

Il diritto d'autore on-line: quale regolamentazione?

di Bianca Terracciano

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Le sfide della rivoluzione elettronica e le "linee guida" comunitarie. - 3. La responsabilità degli *Internet Service Provider*: l'evoluzione della giurisprudenza. - 4. Una proposta italiana: lo "Schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica" dell'AGCom . - 4.1. La procedura di *notice and take down*. - 4.2. I provvedimenti nei confronti dei siti esteri e il problema della atterritorialità di Internet. - 4.3. Il *fair use* e i criteri di valutazione delle eccezioni e delle limitazioni al diritto d'autore. - 5. Conclusioni.

1. Introduzione.

La rivoluzione elettronica iniziata nel secolo scorso con la creazione delle banche dati e tuttora in corso, soprattutto attraverso lo sviluppo di Internet, ha comportato un cambiamento nella concezione stessa di interazione sociale, modificando i termini in cui gli uomini agiscono nell'ambiente circostante e incidendo sui rapporti intersoggettivi; tutti aspetti cui l'ordinamento giuridico è chiamato a far fronte. Gli stessi ricavi tecnologici, però, spesso pongono problemi diversi a seconda dell'ordinamento in cui vengono recepiti e il riconoscimento delle nuove possibilità portate dai più recenti mezzi tecnologici non implica automaticamente un mutamento normativo.

Il diritto d'autore, inteso come diritto che tutela la forma espressiva delle opere creative, sin dal suo riconoscimento ha dovuto raffrontarsi con i rischi derivanti dallo sviluppo delle tecnologie, a cominciare dalla stampa che permetteva di riprodurre velocemente e in un numero infinito di copie un'opera letteraria. Lo sviluppo dell'industria, poi, ha permesso la riproduzione in scala di massa di qualsiasi opera culturale, letteraria, musicale, cinematografica e, alla fine del XX secolo, abbiamo assistito al progresso di Internet e alla conseguente connessione universale dei computer che sta portando effetti ancora più rivoluzionari nella tutela del diritto d'autore.

2. Le sfide della rivoluzione elettronica e le "linee guida" comunitarie.

La disciplina del diritto d'autore pone in contrasto due diverse esigenze fondamentali: garantire l'accesso alle opere culturali al più vasto numero di persone e al minor costo possibile e incentivare la creazione di nuove opere culturali.

La protezione dei diritti degli autori assolve proprio quest'ultima funzione, proteggendoli da usi non consentiti della loro opera e prevedendo una partecipazione agli utili derivanti dallo sfruttamento economico della stessa. Questo apparato viene oggi messo in crisi dalla possibilità di riprodurre, distribuire e scambiare contenuti attraverso Internet e i nuovi canali digitali, grazie ai quali non vi sono più limiti di passaggi né intermediari nella fruizione dei contenuti.

Caratteristica fondamentale nell'analisi del diritto d'autore alla luce delle nuove tecnologie, quindi, è la sua capacità escludente e includente¹. Il diritto d'autore, infatti, da un lato conferisce al titolare il diritto di escludere i terzi dal godimento dell'opera e, dall'altro, permette di includere terzi nello sfruttamento di specifiche facoltà che compongono la privativa. In particolare, la capacità escludente del diritto d'autore si articola in sfruttamento tangibile e intangibile dell'opera dell'ingegno. Rientrano nella categoria dello sfruttamento tangibile i diritti di riproduzione, di elaborazione e di distribuzione; lo sfruttamento intangibile dell'opera, invece, avviene tramite il diritto di comunicazione al pubblico che, nell'era digitale, assume particolare importanza perché arricchito di nuove facoltà. La comunicazione al pubblico, tradizionalmente intesa come fruizione dell'opera da parte di un numero di soggetti riuniti nello stesso luogo e nello stesso momento, oggi corrisponde ad una comunicazione anche a soggetti che fruiscono l'opera in luoghi e momenti diversi. Con l'avvento di Internet, poi, si ricomprende nella comunicazione al pubblico anche quella interattiva, che riguarda la fruizione disponibile nel momento e nei luoghi prescelti da parte di chi ha accesso alla Rete. In seguito allo sviluppo tecnologico, con particolare riferimento alla rete Internet, si sono moltiplicate le opere, in quanto più facilmente imprimibili su supporto, gli intermediari e conseguentemente gli usi delle opere dell'ingegno. Inoltre, attraverso la Rete, gli utenti divengono a loro volta autori con il meccanismo dello *user generated content*.

