistema di notifica che Ofcom sarà chiamata a imporre agli ISP. In generale, si specifica che tale sistema presuppone la segnalazione da parte dei titolari dei diritti, che potranno richiedere agli ISP di notificare violazioni agli utenti previa allegazione di un "*copyright infringement report*". E' inoltre previsto un sistema di risoluzione alternativa delle controversie affidato in ultima istanza ad Ofcom, che potrà altresì applicare sanzioni agli ISP.

In relazione alla procedura prevista per le notifiche degli ISP, l'approccio UK si presta ad alcune considerazioni critiche per la parte relativa alle modalità con cui i titolari dei diritti possono venire a conoscenza delle specifiche violazioni, identificando l'indirizzo IP degli utenti sospettati. Tale modalità, infatti, presenta il rischio di utilizzi impropri da parte dei titolari dei diritti, che potrebbero volontariamente indurre gli utenti a commettere violazioni, partecipando a una rete P2P al solo fine di registrare gli indirizzi IP da utilizzare per l'acquisizione di prove "*create ad hoc*". In tal modo, non si può scongiurare, peraltro, l'eventualità che i titolari dei diritti tentino di incrementare illegittimamente il numero degli elementi di prova acquisiti, utilizzando anche indirizzi IP non imputabili delle violazioni sospette. Ciò consentirebbe anche di ridurre i costi relativi alle indagini. La previsione del *code of practice* nel disegno di legge ha pertanto proprio la funzione di ridurre tali rischi, regolamentando nel dettaglio le modalità di acquisizione degli elementi probatori ed

⁷⁸ <http://www.berr.gov.uk/files/file52658.pdf> / <http://www.berr.gov.uk/files/file51703.pdf>

⁷⁹ Il potere di imposizione delle misure tecniche di protezione attribuito ad Ofcom sarà tuttavia esercitato di concerto con il Segretario di Stato competente, che svolgerà una funzione di indirizzo in due distinte fasi. Nella prima, saranno fornite indicazioni nel corso delle attività propedeutiche all'adozione del meccanismo di introduzione delle MTP, che comprendono: a) una valutazione preventiva dell'efficacia in rapporto alle diverse reti; b) l'adozione del codice di autoregolamentazione, rispetto al quale le MTP si configurano come strumento addizionale; c) una consultazione pubblica sugli esiti di queste attività. In secondo luogo, le MTP individuate nella prima fase saranno oggetto di approvazione e adozione da parte del Ministero competente in un atto normativo recante indirizzi circa l'imposizione e l'applicazione delle misure sanzionatorie da parte di Ofcom. L'approvazione è subordinata ad una valutazione circa l'efficacia delle MTP prospettata da Ofcom, che il Governo potrà tuttavia mettere in discussione tenendo conto dell'apporto informativo di altri soggetti interessati intervenuti nella consultazione pubblica.

⁸⁰ Il *Digital Economy Bill* è stato approvato in seconda lettura il 2 dicembre '09. Il testo è reperibile al seguente indirizzo: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200910/ldbills/001/10001.6-12.html#j154>.

attribuendo agli ISP un potere di verifica della regolarità della segnalazione, sulla base di precisi parametri tecnici.

4.5. La tutela del diritto d'autore in Spagna

a) *Il quadro normativo in vigore*

Le direttive comunitarie sul diritto d'autore hanno trovato piena attuazione nel diritto spagnolo soltanto nel 2006, con la *Ley 23/2006* che ha modificato la legge spagnola sulla proprietà intellettuale del 1996.⁸¹ Il recepimento della direttiva 2001/29/CE si era infatti rivelato particolarmente difficile, in quanto si inseriva in un più ampio processo di riforma del sistema di gestione collettiva dei diritti di proprietà intellettuale.

Come nell'ordinamento italiano, la tutela del diritto d'autore è incentrata sul riconoscimento di diritti esclusivi in capo agli autori sotto il profilo patrimoniale e morale. Il trasferimento dei diritti ad altri soggetti della filiera è disciplinato nella Parte II della legge, che include la disciplina di diritti affini a quelli riconosciuti agli autori, per gli esecutori, i produttori di opere audiovisive e i *broadcaster*.

La disciplina dei diritti di riproduzione ricalca quella prevista all'articolo 2 della direttiva 2001/21/CE, ma utilizza una nozione ampia di copia, riferita a qualsiasi modalità di "fissazione" del contenuto di un'opera su qualsiasi supporto o mezzo che ne consenta la riproduzione o comunicazione al pubblico, anche solo parziale, temporanea o indiretta. L'ambito di applicazione del diritto esclusivo di vietare o autorizzare la comunicazione al pubblico comprende qualsiasi forma di utilizzazione *on line* di materiali protetti. L'attuazione dell'articolo 3 della direttiva 2001/29/CE è stata oggetto di un ampio dibattito in Spagna, che ha visto gli autori ed esecutori delle opere musicali schierarsi a favore dell'introduzione di adeguate forme di remunerazione per la messa a disposizione e la comunicazione delle opere attraverso Internet.

Pertanto, l'articolo 90 della legge spagnola sulla proprietà intellettuale è stato modificato introducendo una disposizione che ha espressamente previsto il diritto degli autori di opere audiovisive di riscuotere direttamente, qualora ne facciano richiesta, la remunerazione pattuita nei contratti di licenza con i gestori collettivi intitolati della riscossione delle *royalties*. Parimenti, è prevista una specifica azione per la riscossione dell'equo compenso che può essere esperita dagli artisti esecutori delle opere, ai sensi dell'articolo 108, e che forma oggetto di un diritto non derogabile attraverso i contratti di licenza. A tale compenso sono tenuti i soggetti che sfruttano le opere per finalità commerciali, in virtù di un'obbligazione legale sancita nei confronti dei produttori (per es. l'industria del cinema e dello spettacolo) dalla messa a disposizione delle opere al pubblico attraverso reti di comunicazione elettronica.

Il diritto spagnolo, quindi, già ha introdotto in certa misura i sistemi di equo compenso in alternativa alla tradizionale modalità di retribuzione degli autori fondata sul sistema delle licenze per il trasferimento di diritti esclusivi. La disciplina del diritto di distribuzione coincide perfettamente con quella dettata all'articolo 4 della direttiva 2001/29/CE.

Per quanto riguarda la disciplina delle eccezioni e limitazioni, va rilevato che la copia privata prevede un sistema di remunerazione mediante tassazione analogo al bollino SIAE. Per le riproduzioni su supporto digitale, per finalità di copia privata, la legislazione spagnola ha altresì previsto la sottoscrizione di accordi tra gli attori della filiera, volti ad individuare i livelli di

⁸¹ LEY 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. (<http://www.boe.es/boe/dias/2006/07/08/pdfs/A25561-25572.pdf>) Il quadro completo della legislazione spagnola in materia di diritto d'autore è reperibile al seguente indirizzo: http://www.cedro.org/normativa_nacional.asp

imposizione, salvo l'esercizio di poteri sostitutivi da parte del Ministero competente, in caso di mancato accordo. Gli incrementi di prezzo dei prodotti soggetti a questo sistema di imposizione dovranno tener conto della introduzione di DRM e di altre variabili espressamente previste dalla legge. L'elusione delle misure tecniche di protezione è peraltro penalmente perseguita all'articolo 240 del codice ma, al contempo, l'articolo 162 della legge sui diritti di proprietà intellettuale impone ai produttori precisi obblighi di informazione a tutela dei consumatori.