Da qui deriva la frammentarietà del diritto in questione che si articola in un'ampia serie di facoltà rappresentanti le diverse modalità di sfruttamento dell'opera. Come detto, tali modalità sono accresciute notevolmente e sono in continua evoluzione, ma il quadro legislativo non sempre recepisce i cambiamenti tecnologici con la loro stessa velocità.

Al di là delle teorie più negative che vedono nelle nuove tecnologie la scomparsa del diritto d'autore, il legislatore nell'era della società dell'informazione deve far fronte alle difficoltà che crea

¹ MONTAGNANI M.L., "Lo sfruttamento economico delle opere dell'ingegno", in "Intellectual Asset Management" a cura di Gustavo Ghidini, Egea, Milano 2009, pag. 101 e ss.

il ritenere le opere di carattere creativo liberamente disponibili grazie alla comunicazione interattiva, spesso solo perché attraverso la digitalizzazione risulta difficile intravedere una loro consistenza materiale. La corretta accessibilità ai contenuti creativi su Internet è ancora giuridicamente limitata per diversi fattori, tra i quali basti ricordare l'indeterminatezza dei confini tra utilizzi leciti e illeciti delle opere e un difficile bilanciamento tra la tutela del diritto d'autore on-line e quella di altri diritti altrettanto meritevoli di tutela, come la libertà di accesso a Internet o la libertà di espressione e d'informazione. Inoltre, la stessa natura "anarchica" del mezzo in questione pone non poche difficoltà nell'individuare, in caso di usi illeciti di opere protette dal diritto d'autore, i soggetti su cui far ricadere la responsabilità e nell'individuazione del foro competente a risolvere una controversia generata in uno spazio che non è sottoposto alla sovranità territoriale di uno Stato in particolare².

Al fine di superare i numerosi ostacoli che si sono venuti a creare nel "nuovo" regime di circolazione delle opere dell'ingegno, la normativa italiana a tutela del diritto d'autore è stata modificata in seguito all'intervento delle Istituzioni comunitarie.

In primo luogo è intervenuta la Direttiva 2000/31/CE ("Direttiva sul commercio elettronico") che disciplina la responsabilità dei prestatori di servizi nell'attività di semplice trasporto dei dati (*mere conduit*), di memorizzazione temporanea degli stessi (*caching*) e di memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio (*hosting*)³. Il decreto legislativo 9 aprile 2003 n. 70 recante "Attuazione della Direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno" solleva l'*Internet Service Provider* (ISP), nell'esecuzione delle prestazioni dei servizi, dall'obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni trasmesse o memorizzate, nonché dall'obbligo generale di scandagliare attivamente fatti o circostanze che segnino la presenza di attività illecite. In ogni caso, si prevede che il prestatore di servizi sia comunque tenuto a informare tempestivamente l'autorità giudiziaria o quella amministrativa con funzioni di vigilanza "qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione" e a fornire "a richiesta delle autorità competenti, le

² Cfr. GARDINI G., "Le regole dell'informazione. Principi giuridici, strumenti, casi", Bruno Mondadori, 2009, pag. 227.

³ Cfr. gli artt. 12, 13 e 14 della Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 "Relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare del commercio elettronico, nel mercato interno".

informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite", come disposto dall'art. 17 comma 2 del citato decreto. In seguito, la Direttiva 2001/29/CE "sull'armonizzazione di taluni aspetti dell'istituto del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione", ha avuto come obiettivo la promozione dello sviluppo delle *information technologies* e della regolamentazione di Internet attraverso un sistema di tutela armonico a livello europeo.

La Direttiva 2004/48/CE, attuata in Italia con il d. lgs. 16 marzo 2006 n. 140, ha provveduto all'*enforcement* dei diritti d'autore, disciplinando gli aspetti sanzionatori e i rimedi giurisdizionali in tema di tutela dei diritti di proprietà intellettuale.

Particolare importanza ha rivestito la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo "sui contenuti creativi on-line nel mercato unico" del gennaio 2008 (COM (2007) 836), in cui si è analizzato il tema delle eccezioni e delle limitazioni al diritto d'autore rilevanti per la diffusione della conoscenza nell'era digitale. La Commissione ha sostenuto che lo sviluppo di servizi leciti presuppone che si affronti e risolva il problema della pirateria on-line e si chiariscano i confini tra lecito e illecito, invocando una riforma della legge. Infatti, si sostiene che, per trarre il massimo beneficio dai mutamenti portati dalla tecnologia, si debbano perseguire tre obiettivi⁴, tra i quali spicca la volontà di aggiornamento normativo. Nel luglio dello stesso anno la Commissione europea ha redatto il "Libro Verde sul diritto d'autore nell'economia della conoscenza" in cui ha approfondito proprio il tema delle limitazioni e delle eccezioni al diritto d'autore.