Inoltre, gli articoli 270, 271 b) e 272 del codice penale spagnolo, che tutelano i diritti di proprietà intellettuale, sanzionano con la reclusione da sei mesi fino a due anni chiunque, con finalità di lucro e pregiudizio dei terzi, riproduca o comunque utilizzi opere protette senza l'autorizzazione degli autori. In presenza di aggravanti, le sanzioni possono estendersi fino a quattro anni di reclusione e inabilitazione all'esercizio di attività professionale fino a cinque anni.

b) il ruolo degli ISP

In applicazione della direttiva 2004/48/CE sulle sanzioni, l'articolo 138 della legge spagnola che tutela la proprietà intellettuale è stata modificata così da prevedere, in aggiunta alle regole generali sulla responsabilità civile e penale applicabili alle violazioni del diritto d'autore, un rimedio specifico consistente nell'azione volta ad ottenere dal giudice un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari, compresi gli *on line provider*. Inoltre, coerentemente con quanto previsto all'articolo 8 della direttiva 2001/29/CE è possibile ottenere il sequestro dei materiali oggetto della violazione. In tema di responsabilità civile per i danni causati agli autori, la legge sulla proprietà intellettuale espressamente richiama la Ley 34/2002 ("LSSI"), che recepisce la direttiva europea sul commercio elettronico. Pertanto, in tema di responsabilità degli ISP si applicano le regole stabilite dalla direttiva sul commercio elettronico (art. 12-14), in virtù delle quali la responsabilità sussiste soltanto laddove siano direttamente imputabili al provider condotte attive, espressamente vietate, come la pubblicazione non autorizzata di materiali protetti sul proprio sito, mentre è esclusa la responsabilità per le attività di mero trasporto dei contenuti protetti. Tuttavia, nelle ipotesi in cui la responsabilità sia imputabile ai sensi della direttiva, la legge spagnola fa salva l'applicazione delle norme generali previste a tutela del diritto d'autore dalla normativa nazionale.

A fronte di questo quadro normativo, nel 2008, il giudice spagnolo ha escluso che l'indicizzazione di link da cui acquisire materiali protetti operata dal provider Sharemula.com potesse costituire una violazione del diritto d'autore.⁸² Salvo specifiche pronunce, peraltro, il quadro normativo spagnolo lascia ampi margini di incertezza sull'effettiva imputabilità di responsabilità in capo agli ISP.⁸³

E' interessante osservare che, oltre alla previsione di norme per la responsabilità, l'articolo 12 stabilisce a carico degli ISP un obbligo di conservazione dei dati di connessione e di traffico generati dalle comunicazioni effettuate durante la prestazione di un servizio della società dell'informazione, per un periodo massimo di dodici mesi, al fine del loro utilizzo nell'ambito di un'indagine penale o per la tutela della pubblica sicurezza e della difesa nazionale. I dati raccolti possono essere messi a disposizione dell'autorità giudiziaria che li richieda, nel rispetto delle norme che tutelano la riservatezza nel trattamento dei dati personali.⁸⁴

⁸² <http://www.edri.org/edriagram/number6.18/link-torrents-not-infringement>

⁸³ R. JULIA-BARCELO, "Liability for On-line Intermediaries: A European Perspective", *E.I.P.R.*, 1998, Vol. 20, nr. 12, p. 1-10

⁸⁴ Ley 34/2002 *de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, Ley 34 /2002, l art. 12: "Obbligo di conservazione dei dati sul traffico relativi alle comunicazioni elettroniche":

"1. Gli operatori di rete e di servizi di comunicazione elettronica, i fornitori di accesso a reti di telecomunicazione e i fornitori di servizi di archiviazione di dati dovranno conservare i dati di connessione e di traffico generati dalle comunicazioni effettuate durante la prestazione di un servizio della società dell'informazione per un periodo massimo di dodici mesi, alle condizioni stabilite dal presente articolo e dalla sua normativa di attuazione.

2.(...) Gli operatori di rete e di servizi di comunicazione elettronica ed i fornitori di servizi cui si riferisce questo articolo non potranno utilizzare i dati conservati per fini diversi da quelli indicati nel seguente paragrafo o da quelli

c) *il dibattito in corso*

Nell'ambito di un più ampio programma di sviluppo della banda larga, negli ultimi mesi il governo spagnolo ha annunciato una riforma che contempla alcune significative innovazioni in materia di lotta alla pirateria *on line* (oltre ad aver incluso negli obblighi di servizio universale la connessione a banda larga con velocità pari ad almeno 1Mbps).⁸⁵ L'idea di fondo che ha ispirato la proposta del governo è quella di incentivare l'adozione di strumenti idonei a coniugare la tutela degli autori con lo sviluppo di nuovi mercati, assicurando "maggiori possibilità di scelta in condizioni migliori" per l'accesso e la circolazione dei contenuti *on line* nel rispetto del diritto d'autore. Come in Gran Bretagna, anche in Spagna, si promuove in primo luogo un accordo tra gli attori della filiera, dove attualmente si contrappongono le posizioni della produzione audiovisiva, e dei gestori collettivi, e quelle dell'associazione Redtel, che rappresenta gli operatori di telecomunicazioni. Quest'ultima, già in passato aveva proposto la creazione di una "piattaforma tecnologicamente neutrale, per contenuto giuridico, che consenta di tenere conto dei diritti degli autori", quale sistema di distribuzione legalizzato ed approvato dai *provider*. Nel frattempo, l'etichetta Promusicae ha avviato i lavori del nuovo portale elportaldemusica.es, aggregatore per l'ascolto e l'acquisto lecito di musica spagnola, destinato ad operare come una vetrina in grado di reindirizzare verso servizi di distribuzione legale quali YouTube, Spotify, iTunes, Yes.fm, Vodafone Music, Nokia Music Store, Movistar, Orange o Rockola.fm. A partire dal 3 dicembre 2009, nell'ambito del processo di riforma avviato dal Governo spagnolo, è stato aperto un tavolo istituzionale con gli operatori che ha individuato, quali temi di discussione, le proposte formalizzate dal Ministro per la cultura.⁸⁶ In particolare, le questioni dibattute riguardano, da un lato, il sostegno del Governo al potenziamento di Internet e, dall'altro, la promozione dello sviluppo di contenuti e modelli di *business* innovativi, che consentano di contrastare la pirateria *online* attraverso lo sviluppo di modalità lecite di fruizione dei contenuti. In questa ottica, del resto, il Ministro per la cultura aveva già lanciato negli anni scorsi una campagna di informazione volta a contrastare le violazioni del diritto d'autore attraverso Internet, sensibilizzando gli utenti sui danni arrecati all'industria.⁸⁷ Analogamente, già a partire dal 2005, aveva varato un piano di azione per contrastare la pirateria, dove i principali strumenti di *policy* venivano individuati nella cooperazione tra gli attori della filiera, il ricorso a modelli di *business* e remunerazione innovativi, l'informazione e la sensibilizzazione degli utenti, nonché il rafforzamento della cooperazione interistituzionale e internazionale. A queste misure si accompagna un quadro organico di iniziative, che vanno dagli sgravi fiscali alla realizzazione di siti web per l'acquisizione legalizzata di contenuti audiovisivi, promosse dal Governo negli ultimi anni.⁸⁸

previsti dalla legge e dovranno adottare i provvedimenti idonei ad evitare la perdita o l'alterazione dei dati stessi o l'accesso non autorizzato ai medesimi.

3. I dati verranno conservati al fine del loro utilizzo nell'ambito di un'indagine penale o per la tutela della pubblica sicurezza e della difesa nazionale e saranno posti a disposizione dei giudici o dei tribunali o del pubblico ministero che li richiedano. La trasmissione di tali dati alle forze dell'ordine verrà effettuata nell'osservanza di quanto disposto dalla normativa sulla tutela dei dati personali.

(...)».

⁸⁵ Il programma è contenuto nel disegno di legge presentato dal Governo spagnolo il 27 novembre 2009 "Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible" che dedica alla Società dell'Informazione un capitolo articolato in quattro proposte fondamentali, volte a contrastare il digital divide e promuovere l'accesso universale alla banda larga. Lo stesso disegno di legge contiene proposte volte a riformare il sistema spagnolo di tutela della proprietà intellettuale, adottando un approccio fondato sulla conclusione di accordi di filiera. Cfr. <http://www.la-moncloa.es/ActualidadHome/2009-2/271109-enlaceley>.

⁸⁶ http://www.mcu.es/gabineteprensa/mostrarDetalleGabinetePrensaAction.do?prev_layout=notas&layout=notas&html=18942009nota.txt&language=es

⁸⁷ <http://www.siereslegalereslegal.com/portada.php>

⁸⁸ Le informazioni di dettaglio sul quadro delle iniziative richiamate sono reperibili sul sito ufficiale del Ministro della cultura spagnolo all'indirizzo: <http://www.mcu.es/propiEDADInt/CE/LuchaPirateria/LuchaPirateria.html>.

In tale contesto, la presentazione del disegno di legge “*Economía Sostenible*” (27 novembre 2007) ha sollevato un ampio dibattito sulle misure ivi contenute in materia di tutela della proprietà intellettuale e lotta alla pirateria *online*. L’assunto di fondo è che la ripresa economica deve necessariamente fondarsi sullo sviluppo della Società dell’Informazione e della Conoscenza e che, in tale prospettiva, è necessario limitare l’impatto negativo della pirateria sull’industria dei contenuti audiovisivi. A tal fine, si propone una riforma del sistema di tutela della proprietà intellettuale, fondata sull’esigenza di assicurare un’efficace protezione dell’industria, anche attraverso sanzioni nei confronti degli atti di concorrenza sleale in cui si sostanzia la pirateria. Al contempo, la proposta di riforma intende garantire la libertà di espressione artistica degli autori attraverso l’utilizzo della Rete e il fondamentale diritto degli utenti di accesso ad Internet, richiamando espressamente il nuovo pacchetto di direttive comunitarie in materia di comunicazioni elettroniche.

Sulla base di tali premesse, il disegno di legge propone l’introduzione di un procedimento amministrativo di tipo sanzionatorio, in parte assimilabile a quello inizialmente delineato dalla legge francese istitutiva dell’HADOPI, con la fondamentale differenza che la sanzione prevista si limita a colpire esclusivamente la pubblicazione non autorizzata di contenuti sulle pagine *web*, e non incide sui diritti dei singoli utenti di accedere ad Internet e sottoscrivere abbonamenti, anche in presenza di violazioni accertate del diritto d’autore.

La proposta del Governo spagnolo è stata accolta con forti polemiche sia da parte degli organismi di rappresentanza degli autori, che la giudicano inefficace, sia soprattutto degli operatori Internet, che invece ritengono le misure proposte eccessivamente limitative delle libertà di accesso e utilizzo della Rete.⁸⁹ A quanti tendono ad assimilare la proposta all’approccio restrittivo e punitivo che ha ispirato legge francese HADOPI, il Governo spagnolo ha tuttavia replicato che le funzioni affidate alla Comisión de Propiedad Intelectual non sono tali da configurare un’autorità di polizia, dotata cioè di poteri di vigilanza e ispezione generalizzati. Piuttosto, la Commissione, opererà in qualità di organismi di risoluzione delle controversie, in virtù della funzione paragiurisdizionale che le è propria, e potrà intervenire esclusivamente su istanza di parte, laddove un titolare di diritti o ente di gestione collettiva denunciino una violazione *online*. Analogamente, i dati che potranno essere raccolti e resi opponibili agli operatori potranno riferirsi soltanto agli indirizzi IP ed alla titolarità delle pagine *web*, mentre è esclusa la possibilità di ottenere il disvelamento dei dati personali degli utenti. Inoltre, a ulteriore garanzia dei diritti degli interessati, la Commissione sarà tenuta ad operare nel rispetto dei principi del giusto procedimento, la cui unica finalità sarà quella di ristabilire la legalità violata attraverso il ritiro dei contenuti diffusi senza autorizzazione degli autori. Nell’ambito del procedimento sanzionatorio previsto è infatti espressamente riconosciuto il diritto al contraddittorio, già richiamato all’articolo 11 della LSSI in relazione ai procedimenti che coinvolgono l’esercizio di diritti e libertà fondamentali di rilevanza costituzionale, e la possibilità di impugnare il provvedimento sanzionatorio adottato dalla Commissione di fronte all’autorità giudiziaria.⁹⁰

4.6. Il Dibattito in corso sul diritto d’autore negli USA

a) Quadro normativo in vigore

⁸⁹ http://www.nytimes.com/2009/12/04/technology/internet/04piracy.html?_r=2.

⁹⁰ La sintesi della proposta di riforma è consultabile al seguente indirizzo: http://www.mcu.es/gabineteprensa/mostrarDetalleGabinetePrensaAction.do?prev_layout=notas&layout=notas&html=18932009nota.txt&language=es.

La tutela del *copyright* negli Stati Uniti trova il suo fondamento costituzionale nell'articolo 1 Sec. 8 che affida al Congresso il potere “*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*”. La Costituzione USA, quindi, espressamente stabilisce che la tutela degli autori e inventori mediante l'attribuzione di diritti esclusivi delle loro opere è funzionale all'esigenza di promuovere il progresso scientifico e tecnologico e deve essere limitata nel tempo. In altri termini, la finalità della tutela della proprietà intellettuale è la promozione della conoscenza quale interesse pubblico primario, rispetto al quale la garanzia dei diritti di proprietà individuali assume pertanto la portata di strumento operativo. Nella Carta Costituzionale, infatti, la proprietà creativa assume una portata distinta rispetto ai diritti di proprietà su altri beni: la proprietà intellettuale è infatti stata definita come “*the opposite of property*”⁹¹. In estrema sintesi, mentre la tutela della proprietà privata ha carattere assoluto - nella Costituzione americana come in gran parte delle costituzioni delle democrazie occidentali -, cui il pubblico potere può derogare soltanto in presenza dei presupposti e delle garanzie previste per l'espropriazione di pubblica utilità, i diritti esclusivi sulle opere dell'ingegno operano in maniera da assicurare che, decorso un certo lasso di tempo, la collettività possa avere libero accesso all'informazione e alla conoscenza, concepite come “*public domain*” o, tutt'al più “*commons*”. Il *copyright* statunitense è fondato sul concetto di *fair use* o “equo utilizzo” - che riguarda una garanzia più ampia rispetto al sistema di eccezioni e limitazioni previste dalla direttiva 2001/29/CE.

Attualmente, il sistema si fonda sull'obbligo di registrazione delle opere,⁹² e su una durata del *copyright* che si estende generalmente per tutta la vita dell'autore e fino a 70 anni dopo la sua morte. La durata del *copyright* non può in nessun caso superare i 120 anni. L'ambito di applicazione dell'istituto comprende tra i *literary works* anche il software e, in generale, si applica non all'idea creativa originale in sé, bensì alle modalità con cui si manifesta.⁹³ Con il *Digital Millennium Copyright Act (DMCA)* del 1998⁹⁴ gli Stati Uniti sono stati il primo paese occidentale a cercare di dare risposte concrete alla digitalizzazione delle opere creative mediante un adeguamento della disciplina sul *copyright* al mutato assetto della circolazione dei materiali protetti attraverso Internet. Il DMCA si compone di 5 titoli. Tra questi, meritano rilevanza soprattutto il Titolo I “*WIPO Treaties Implementation*”, che ha introdotto divieti con finalità analoghe a quanto disposto dagli art. 6 e 7 della direttiva 2001/29/CE per garantire un'adeguata protezione giuridica. La principale distinzione rispetto alla direttiva risiede nel fatto che, mentre in Europa la scelta delle misure adeguate a tutelare il diritto d'autore è rimessa alla discrezionalità degli Stati, negli USA è previsto un divieto generalizzato di utilizzo, produzione e commercializzazione di tecnologie che abbiano finalità esclusiva - o anche solo prevalente - di elusione o alterazione delle informazioni, la cui violazione espone i responsabili a sanzioni civili e penali. Questo divieto generalizzato, che in teoria colpisce anche utilizzi non illeciti dei dispositivi in questione, si scontra in ogni caso con la evidente difficoltà di stabilire con certezza quando la finalità di utilizzo prevalente di un determinato strumento sia riconducibile a violazioni del diritto d'autore o meno. Ai divieti in questione è in ogni caso associato un sistema di eccezioni al divieto di elusione che riguardano biblioteche, archivi e istituzioni culturali senza finalità di lucro; pubbliche amministrazioni e organismi giudiziari o di intelligence; reverse engineering di programmi informatici per l'interoperabilità dei formati;

⁹¹ In relazione alle nuove sfide poste alla tutela della proprietà intellettuale dallo sviluppo della Società dell'Informazione, una delle più recenti e rilevanti discussioni accademiche si è tenuta nel 2001 alla Facoltà di Legge della Duke University e i contenuti sono pubblicati in un numero speciale della rivista “*Law&Contemporary Problems* del 2003 reperibile all'indirizzo:

<http://www.law.duke.edu/journals/journaltoc?journal=lcp&toc=lcptoc66winterspring2003.htm>.