Nel 2009, poi, la Commissione europea ha indicato, attraverso la Comunicazione su "il diritto d'autore nell'economia della conoscenza" (COM (2009) 532), alcune linee operative, basate sulla supervisione di un dialogo costante fra i portatori di interessi rilevanti. Tale Comunicazione ha portato alla stesura di un documento di riflessione che, con riguardo alla sfida costituita dalla creazione di un mercato unico europeo del digitale per i contenuti creativi, illustra le sfide attuali relative a tre categorie coinvolte: i titolari del diritto d'autore, i consumatori e gli utenti commerciali.

⁴ Secondo la Commissione europea (COM (2007) 836) "Il trasferimento dei servizi di contenuti creativi verso un ambiente online comporta un cambiamento sistemico. Per trarre il massimo benefici da questi cambiamenti, i responsabili politici devono conseguire i tre obiettivi seguenti:

- garantire che i contenuti europei contribuiscano nella misura del possibile alla competitività europea e favoriscano la disponibilità e la diffusione dell'ampia diversità della creazione di contenuti europei e del patrimonio linguistico e culturale dell'Europa;
- aggiornare o chiarire le eventuali disposizioni giuridiche che ostacolano inutilmente la diffusione online dei contenuti creativi online nell'UE, riconoscendo nel contempo l'importanza dei diritti d'autore per la creazione;
- incoraggiare il ruolo attivo degli utilizzatori nella selezione, diffusione e creazione di contenuti."

Il dibattito comunitario riguardante l'approvazione del nuovo quadro normativo per le comunicazioni elettroniche si è incentrato in particolare sul profilo della tutela delle prerogative degli utenti di fronte ad una possibile sospensione dell'accesso a Internet nei casi di violazione dei diritti d'autore. L'accesso ai contenuti on-line costituisce lo snodo fondamentale con il quale il legislatore e le autorità di concorrenza e regolazione del settore devono confrontarsi. A fronte di inadeguate garanzie contro restrizioni eccessive all'accesso a Internet da parte della Commissione europea e del Consiglio, il Parlamento europeo ha richiesto che i diritti degli utenti non fossero limitati senza una decisione preliminare di un'autorità giudiziaria, come previsto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In seguito all'approvazione da parte del Comitato di conciliazione di una nuova versione di compromesso riguardante la tutela della libertà di accesso ad Internet da parte dei cittadini europei, è stata approvata la Direttiva 2009/140/CE che riconosce la possibilità di restrizione dell'uso di Internet quando appropriata, proporzionata e necessaria in una società democratica. La Direttiva, inoltre, ha eliminato l'esigenza di un intervento esclusivo dell'autorità giudiziaria, apportando una serie di garanzie procedurali all'intervento di sospensione del collegamento.

Nel 2010 la Commissione europea ha pubblicato una relazione⁵ sull'applicazione della Direttiva *enforcement* (Direttiva 2004/48/CE) in cui si rilevano dati "allarmanti" riguardo al volume e al valore finanziario delle violazioni dei diritti di proprietà intellettuale. In seguito, la Commissione europea ha avviato una consultazione pubblica al fine di intraprendere una riflessione che coinvolga gli Stati membri in un progetto di protezione dei diritti di proprietà intellettuale più efficace. La Commissione ha annunciato che la consultazione pubblica sarà il punto di partenza per una proposta di direttiva che sarà presentata nel 2012. Infine, nel maggio 2011, con una Comunicazione al Parlamento europeo, la Commissione ha posto ancora una volta l'attenzione sulla necessità di un quadro globale di regolamentazione del diritto d'autore nel mercato unico digitale⁶.

⁵ Cfr. la relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni "Applicazione della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale" del 22 dicembre 2010, COM (2010) 779.

⁶ Cfr. la Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni "Un mercato unico dei diritti di proprietà intellettuale. Rafforzare la creatività e l'innovazione per permettere la creazione di crescita economica, di posti di lavoro e prodotti e servizi di prima qualità in Europa" del 24 maggio 2011, COM (2011) 287.