⁹² 1976 *Copyright Act* § 408 “*Copyright registration in general*”, <http://www.copyright.gov/title17/92chap4.html#408>

⁹³ (1) *literary works*; (2) *musical works, including any accompanying words*; (3) *dramatic works, including any accompanying music*; (4) *pantomimes and choreographic works*; (5) *pictorial, graphic, and sculptural works*; (6) *motion pictures and other audiovisual works*; (7) *sound recordings*; and (8) *architectural works*”

⁹⁴ <http://www.copyright.gov/title17/92appb.html>

encryption research; tutela dei minori; elusione delle TMP per finalità di protezione dei dati personali da queste raccolti e trattati; *security testing*.

Il DMCA prevede peraltro un procedimento di *rulemaking* periodico (con cadenza triennale) mediante consultazione pubblica per l'adozione di ulteriori eccezioni a favore di particolari interessi meritevoli di tutela. L'individuazione deve avvenire tenendo conto dell'analisi di impatto delle esenzioni sul mercato di riferimento per specifiche tipologie di opere protette e sulle libertà di informazione, comunicazione e ricerca riconosciute agli utenti.

Nel sistema americano si riconoscono varie forme di responsabilità dell'ISP per le violazioni del diritto d'autore poste in essere attraverso l'utilizzo della Rete Internet. In particolare, già alla fine degli anni novanta la giurisprudenza aveva risolto la questione della responsabilità del provider per gli illeciti commessi sui siti ospitati facendo riferimento a una schematizzazione che riconduce le possibili tipologie di "torts" realizzabili (cui corrisponde una responsabilità extracontrattuale) a due forme di responsabilità: diretta, in quanto imputabile al soggetto che ha materialmente posto in essere la violazione (responsabilità per fatto proprio assimilabile all'art. 2043 cc)⁹⁵; indiretta, di matrice giurisprudenziale, fondata sulla canalizzazione della responsabilità sul soggetto che dispone di poteri di controllo sull'attività posta in essere dall'autore materiale della violazione⁹⁶. Questa seconda forma di *vicarious liability* si fonda sul presupposto del rapporto giuridico intercorrente tra controllante (ISP) e controllato (utente) in vista del conseguimento di un utile economico per il controllante. Pertanto, mentre la responsabilità diretta opera analogamente a quella prevista ex art. 2043, quella indiretta è paragonabile alla responsabilità del padrone o committente ex art. 2049 cc. Sin dalle sue prime applicazioni, il problema della responsabilità dell'ISP ha investito la questione della estensibilità degli obblighi di sorveglianza a carico di tali soggetti, in relazione alla fattibilità tecnica di attività di filtraggio e controllo compatibili con le norme che tutelano la riservatezza e la sicurezza delle comunicazioni degli utenti. Pertanto, a partire dalla sentenza *Zeran v. American Online* (1996), si è affermato un orientamento volto a svincolare la responsabilità dell'ISP dagli obblighi di sorveglianza o dall'esercizio di attività di controllo attivo sulla condotta degli utenti. A questo orientamento corrisponde un terzo tipo di responsabilità individuato e definibile come responsabilità da concorso colposo che si fonda sull'imputazione dell'evento dannoso al soggetto che abbia contribuito alla commissione dell'illecito, allorché gli sia nota o comunque prevedibile la violazione delle norme da parte dell'autore materiale (*contributory infringement*).⁹⁷

Attualmente, il Digital Millennium Copyright Act ha cristallizzato i principi giurisprudenziali sopra richiamati delineando un sistema di responsabilità fondato sulla *contributory e vicarious liability*. La prima sussiste quando l'ISP è conoscenza della violazione posta in essere materialmente da un suo utente, mentre la seconda sovviene quando, anche in assenza dell'elemento conoscitivo, il provider ha conseguito un beneficio economico dalla condotta illecita, rispetto alla quale l'ISP aveva il potere giuridico e la capacità tecnica di esercitare un controllo.⁹⁸ Per evitare che il sistema

⁹⁵ Nel caso *Playboy Enterprises, Inc. v. Frena*, 839 F. Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993) fu riconosciuta la responsabilità diretta del provider (Frena) per aver diffuso su BBS materiale fotografico della società Playboy Inc.

⁹⁶ *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984) Nel caso *Chubby, Inc. v. CompuServe, Inc.*, 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991) la Corte affermava che in linea di principio non si può escludere una responsabilità del ISP per le violazioni commesse dai propri utenti, ma questa dipende dalla effettiva possibilità di esplicitare o meno un controllo sulle attività da questi poste in essere. Inoltre, nel caso *Religious Technology v. Netcom*, si è peraltro precisato che la responsabilità del ISP è esclusa nel caso in cui la diffusione di materiale protetto da copyright sia resa possibile attraverso l'accesso a un newsgroup fornito dal provider, in quanto l'ISP non era e non poteva essere a conoscenza dell'illecito.

⁹⁷ In materia di violazioni del copyright questa è stata affermata in relazione al caso *Zeran v. America Online* (1996)

⁹⁸ M. SCOTT, "Safe harbors under the Digital Millennium Copyright Act", *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, 2005, 9: 99, p. 104; P. MENELL and D. NIMMER, "Legal realism in action: indirect copyright liability's continuing tort framework and Sony's de facto demise", in *UC Berkeley Public Law Research Paper*, No. 966380, p. 26

di responsabilità degli ISP potesse rappresentare un ostacolo agli investimenti di questi operatori nell'innovazione tecnologica, il DMCA ha adottato una soluzione di compromesso, limitando l'azionabilità delle pretese degli autori danneggiati nei confronti degli ISP nelle liti giudiziarie poste in essere nei confronti degli utenti responsabili di violazioni del *copyright*. In tal modo, si è cercato di fornire un adeguato incentivo agli ISP nell'adottare accorgimenti tecnici idonei a prevenire o reprimere l'accesso illegale a materiali protetti on line e, allo stesso tempo, limitare l'esposizione del patrimonio di questi operatori alle azioni risarcitorie fondate sulla *contributory* o *vicarious liability*.⁹⁹ Il sistema, definito dalla scienza giuridica statunitense come un "safe harbour" è stato previsto dal Online Copyright Infringement Liability Limitation Act (OCILLA).

Inoltre, il DMCA prevede al § 512 un'articolata procedura di notifica e ritiro ("*notice and takedown procedure*") di materiali che si presumono violare diritti di autore. Così, è previsto che il provider eviti la responsabilità se, avendo ricevuto la segnalazione di una presunta violazione del *copyright*, impedisce sollecitamente l'accesso ai relativi materiali. Tali segnalazioni devono però soddisfare certi requisiti formali, indicare con precisione i materiali di cui si chiede la rimozione, ed essere rivolte ad un soggetto preciso dell'organizzazione del *provider*. Infine, è stabilito che il soggetto che abbia posto in essere la procedura di rimozione dei materiali presunti illeciti, essendo tuttavia a conoscenza del fatto che in realtà non sussiste alcuna violazione del *copyright*, sia responsabile per i danni cagionati in tal modo al provider.¹⁰⁰

Il sistema americano di responsabilità degli intermediari *on line* è stato peraltro analizzato negli studi promossi dalla Commissione nell'ambito del dibattito sulla riforma del diritto d'autore in Europa, evidenziandone limiti ed opportunità. In particolare, OCILLA è stato confrontato con il sistema di responsabilità dei provider delineato dalla direttiva sul commercio elettronico, rispetto alla quale sono ravvisabili numerosi punti di contatto ma anche significative differenze, sintetizzate nella tabella seguente.

Tabella: Confronto tra la normativa UE e USA sul diritto d'autore

Temi	UE		USA	
	Rif. Normativo	Descrizione	Rif. Normativo	Descrizione
Pirateria on line	Direttiva 2001/29/CE Diritto d'autore nella Società dell'Informazione Direttiva Sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale 2004/48/CE	<ul style="list-style-type: none"> - Non opera distinzioni tra le violazioni che avvengono attraverso l'utilizzo di supporti materiali o in un contesto "de materializzato" come il file-sharing - L'ambito di applicazione di eccezioni e limitazioni è individuato in rapporto a interessi meritevoli di tutela, ma lascia ampi margini di discrezionalità agli Stati membri - La definizione degli illeciti, delle sanzioni e dei mezzi di ricorso è demandata alle legislazioni degli Stati membri, che presentano una varietà di soluzioni - E' sempre garantito il diritto dei titolari ad intentare un'azione per 	US Copyright Law	<ul style="list-style-type: none"> - Il § 104-106 fa espressamente riferimento alle violazioni che si realizzano attraverso sistemi di comunicazione interattiva - Oltre al sistema di responsabilità civile, qualsiasi transazione elettronica avente ad oggetto l'utilizzo non autorizzato e consapevole di materiali protetti costituisce reato, in presenza di finalità commerciali o di lucro - L'ambito di applicazione delle eccezioni è individuato in rapporto agli sviluppi tecnologici e di mercato, attraverso una procedura di riesame periodico

⁹⁹ J.M. URBAN and L. QUILTER, *Efficient Process or "Chilling Effects"? Takedown Notices Under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*, 22 Santa Clara Comp. & High Tech. L.J. 621 (2006), p. 622

¹⁰⁰ C. Beams, *The Copyright Dilemma Involving Online Service Providers: Problem Solved... for Now*, in *Federal Communications Law Journal*, vol. 51, 1999, 823-847; A. Yen, *Internet Service Providers Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment*, in *Georgetown Law Journal*, vol. 88, 2000

Temi	UE		USA	
	Rif. Normativo	Descrizione	Rif. Normativo	Descrizione
		danni (art. 8) - Si limita a stabilire che la tutela contro le elusioni consapevoli di "efficaci" TMP deve essere "adeguata"		fondata su una consultazione del pubblico interessato - La tutela contro le di TMP è più ampia e perseguita con sanzioni penali
Responsabilità degli on line provider	Direttiva e-commerce 2000/31/CE	<ul style="list-style-type: none"> - I servizi tipizzati sono quelli di <i>mere conduit, caching, hosting</i> - Ambito di applicazione esteso a qualsiasi illecito civile o penale - No obblighi generali di sorveglianza attiva in capo agli ISP - La direttiva si limita a prevedere un obbligo generico a carico dei provider di porre fine alle violazioni riscontrate (art. 12.3 e 14.1 b), lasciando agli Stati membri la definizione di dettaglio delle procedure e degli obblighi in capo agli operatori - Il provider non può rivelare i dati personali degli utenti, se non per effetto di un ordine dell'autorità giudiziaria o amministrativa competente - Esenzione da responsabilità espressamente prevista solo per operatori "tradizionali" quali gli ISP e web hosting (attività artt. 12, 13, 14) - Sostanziali differenze nelle legislazioni nazionali di attuazione - Incoraggia il ricorso a sistemi di risoluzione alternativa delle controversie (ADR - art. 17) 	"OCILLA" § 512	<ul style="list-style-type: none"> - I servizi tipizzati includono i motori di ricerca - Ambito di applicazione limitato alla violazione del copyright - No obblighi generali di sorveglianza attiva in capo agli ISP - Obbligo per l'ISP di adottare misure ragionevoli al fine di contrastare attivamente le violazioni, compresa una adeguata politica di rescissione dei contratti con gli utenti responsabili di gravi illeciti - Procedura di "notice and takedown" dettagliatamente disciplinata (obbligo per l'operatore di notifica e ritiro dei materiali che violano il copyright) §512(c)(3) - L'esenzione da responsabilità incentiva i provider ad applicare la sanzione del ritiro dei materiali protetti dal sito - Gli utenti ingiustamente colpiti dalla sanzione del ritiro dei materiali protetti possono avvalersi di un apposito rimedio volto a garantirne il diritto di difesa - Il provider può rivelare i dati personali degli utenti comunicandoli direttamente al titolare dei diritti che abbia segnalato la violazione §512(h) - Esenzione da responsabilità per tutti i tipi di on line provider - Quadro normativo unitario e dotato di maggiore certezza - Non sono espressamente previsti sistemi di ADR
Protezione dati personali	Direttiva sulla protezione dei dati personali 95/46/CE	<ul style="list-style-type: none"> - Diritto fondamentale/ approccio olistico - Disciplina incentrata su una nozione ampia di "dati personali", comprendente qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile - Maggiori limiti alla possibilità di controllare l'attività degli utenti per contrastare la pirateria on line 	US Constitution (I, IV, IX emend.) Pluralità di fonti	<ul style="list-style-type: none"> - Portata più limitata (interesse) / approccio settoriale - Nozione ristretta, limitata alle informazioni che consentono l'immediata identificazione di una persona fisica - Il bilanciamento tra le esigenze di protezione della privacy degli utenti e la tutela del diritto d'autore è operato soprattutto attraverso attività di self-regulation
Licenze	Racc. 2005/737/CE sulla gestione transfrontalier	Incoraggia l'adozione di una politica fondata sulla licenza multiterritoriale in grado di offrire maggiore certezza del diritto agli	US Copyright Law	I par. 115 -116 prevedono già il sistema delle licenze obbligatorie e negoziate in rapporto a taluni servizi /

¹⁰¹ European Parliament, *Collecting Societies and Cultural Diversity in the Music Sector*, dicembre 2009.

Temi	UE		USA	
	Rif. Normativo	Descrizione	Rif. Normativo	Descrizione
	a collettiva dei diritti musicali on line	utilizzatori commerciali per quanto riguarda la loro attività e di promuovere lo sviluppo di servizi on line autorizzati, con conseguente aumento dei proventi per i titolari dei diritti NB: Un recente studio pubblicato dal Parlamento Europeo sul sistema delle licenze multiterritoriali ¹⁰¹ pone tuttavia in evidenza i limiti di questo approccio		strumenti per la riproduzione di materiali audiovisivi I sistemi di licenze aperte (Open Access e Creative Commons) sono espressione dell'autonomia negoziale e modellati sul diritto americano del copyright

5. POSSIBILI AZIONI A TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE DA PARTE DELL'AUTORITÀ

5.1. Le misure da parte dell'Autorità per prevenire la pirateria

Dall'analisi svolta nel presente lavoro emerge che il richiamo operato dalla legge n. 248/00 al coordinamento tra l'attività dell'Autorità e della SIAE nella tutela del diritto d'autore (*"nell'ambito delle rispettive competenze"*) deve quindi essere interpretato unicamente nel senso che l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni è l'Organo deputato a svolgere la attività di vigilanza a tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica che si concreta in azioni di prevenzione- in tutte le forme possibili- e di accertamento degli illeciti e che la competenza della SIAE attiene allo svolgimento di attività di tipo operativo, sulla base di uno schema di collaborazione investigativa definito in ultima analisi dall'Autorità.

Allo stesso tempo, la definizione di misure preventive e di accertamento da parte dell'Autorità deve rispettare severi vincoli tecnici e giuridici che vedono, da una parte, il richiamo alle direttive comunitarie (che escludono la possibilità di imporre obblighi di monitoraggio in capo agli ISP, se non a determinate condizioni) e, dall'altra, l'obbligo per l'Autorità di rispettare la normativa a tutela della privacy, il diritto di accesso ad Internet e alla cultura degli utenti e il principio di una rete neutrale, tutelando però anche, allo stesso tempo, il diritto alla libertà di espressione ed a ricevere un'equa remunerazione da parte degli autori.

5.1.1. Obblighi sui fornitori di accesso ad Internet

Ruolo centrale nella definizione delle possibili misure che l'Autorità può adottare è quella degli ISP, in quanto soggetti detentori delle informazioni sul traffico generato dagli utenti. Al fine di definire misure adeguate, proporzionate ed efficaci sul mercato è quindi necessario esplorare in primo luogo le possibilità di intervenire proprio sui fornitori di accesso ad Internet.