3. La responsabilità degli *Internet Service Provider*: l'evoluzione della giurisprudenza.

Se da un lato è condivisa l'opinione secondo cui non si può considerare la Rete come una sorta di zona franca in cui non si applichi alcuna regolamentazione giuridica, dall'altro, spesso la reale applicazione delle norme si scontra con la difficoltà di far rientrare le fattispecie concrete di Internet all'interno di quelle astratte previste dalla normativa. Uno dei principali corollari di questa problematica è la poca chiarezza sulle responsabilità in caso di illeciti, civili e penali, da imputare ai vari soggetti che agiscono in Internet. In particolare, non è chiaro se la responsabilità della distribuzione, divulgazione, detenzione o cessione a terzi di contenuti protetti dal diritto d'autore sia da imputare esclusivamente agli autori materiali dell'immissione in Rete dei dati illeciti oppure anche ai fornitori di servizi.

Nel contesto di continuo cambiamento appena descritto e per districare le tante difficoltà applicative della normativa in esame, la giurisprudenza nazionale e quella comunitaria hanno svolto un ruolo significativo nel chiarire alcuni aspetti cruciali della disciplina del diritto d'autore on-line, già affrontati dalle citate direttive comunitarie, tra i quali rientrano: la responsabilità imputabile agli *Internet Service Provider*⁷; la difficile identificazione del giudice competente a risolvere una controversia generata dall'uso di Internet; la corretta definizione delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore.

Per quanto riguarda la responsabilità degli ISP, la giurisprudenza è divisa tra l'escludere le responsabilità soggettive degli stessi sulla base dell'impossibilità di un controllo preventivo su tutti i contenuti veicolati attraverso la Rete e un atteggiamento più rigoroso, volto a configurare la responsabilità dell'ISP che non intervenga per prevenire od evitare l'illecito⁸.

A livello nazionale, la III sezione penale della Corte di Cassazione ha stabilito, con la sentenza n. 49437 del 23 dicembre 2009 (caso "*Pirate Bay*"), che l'utilizzo di tecnologie *peer-to-peer* non esclude la responsabilità in capo al titolare del sito web che abbia messo a disposizione del pubblico opere protette dal diritto d'autore, nonostante il titolare del sito non detenga nei propri

⁷ Gli *Internet Service Provider* sono soggetti che forniscono servizi Internet quali lo stesso accesso alla Rete o la posta elettronica, fino ad arrivare all'erogazione di spazi sul Web (*hosting*) o alla produzione di contenuti (*Content Provider*).

⁸ Cfr. GARDINI G., op. cit., pag. 231.

A questo proposito cfr. anche il caso *Vuitton* (sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 2010, causa C-236/08 e 238/08), in cui il giudice comunitario ha affermato che l'art. 14 della Direttiva sul commercio elettronico, deve essere interpretato nel senso che essa "si applica al prestatore di un servizio di posizionamento su internet qualora detto prestatore non abbia svolto un ruolo attivo atto a conferirgli la conoscenza o il controllo dei dati memorizzati. Se non ha svolto un siffatto ruolo, detto prestatore non può essere ritenuto responsabile per i dati che egli ha memorizzato su richiesta di un inserzionista, salvo che, essendo venuto a conoscenza della natura illecita di tali dati o di attività di tale inserzionista, egli abbia omissis di prontamente rimuovere tali dati o disabilitare l'accesso agli stessi."

database l'opera protetta, detenuta invece dagli utenti che, attraverso il *peer-to-peer*, la trasferiscono direttamente ad altri soggetti. I giudici della Corte, inoltre, hanno avuto modo di affermare che in materia di circolazione di dati sulla Rete uno speciale potere inibitorio è assegnato all'autorità giudiziaria dal citato d. lgs. 70/2003, artt. 14 e 16. Come affermato dalla Suprema Corte, tale normativa nel prevedere in generale la libera circolazione di servizi, nei limiti del rispetto del diritto d'autore⁹, quali quelli prestati dai *provider* per l'accesso alla Rete, contempla anche, come deroga a tale principio, che la libera circolazione di un determinato servizio possa essere limitata con provvedimento dell'autorità giudiziaria per motivi attinenti all'opera di prevenzione, investigazione, individuazione e perseguimento di reati. In particolare l'art. 14, comma 3, l'art. 15, comma 2, e l'art. 16, comma 3, prevedono che l'autorità giudiziaria possa esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore del servizio impedisca o ponga fine alle violazioni commesse. Le disposizioni citate vanno lette unitamente al successivo art. 17, il quale esclude sì un generale obbligo di sorveglianza, nel senso che il *provider* non è tenuto a verificare che i dati che trasmette concretino un'attività illecita, ma -congiuntamente all'obbligo di denunciare l'attività illecita, ove il prestatore del servizio ne sia comunque venuto a conoscenza, e di fornire le informazioni dirette all'identificazione dell'autore dell'attività illecita- contempla che l'autorità giudiziaria possa richiedere al prestatore di tali servizi di impedire l'accesso al contenuto illecito (art. 17, comma 3). La lettura congiunta di tali disposizioni consente di affermare che sussiste un potere inibitorio dell'autorità giudiziaria penale avente il contenuto di un ordine ai *provider* dei servizi suddetti di precludere l'accesso a Internet al solo fine di impedire la prosecuzione della perpetrazione del reato di cui all'art. 171 ter, comma 2, lett. a-bis) della legge 22 aprile 1941 n. 633¹⁰.