Da una lettura del quadro comunitario¹⁰² e della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE¹⁰³, possono essere ricavati i principali parametri di legittimità cui dovrebbero essere informati eventuali interventi regolamentari tesi ad introdurre obblighi di monitoraggio e sorveglianza in capo agli ISP. In particolare, questi riguardano il bilanciamento con i diritti alla tutela dei dati personali degli utenti, che possono subire limitazioni soltanto se proporzionate a quanto strettamente necessario ad assicurare una effettiva tutela del diritto d'autore, e che, in conformità con la tutela della privacy, devono garantire l'anonimato degli utenti (i cui dati personali possono essere quindi disvelati soltanto per effetto di un ordine della "pubblica autorità competente")¹⁰⁴.

Inoltre, l'adozione di siffatti obblighi deve essere orientata al principio di proporzionalità e, quindi, rispettare i seguenti canoni interpretativi:

1) adeguatezza rispetto alle finalità dell'intervento: l'intervento regolamentare deve essere preceduto da opportune analisi volte a stabilire ex ante, in via previsionale, che gli obblighi suscettibili di essere posti a carico dell'ISP possono rivelarsi idonei a garantire una riduzione del fenomeno della pirateria. In questo senso, è perciò opportuna una previa attività di indagine, monitoraggio e sperimentazione, volta a quantificare il fenomeno e identificare le attività degli utenti potenzialmente lesive del diritto d'autore. Una volta identificato spessore e contenuti del fenomeno, sarà possibile

¹⁰² Direttive 2000/31/CE (atr. 15) e 2004/8/CE (art. 8).

¹⁰³ Sentenza Productores de Música de España (Promusicae) e Telefónica de España SAU del 29 gennaio 2008.

¹⁰⁴ Inoltre, una ulteriore garanzia può essere apprestata condizionando l'attività di monitoraggio al consenso informato dell'utente.

stabilire quali misure si rivelino adeguate, in base a un ragionevole rapporto di causa-effetto tra gli interventi apprestati e tutela del diritto d'autore;

2) necessità: le restrizioni imposte alla privacy degli utenti non devono essere superiori alla misura strettamente necessaria ad assicurare il conseguimento dello scopo perseguito. Pertanto, l'imposizione degli obblighi dovrà essere corredata di verifiche periodiche per valutarne il conseguimento;

3) stretta proporzionalità: per scongiurare i rischi di un eccessivo sacrificio degli interessi configgenti, il bilanciamento deve fondarsi su valutazione quali-quantitativa in rapporto ad eventuali opzioni alternative di intervento, nonché su un approccio gradualistico che consenta la progressiva introduzione di misure via via più restrittive soltanto a seguito del previo espletamento di opportune verifiche sui risultati raggiunti.

Dalle indicazioni della giurisprudenza comunitaria emerge, quindi, la possibilità, per l'Autorità, di imporre in capo agli ISP un obbligo di sorveglianza finalizzato a comunicare all'Autorità, con cadenza periodica, dati sul traffico Internet (in forma anonima ed aggregati per servizio - *peer-to-peer, streaming, etc.*), nel rispetto della normativa a tutela della privacy e nella salvaguardia del principio della neutralità della rete. L'opportunità di tale intervento è molteplice: gli ISP sono già in possesso di tali informazioni e i dati comunicati all'Autorità permetterebbero un'analisi sulla quantificazione del fenomeno (*peer-to-peer, streaming, download*) che, per quanto si è più volte detto, riveste valore propedeutico alla definizione di eventuali misure più puntuali per contrastare il fenomeno della pirateria.

Tale misura dovrebbe essere accompagnata da una adeguata e trasparente informativa agli utenti, attraverso:

- 1) l'indicazione, nei contratti di accesso ad Internet, dell'attività di sorveglianza da parte degli ISP sul traffico degli utenti, nel rispetto della normativa a tutela della privacy;
- 2) una simile indicazione informativa circa l'imposizione di tale obbligo sul sito web dell'Autorità.

Per quanto riguarda la legittimazione all'introduzione di un simile obbligo, si ritiene che l'Autorità abbia il potere di imporlo in virtù dei compiti ad essa affidati a tutela del diritto d'autore. In caso di inottemperanza alla decisione dell'Autorità, gli ISP sarebbero soggetti alla irrogazione della sanzione ai sensi dell'art. 1, comma 31, della legge 31 luglio 1997, n. 249.

In alternativa, 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.

5.1.2. Ulteriori misure di prevenzione e accertamento delle violazioni del diritto d'autore su reti di comunicazioni elettroniche

Accanto alla misura descritta al paragrafo precedente, si propone che l'Autorità istituisca un forum per il dialogo fra tutti i portatori d'interessi rilevanti in materia (titolari dei diritti, gestori collettivi degli stessi, distributori di contenuti, fornitori di accesso ad Internet, associazioni dei consumatori, *etc.*), al fine di: (i) promuovere la cultura dell'accesso legale ai contenuti digitali; (ii) individuare modelli in grado di garantire un'equa remunerazione per tutti gli attori della filiera ed un accesso ai contenuti il più ampio possibile per gli utenti; (iii) identificare le misure più adeguate per prevenire e contrastare azioni illegali.

Al fine di promuovere gli obiettivi suindicati si propone, dunque, che:

- a) l’Autorità promuova una campagna di informazione intesa a rendere gli utenti più consapevoli della normativa a tutela del diritto d’autore e dei rischi generati dalla pirateria. Tale campagna informativa potrebbe esplicitarsi in:
1. Una campagna informativa sui tradizionali mezzi di comunicazione (pubblicità su televisione, quotidiani, periodici, radio, ecc..)
 2. Una sezione dedicata sul sito web dell’Autorità, con la chiara indicazione delle norme di riferimento, delle attività di prevenzione e di accertamento svolte dall’Autorità e dei rischi generati dalla pirateria;
 3. L’indicazione nei contratti di accesso ad Internet delle norme di riferimento e dei rischi generati dalla pirateria.

- b) l’Autorità promuova un dibattito con tutti gli attori della filiera (SIAE, fornitori di accesso ad Internet, aggregatori di contenuti, associazioni dei consumatori, ecc..) per ripensare in modo unitario ad un impianto normativo più attuale che riformi la legge 633 del 1941 e tuteli il diritto d’autore in senso organico per il settore delle comunicazioni elettroniche. Tale necessità è evidenziata dal fatto che l’approccio fondato su meri divieti e sanzioni per la repressione delle violazioni del diritto d’autore si è rivelato fino ad oggi poco efficace a garantire una giusta tutela degli autori e degli utenti.

In tal senso, nel corso degli ultimi anni il dibattito si è concentrato su alcune ipotesi.¹⁰⁵

La prima si fonda sul ricorso alla fiscaltà generale, che garantisce la remunerazione degli autori attraverso la leva fiscale. A questo modello si ispira, ad esempio, il sistema previsto dalla L. 286/2006 art. 2, comma 132, ai fini della remunerazione dei titolari dei diritti per il prestito da parte delle biblioteche e discoteche dello Stato.