Si può rilevare che lo stesso potere inibitorio spetta all'AGCom in quanto le richiamate norme accomunano nell'azione di contrasto alla violazione del diritto d'autore l'autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa avente funzione di sorveglianza conferendo loro, nella materia in argomento, la possibilità di disporre che i *provider* inibiscano ai propri utenti l'accesso all'indirizzo del sito web operante in violazione del diritto d'autore.

Con tale inibitoria si ha quindi un rafforzamento dei mezzi di tutela del diritto d'autore in quanto alla mera sottrazione della disponibilità della cosa, attuata con la misura cautelare del

⁹ Cfr. l'art. 4, comma 1, lett. a) del d. lgs. 70/2003.

¹⁰ L'art. 171 ter, comma 2, lett. a-bis) della legge 22 aprile 1941, n. 633 stabilisce che è punito con la reclusione da uno a quattro anni e con la multa da euro 2.582 a euro 15.493 chiunque "in violazione dell'art. 16, a fini di lucro, comunica al pubblico immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore, o parte di essa".

sequestro preventivo del sito web riservata all'autorità giudiziaria, si aggiunge la possibilità di richiedere ai *provider* di escludere l'accesso al sito al fine di precludere l'attività di diffusione illecita di opere coperte da diritto d'autore.

Con la stessa sentenza, però, la Suprema Corte ha precisato che tale inibitoria deve essere rispettosa del principio di proporzionalità¹¹ della limitazione dell'accesso alla Rete e ai suoi contenuti rispetto all'obiettivo di individuazione e perseguimento di reati, atteso che la circolazione di informazioni su Internet rappresenta una forma di espressione e diffusione del pensiero che ricade nella garanzia costituzionale dell'art. 21, primo comma, della Costituzione¹². Nelle more di attuazione di una normativa condivisa, almeno a livello comunitario, sul diritto d'autore, con particolare riferimento al tema della giurisdizione competente per reati commessi attraverso un mezzo di per sé neutrale e aterritoriale come Internet, nella stessa sentenza, la Corte ha affrontato la questione giuridica della delocalizzazione delle condotte, chiarendo che la localizzazione del sito all'estero non fa venir meno la giurisdizione del giudice nazionale quando una parte della condotta illecita concorsuale sia avvenuta nel territorio dello Stato¹³.

Ancora in tema di responsabilità imputabile agli ISP, la IX sezione civile del Tribunale di Roma, nell'ordinanza del 12 dicembre 2009¹⁴, ha ritenuto che l'ISP, nello svolgere un'attività di intermediario, non può essere ritenuto responsabile del contenuto dei dati che trasporta e quindi non può rimuovere i contenuti illeciti o sospendere il servizio, se non in attuazione di un ordine dell'autorità giudiziaria.

Significativo è il caso *Vividown c. Google*, risolto con la sentenza del Tribunale di Milano del 24 febbraio 2010. Il Tribunale di Milano ha condannato tre dirigenti Google a sei mesi di reclusione (la condanna è stata in seguito sospesa) per non aver richiamato agli obblighi di legge gli

¹¹ Cfr. l'art. 5, comma 2, lett. b) del d. lgs. 70/2003.

¹² Cfr. in proposito Cass., sez. III, 11 dicembre 2008 - 10 marzo 2009, n. 10535, che, con riferimento ai blog sulla rete Internet, distingue tra libertà di manifestazione del pensiero e libertà di stampa.

¹³ Cfr. CUOMO L., "La Cassazione affonda la Baia dei Pirati", in "Cassazione Penale", Anno 2011, Vol. III, pag. 1102, parte A.

A questo proposito cfr. anche i casi *Scarlet* e *Sabam* (cause C-70/10 e 360/10), tuttora pendenti dinanzi la Corte di giustizia dell'Unione europea. Il giudice comunitario dovrà stabilire se le direttive in materia di diritto d'autore e di commercio elettronico consentano agli Stati membri di autorizzare un giudice nazionale, adito nell'ambito di un procedimento nel merito e in base ad una norma che si limiti a prevedere che esso possa ordinare ad un fornitore di servizi di *hosting* di predisporre, nei confronti della sua intera clientela, *in abstracto* e a titolo preventivo, esclusivamente a sue spese e senza limitazioni nel tempo, un sistema di filtraggio della maggior parte delle informazioni che vengono memorizzate sui suoi *server*, al fine di individuare *file* elettronici contenenti opere protette dal diritto d'autore.

¹⁴ Caso *FAPAV c. Telecom Italia*, in cui FAPAV aveva richiesto a Telecom Italia di fornire i nominativi degli utenti che avessero prelevato in modo illecito contenuti tutelati dal diritto d'autore, di oscurare l'accesso ai siti di *file sharing* e inviare avvisi a coloro che commettono violazioni al diritto d'autore.

utenti che avevano caricato un video che mostrava atti di bullismo nei confronti di un ragazzino Down. In capo a Google si era configurata la responsabilità per colpa con l'aggravante del fine di lucro. Il Tribunale ha argomentato che *“la distinzione tra content provider e service provider è sicuramente significativa ma, allo stato e in carenza di una normativa specifica in materia, non può costituire l'unico parametro di riferimento ai fini della costruzione di una responsabilità penale degli internet providers”*.

Nel caso *PFA Film c. Yahoo*¹⁵ del marzo 2011, il giudice ha riconosciuto la responsabilità del motore di ricerca Yahoo! per aver veicolato contenuti lesivi del diritto d'autore in quanto a conoscenza, perché informato dalla stessa società PFA Film, del contenuto illecito di specifici siti-sorgente e quindi in condizione di esercitare un controllo successivo e impedirne il collegamento.

Lo scorso 11 luglio, però, la Sezione Specializzata di proprietà intellettuale del Tribunale di Roma ha ribaltato le conclusioni cui era pervenuto il giudice nel caso su descritto e, in seguito a reclamo proposto da Yahoo!, ha revocato la citata ordinanza.

I Giudici hanno sottolineato che la vigente disciplina europea e nazionale in materia di tutela del diritto d'autore *“nella consapevolezza delle preoccupazioni dell'industria delle telecomunicazioni e dei fornitori di accesso ha ritenuto necessario precisare che nel bilanciamento dei contrapposti interessi deve essere assicurato il rispetto delle esigenze di promozione e tutela della libera circolazione dei servizi della società dell'informazione”*.

Il Tribunale di Roma, quindi, ha introdotto una limitazione della responsabilità a beneficio degli ISP volta ad *“evitare l'introduzione di una nuova ipotesi di responsabilità oggettiva non legislativamente tipizzata o quantomeno l'ipotesi di una compartecipazione dei providers ai contenuti illeciti veicolati da terzi utilizzando il servizio di connettività da essi fornito”*.

Il titolare dei diritti che richiede di rimuovere o rendere inaccessibile un contenuto lesivo del diritto d'autore, inoltre, è tenuto a individuare l'URL -ovvero la sequenza che identifica univocamente l'indirizzo di una risorsa in Internet- del contenuto, non essendo sufficiente un generico riferimento a talune tipologie di contenuti. Si tratta dello stesso principio recepito dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nello schema di regolamento (vedi seguente par. 4) che nella modulistica predisposta per l'istanza di rimozione di un contenuto richiede che il titolare dei diritti indichi l'URL del contenuto oggetto dell'istanza.

¹⁵ Cfr. l'ordinanza della IX sezione civile del Tribunale di Roma del 20 marzo 2011, con la quale, a seguito di istanza presentata da PFA Film, società licenziataria in esclusiva dei diritti di sfruttamento economico di un film, il giudice ha ordinato al motore di ricerca Yahoo! la rimozione dai propri server dell'accesso ai file audiovisivi del film illeciti e la inibitoria della prosecuzione delle violazioni.

Ciò dovrebbe essere atto a provare non solo la titolarità dei diritti ma anche il carattere abusivo dei singoli atti di messa a disposizione del pubblico di ciascun contenuto.