Una seconda modalità riguarda l’introduzione di una tassa di scopo (a carico degli abbonati ad internet o degli ISP) specificamente destinata ad attribuire un equo compenso ai titolari dei diritti relativi ad opere rese accessibili alla fruizione collettiva per finalità non commerciali. A questa soluzione fanno riferimento le proposte relative alla possibilità di introdurre sistemi di remunerazione del peer-to-peer (P2P), imponendo obblighi regolamentari in capo agli ISP per l’adeguamento degli schemi contrattuali. La proposta, elaborata a partire dal 2003¹⁰⁶, si fonda sull’idea che, per gli utenti che sottoscrivono contratti per i servizi di accesso ad Internet, potrebbe essere conveniente acquistare dagli stessi ISP un account “munito di licenza” in cambio di un aumento delle tariffe (ad es. 1 euro) con l’immunità, però, dal rischio di essere colpiti da sanzioni per violazione del copyright attraverso il P2P. In alternativa, l’incremento tariffario potrebbe essere generalizzato, sul modello delle licenze estese che si utilizzano per le emittenti radio. I soldi derivanti dall’aumento dell’abbonamento confluirebbero in un apposito Fondo finalizzato a sostenere l’industria, in cambio di una liberalizzazione dell’accesso ai contenuti musicali protetti. Questo sistema non selettivo di tariffazione presenta l’inconveniente di imporre l’aumento delle tariffe anche agli utenti che non utilizzano Internet per l’accesso a contenuti musicali e audiovisivi protetti. L’ostacolo potrebbe però essere risolto con la contestuale introduzione di un obbligo di offerta, in capo agli ISP, di connessioni alla banda larga adatte al solo traffico “standard” (web e posta elettronica), in aggiunta alle offerte già in essere. Non consentendo traffico *peer-to-peer*, tale offerta dovrebbe costare meno rispetto a quelle oggi correnti (in quanto utilizza in modo limitato le infrastrutture dell’operatore), e porterebbe un risparmio a quelle famiglie volutamente non interessate ad utilizzare applicazioni P2P¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Si vedano, tra gli altri, gli studi realizzati dall’Institute of European Media Law (EML) e Nexa: <http://nexa.polito.it/sites/nexa.polito.it/files/NEXA-filesharing-marzo2009.pdf>

¹⁰⁶ http://stevegordonlaw.com/compulsory_license.html

¹⁰⁷ L’offerta richiederebbe che nei contratti ISP/cliente vengano evidenziate appieno le limitazioni dell’offerta. In particolare, l’offerta potrebbe impedire all’utente alcuni servizi, quali il *gaming online* e il VoIP.

Un terzo modello fa perno sull'adozione di modifiche alle discipline vigenti in materia di licenze, al fine di indurre gli enti di gestione collettiva dei diritti ad autorizzare le attività di file sharing. In particolare, si discute sull'adozione di una licenza obbligatoria, nel senso che i gestori collettivi potrebbero essere richiesti dalla legge di rinunciare alla riserva sui diritti di utilizzazione delle opere, ed obbligati a negoziare il corrispettivo richiesto per l'accesso e la fruizione delle opere mediante pratiche di *file sharing*. In altri termini, verrebbe imposta una liberalizzazione dei sistemi di licenze collettive.

Tuttavia, alla luce della Direttiva 2001/29/CE alcuni studiosi ritengono che le tre ipotesi fin qui delineate (fiscalità generale, tassa di scopo e licenza obbligatoria) non sarebbero applicabili, perché in contrasto con il diritto esclusivo di messa a disposizione del pubblico dell'opera che compete al solo autore¹⁰⁸.

In alternativa, si discute di un sistema di adesione volontaria denominato "licenza collettiva estesa", in virtù del quale gli enti di gestione collettiva negoziano per conto degli aventi diritto (gli artisti associati) la licenza con gli enti rappresentativi degli operatori che veicoleranno i contenuti digitali su Internet. Il contenuto pattuito per il contratto di licenza sarà poi offerto ai singoli licenziatari. Perché il sistema funzioni, è pertanto necessario offrire adeguati incentivi a questi ultimi per garantire un'ampia adesione degli autori. Una volta concluso l'accordo collettivo, la licenza dovrebbe essere estesa *ex lege* alle opere di titolari dei diritti non iscritti all'ente di gestione collettiva partecipante all'accordo (come previsto, ad esempio, per i contratti collettivi stipulati dai sindacati).

Questo approccio fa riferimento al modello di licenza cd. estesa, che è utilizzato per i diritti musicali alle stazioni radiofoniche, diritti che vengono concessi dietro pagamento di una quota da parte delle emittenti in maniera non discriminatoria. I vantaggi legati ad un simile approccio risiedono nel fatto che l'adozione delle licenze estese ha come presupposto l'associazione volontaria tra le società che attualmente gestiscono i diritti collettivi, e lascia liberi i titolari dei diritti di pattuire il compenso adeguato per la remunerazione delle opere.

Lo strumento della licenza collettiva estesa è ampiamente utilizzato dall'inizio degli anni sessanta nei paesi nordici, come la Norvegia, per il *broadcasting* e la ritrasmissione via cavo, ed è stato recentemente applicato alla riproduzione per scopi educativi e alla digitalizzazione di opere conservate in biblioteche, musei e archivi.

Secondo gli studiosi, la tecnica della licenza collettiva estesa può essere presa in considerazione come valida soluzione, in quanto non incide sulla natura (esclusiva) del diritto, consistendo in una modalità di gestione delle utilizzazioni, liberamente negoziabili. Essa peraltro troverebbe esplicito riferimento al considerando 18 della direttiva 2001/29/CE, che lascia impregiudicate le modalità di gestione dei diritti, quali le licenze collettive estese, in vigore negli Stati membri.

Anche a tale soluzione potrebbe eventualmente accompagnarsi l'obbligo di offerta, in capo agli ISP, di connessioni alla banda larga adatte al solo traffico "standard" (che esclude, quindi, il P2P), in aggiunta alle offerte già in essere e dedicate ai soggetti interessati anche al P2P.

- c) l'Autorità assuma un ruolo di impulso alla rimozione dei contenuti illeciti. In particolare, si propone la sottoscrizione di un protocollo d'intesa con gli ISP e le società di gestione collettiva

¹⁰⁸ Infatti la Direttiva Europea 2001/29/CE, mentre all'art. 2 fissa il principio secondo cui il diritto di riproduzione è un diritto esclusivo, all'art. 5.2(b) dispone: "*Gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione di cui all'articolo 2 per quanto riguarda: (omissis)*

b) 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 dei diritti 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."

Questa deroga potrebbe essere utilmente utilizzata, entro i limiti in essa previsti, per autorizzare la riproduzione posta in essere nel quadro di attività di *file sharing* legittime. Ma è necessario tenere conto anche dei limiti previsti all'art. 5.5 della stessa direttiva che dispone: "*Le eccezioni e limitazioni di cui ai paragrafi 1, 2, 3 e 4 sono applicate esclusivamente in determinati casi speciali che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare.*"

dei diritti d'autore,¹⁰⁹ in base al quale i titolari dei diritti d'autore potranno segnalare all'Autorità la presenza non autorizzata di contenuti protetti sul server di un ISP, ovvero su un sito web da questi ospitato. A valle delle verifiche svolte dall'Autorità, questa potrà ordinare all'ISP la rimozione dei contenuti stessi (notificando l'intervento ai titolari dei diritti e alla SIAE)¹¹⁰.

La previsione di adeguate procedure di reclamo si configura peraltro come una misura idonea a recepire i più recenti indirizzi comunitari in tema di tutela del diritto d'autore. In particolare, la Raccomandazione della Commissione del 18 maggio 2005 sulla "gestione transfrontaliera collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi nel campo dei servizi musicali *on line* autorizzati" invita gli Stati membri ad adottare, tra l'altro, efficaci sistemi di risoluzione delle controversie, soprattutto in materia di tariffe, condizioni di concessione delle licenze, affidamento dei diritti *on line* finalizzato alla loro gestione e ritiro dei diritti *on line*¹¹¹. Tale indicazione appare un ulteriore sviluppo dei principi affermati con la direttiva 2001/29/CE, dove la previsione di mezzi di ricorso idonei ad assicurare una tutela effettiva deve essere letto in corrispondenza di quanto affermato al considerando n. (46) "*Il ricorso alla mediazione potrebbe aiutare utenti e titolari dei diritti a risolvere le loro controversie. La Commissione dovrebbe, in cooperazione con gli Stati membri, nell'ambito del Comitato di contatto, effettuare uno studio volto a prevedere nuovi mezzi giuridici per la risoluzione delle controversie relative al diritto d'autore e i diritti connessi*".

Su questa ultima misura proposta, l'attività potrebbe essere svolta sulla base delle competenze in materia di risoluzione delle controversie utenti-gestori già previste dalla legge n. 249/97 dall'Autorità, anche senza la necessità di ricorrere alla sottoscrizione di un protocollo di intesa con gli ISP e la SIAE. In tal caso, l'Autorità dovrebbe adottare una procedura ad hoc per lo svolgimento dell'attività descritta.

5.2. La revisione del rapporto tra l'Autorità e la SIAE

La ridefinizione dei rispettivi ruoli dell'Autorità e della SIAE nell'ambito dell'azione di prevenzione delle violazioni del diritto d'autore, operata alla luce della ricostruzione qui delineata del quadro normativo di riferimento (art. 182 bis della legge 633/41, letto alla luce delle leggi fondanti le competenze regolamentari dell'Autorità, *in primis* il codice delle comunicazioni elettroniche), pone quale ineludibile conseguenza quella di una rivisitazione dell'Accordo di collaborazione attualmente vigente tra le due Amministrazioni.

La norma di riferimento, a questo proposito, è l'art. 182 bis, comma 2, della legge 22 aprile 1941 n. 633, ove è stabilito che "*la SIAE, nei limiti dei propri compiti istituzionali, si coordina, a norma del comma 1, con l'Autorità per le garanzie delle comunicazioni*".

In ottemperanza alla prescrizione normativa, Autorità e SIAE hanno sottoscritto un primo accordo per il coordinamento delle loro attività in materia il 6 luglio 2001, successivamente integrato in data 10 maggio 2007 da una nuova convenzione. Con tale ultimo accordo i due enti si sono impegnati a pianificare congiuntamente e a coordinare attività ispettive *ad hoc*, e altresì a cooperare al costante

¹⁰⁹ In alternativa, simili previsioni potrebbero in teoria anche essere dettate attraverso un apposito Regolamento.

¹¹⁰ L'ipotesi avrebbe efficacia nel contrasto della fruizione non autorizzata di contenuti protetti attraverso la rete, ma non del *peer-to-peer*, che è basato su una rete di computer o altra rete informatica che non possiede nodi gerarchizzati come *server* o *client* fissi, ma un numero di nodi equivalenti che fungono sia da cliente che da server verso altri nodi della rete (v. parte tecnica).

¹¹¹ La Raccomandazione invita inoltre gli Stati membri ad adottare le iniziative necessarie ad agevolare lo sviluppo nella Comunità di servizi *on line* autorizzati mediante la promozione del contesto normativo più adatto alla gestione, a livello comunitario, dei diritti d'autore e dei diritti connessi per la prestazione di servizi musicali *on line* autorizzati. Sono previste modalità di agevolazione della diffusione delle opere musicali *on line* mediante le licenze multiterritoriali, obblighi a carico dei gestori collettivi.

ed efficace interscambio di dati e di informazioni utili ai fini dell'attività di prevenzione e repressione degli illeciti amministrativi e penali in tema di diritto di autore, anche avvalendosi del personale dei nuclei speciali delle Forze di Polizia e della Guardia di Finanza.

L'accordo prevede anche lo svolgimento di una attività congiunta di studio e di ricerca nelle materie di comune interesse, con particolare riferimento ai servizi e contenuti audiovisivi (fonogrammi e videogrammi) nelle varie forme di fruizione, anche alla luce dell'evoluzione tecnologica del settore (art.4); nonché l'istituzione di un Comitato permanente, composto in forma paritetica da rappresentanti dell'Agcom e della SIAE, competente alla risoluzione dei problemi che dovessero eventualmente sorgere relativamente ai profili applicativi dell'accordo stesso, e alla verifica dell'attività svolta in conseguenza dell'accordo (art. 5).

Trattasi, pertanto, di accordi aventi natura prevalentemente operativa, finalizzati unicamente al coordinamento delle attività ispettive, nonché alla pianificazione congiunta di attività di studio e ricerca su materie di interesse comune: accordi nei quali, peraltro, Autorità e SIAE risultano porsi su di un piano, apparentemente paritetico, che in realtà non trova riscontro nel testo dell'art. 182 bis come qui interpretato. Non a caso il legislatore prevede che sia la SIAE (che, come detto, ha la sua attività principale in quella di intermediazione nell'utilizzazione economica delle opere protette da *copyright* e nella protezione delle stesse da eventuali violazioni un aspetto solo marginale della sua azione), a coordinarsi con l'Autorità (e non viceversa), peraltro "*nei limiti dei propri compiti istituzionali*".

La rivisitazione dell'Accordo, dunque, dovrebbe essere in primo luogo intesa a ripristinare correttamente le diverse posizioni delle Amministrazioni coinvolte, nel rispetto quindi di quel ruolo di *pivot* delle varie attività di prevenzione delle violazioni del diritto d'autore (e, quindi, anche nelle correlate attività ispettive) che il legislatore ha assegnato, nel settore delle reti di comunicazione elettronica, all'Autorità, rispetto all'attività di mera collaborazione e supporto che sembra invece essere stata attribuita alla SIAE.

A tal fine, potrebbe essere compiuto uno sforzo inteso a meglio delimitare i rispettivi ambiti di intervento sottolineando, in primo luogo, la competenza esclusiva, *rationae materiae*, dell'Autorità su tutte le violazioni del diritto d'autore perpetrate attraverso le reti di comunicazione elettronica. Potrebbe quindi definirsi, ad esempio, un presidio esclusivo dell'Autorità sulle attività indicate al comma a) dell'art. 182 bis della legge in commento, vale a dire:

1) l'attività di riproduzione e duplicazione, sia pure limitatamente a quelle effettuate attraverso strumenti informatici, nonché l'attività di diffusione, via etere e via cavo, indipendentemente dalla piattaforma e dalla tecnologia utilizzate, di materiale audiovisivo ed editoriale coperto da *copyright* da parte di soggetti non detentori dei relativi diritti;

2) l'accesso abusivo a contenuti audiovisivi *premium* attraverso la violazione dei sistemi di accesso condizionato.

Inoltre, al fine di assicurare una certa flessibilità all'accordo, rispetto alle continue evoluzioni tecnologiche che interessano pressoché quotidianamente il settore di riferimento, potrebbe introdursi una clausola operante pro-futuro, che estenda cioè anticipatamente la competenza dell'Autorità anche alle nuove ipotesi di violazione del diritto d'autore che dovessero affermarsi sulle reti di comunicazione elettronica anche successivamente alla sottoscrizione dell'Accordo.

L'azione di vigilanza della SIAE andrebbe invece circoscritta alle attività di cui alle lettere b), c), d), *d-bis*), *d-ter*) di cui all'art. 182 *bis*. Queste, infatti, attenendo alle proiezioni in sale cinematografiche, nonché all'attività di vendita e noleggio, e a quella di riproduzione attraverso fotocopiatrici, sembrano riguardare principalmente fenomeni di pirateria "fisica", che, in quanto tali, esulano dall'ambito di competenza tradizionalmente riconducibile all'Autorità (con l'unica eccezione per la violazione dei sistemi di accesso condizionato).

Sulla scorta dei rispettivi ambiti di azione, così tracciati, l'Accordo dovrebbe poi procedere ad una più efficace ridefinizione delle attività delle due Amministrazioni sul versante ispettivo, che passi anch'essa attraverso la riaffermazione dello specifico ruolo istituzionale dell'Autorità. Andrebbe pertanto stabilito che all'Autorità spetti, in via esclusiva, il compito di pianificare e condurre le

attività ispettive relative alle attività indicate alla lettera a) dell'art. 182 bis, attività per le quali essa potrà avvalersi delle forze di polizia operanti presso di essa (Polizia postale e nucleo per la radiodiffusione e l'editoria della Guardia di finanza) e, ove d'utilità, dei funzionari della SIAE, che, dunque, nel caso, svolgerebbero attività di supporto.

Per contro, alla SIAE andrebbe riconosciuta la possibilità di operare ispezioni in piena autonomia nelle materie di sua più stretta competenza (quelle di cui alle lettere b e seguenti del comma 1, art. 182 bis), salvo prevedere, in tale ambito, la necessità di un previo coordinamento con l'Autorità ogniqualvolta lo svolgimento di tale attività richiedesse di avvalersi delle forze di polizia operanti presso l'Autorità.

Potrebbe altresì immaginarsi in capo alla SIAE un onere di segnalazione delle violazioni realizzate attraverso una delle attività indicate all'art. 1, lettera a), di cui essa dovesse prendere eventualmente notizia nello svolgimento delle attività che le sono proprie.

Appartengono infine a mere valutazioni di utilità quanto attiene al proseguimento delle attività di studio e ricerca, ivi compreso il Comitato permanente, di cui al precedente accordo.