Altro aspetto di particolare rilievo della decisione, infatti, è rappresentato da quanto i giudici sottolineano a proposito della difficoltà nell'accertare se, e in che misura, ogni atto di messa a disposizione del pubblico di un contenuto contestato risulti effettivamente abusivo. Nel caso di specie i giudici rilevano: “[...] *dalla documentazione acquisita, prodotta dalla stessa parte ricorrente, risulta che la stessa P.F.A. Films s.r.l. è titolare solo di alcuni dei diritti di sfruttamento dell'opera cinematografica “About Elly” e solo per alcuni territori con la conseguenza che tali diritti possono legittimamente essere esercitati da terzi anche attraverso le reti telematiche e che pertanto – nella indiscriminata moltitudine dei possibili contenuti web riproducenti immagini del film “About Elly” – è necessario distinguere quelli provenienti da soggetti legittimati da quelli abusivi”*].

L'Ordinanza in esame pare essere atta a segnare un nuovo corso della giurisprudenza in materia e sembra dare soluzione alle difficoltà che incontra la tutela del diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica sin qui esposte affermando principi quali:

- l'*enforcement* dei diritti d'autore in Rete non legittima deroghe ai principi generali in materia di onere della prova;
- nel nostro Ordinamento non vi sono forme di responsabilità oggettiva degli *Internet Service Provider*;
- chiunque chieda a un ISP la rimozione o l'inibitoria alla diffusione di un contenuto deve individuarlo in modo puntuale con l'URL che lo contraddistingue e fornire la prova della circostanza che la singola diffusione al pubblico del singolo contenuto non è autorizzata e raffigura una violazione dei propri diritti d'autore.

4. Una proposta italiana: lo “Schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica” dell'AGCom.

Le ultime rilevazioni fornite dalle Federazioni che operano contro la pirateria¹⁶ evidenziano come l'Italia sia in ritardo rispetto ad altri Stati europei sulla fruizione dell'offerta digitale legale, mentre aumentano gli utilizzatori di copie pirata.

¹⁶ Cfr. su tutte la ricerca commissionata dalla Federazione Anti-Pirateria Audiovisiva e realizzata da IPSOS, presentata il 19 gennaio 2011.

In linea teorica l'obiettivo di individuare possibili soluzioni di tutela che, contemperando le esigenze, consentano un equilibrato sviluppo dei mercati interessati e favoriscano la concorrenza al loro interno potrebbe essere raggiunto mediante due vie: incentivando le modalità di fruizione dei contenuti secondo modelli commerciali atti ad assicurare la remunerazione degli autori, oppure predisponendo una tutela dei diritti secondo i tradizionali paradigmi del diritto d'autore.

Per far fronte a queste esigenze, in attuazione delle Direttive europee che auspicano il raggiungimento di un sistema di tutela adeguato alle esigenze dell'era digitale e tenuto conto degli interventi della giurisprudenza, il 6 luglio 2011, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha pubblicato uno "*Schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*"¹⁷, poi sottoposto a consultazione pubblica.

L'attività dell'AGCom trova fondamento nelle norme che, a partire dalla l. 18 agosto 2000, n. 248 intitolata "*Nuove norme di tutela del diritto d'autore*", attribuiscono all'Autorità competenza in materia di vigilanza e di regolazione¹⁸. Lo schema di regolamento è il frutto di una rielaborazione, attuata sulla base delle osservazioni emerse da una precedente consultazione pubblica, dei "*Lineamenti di provvedimento*" in materia di diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica¹⁹. Lo schema è suddiviso in due parti che sottendono due obiettivi principali: la prima è tesa ad incentivare lo sviluppo di misure per favorire l'offerta legale e la promozione effettiva dell'accesso ai contenuti on-line da parte degli utenti, la seconda mira a tutelare i titolari del diritto d'autore attraverso due procedimenti, dinanzi ai gestori dei siti Internet e dinanzi all'Autorità. Inoltre, il regolamento prevede l'istituzione di un Tavolo tecnico all'interno dell'Autorità, composto da rappresentanti di tutte le categorie interessate e delle associazioni di consumatori e utenti, che ha il compito di agevolare accordi tra i vari attori coinvolti e di elaborare soluzioni al fine di promuovere l'offerta legale di contenuti digitali. Il Tavolo tecnico, in particolare, avrà come obiettivi: elaborare codici di condotta per gestori dei siti Internet e per i fornitori di servizi; promuovere accordi tra produttori e distributori al fine di semplificare l'iter di distribuzione dei contenuti; realizzare campagne di educazione alla legalità nella fruizione dei contenuti. È prevista anche la creazione di un osservatorio per monitorare i miglioramenti della qualità e le riduzioni dei prezzi dell'offerta legale di contenuti digitali.

¹⁷ Delibera n. 398/11/CONS dell'AGCom.

¹⁸ Cfr. in particolare il d. lgs. 9 aprile 2003 n.70 e il d. lgs. 15 marzo 2010, n. 44.

¹⁹ Delibera n. 668/10/CONS dell'AGCom.

4.1. La procedura di *notice and take down*.

La seconda parte dello schema di regolamento, finalizzata a incentivare misure a tutela del diritto d'autore, si articola in due sezioni riguardanti rispettivamente il procedimento dinanzi al fornitore di servizi e il procedimento dinanzi all'Autorità. L'art. 6 dello schema di regolamento, infatti, introduce l'istituto del *notice and take down*, ovvero una procedura di notifica di violazione del diritto d'autore attraverso la quale un soggetto legittimato, che ritenga che uno specifico contenuto violi il diritto di cui è titolare, può rivolgersi direttamente al gestore del sito Internet inviandogli una richiesta di rimozione del contenuto. Il gestore del sito, se riconosce che i diritti del contenuto oggetto di segnalazione sono effettivamente riconducibili al segnalante, può rimuoverlo entro 4 giorni, accogliendo la richiesta rivoltagli. È fatta salva la facoltà del terzo che abbia caricato il contenuto oggetto di notifica di presentare le proprie controdeduzioni e, nel caso in cui ritenga che un contenuto sia stato rimosso ingiustificatamente, di presentare opposizione alla rimozione dello stesso (procedura della contro-notifica). In questo caso il segnalante avrà la facoltà di presentare le proprie controdeduzioni, nonché trasmettere la richiesta di rimozione all'AGCom o rivolgersi all'autorità giudiziaria.

Il procedimento presenta due aspetti significativi che rispondono alla necessità di velocità e semplificazione connaturata nei sistemi on-line: il primo riguarda la possibilità di rivolgersi direttamente al gestore del sito o al fornitore del servizio di media audiovisivo o radiofonico, il secondo è il modo con cui esercitare le facoltà di notifica di violazione, ovvero attraverso moduli forniti dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ai quali poter accedere attraverso un semplice link disponibile sul sito del gestore o del fornitore del servizio di media audiovisivo o radiofonico.

Qualora l'esito della procedura di *notice and take down* non risulti soddisfacente per una delle parti, questa potrà rivolgersi all'Autorità, la quale, a seguito di contraddittorio, potrà impartire nei successivi 20 giorni, prorogabili per non oltre 15 giorni in caso di necessità di ulteriori approfondimenti, un ordine di rimozione selettiva dei contenuti illegali o, rispettivamente, di loro ripristino, a seconda di quale delle richieste rivoltegli risulti fondata. Nel caso in cui sia accertata la violazione dei diritti d'autore e in caso di mancato rispetto dell'ordine di rimozione, l'Autorità potrà irrogare le sanzioni amministrative pecuniarie previste dalla legge 31 luglio 1997, n. 249. All'interno di questa procedura è compresa la possibilità di procedere ad adeguamento spontaneo da parte di chi viola il diritto d'autore, senza alcuna conseguenza sul piano sanzionatorio.

In ogni momento della procedura introdotta dal Regolamento è fatta salva la facoltà per il titolare del diritto di rivolgersi all'autorità giudiziaria, non configurandosi la procedura dinanzi al gestore del sito o quella dinanzi all'AGCom come sostitutiva della via giudiziaria. Le decisioni in materia di diritto d'autore, inoltre, sono impugnabili dinanzi al TAR del Lazio, come ogni provvedimento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. La procedura delineata dallo schema di regolamento, quindi, è finalizzata a soddisfare un interesse generale a una soluzione più spedita e meno onerosa delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche. Tuttavia, alcuni soggetti intervenuti alla consultazione pubblica del Regolamento hanno evidenziato che il termine entro cui il gestore è tenuto a rimuovere i contenuti illegali può risultare eccessivo visti i rapidi tempi di diffusione dei contenuti on-line, mentre le tempistiche procedurali ipotizzate nel documento in esame non garantirebbero il rispetto del principio del contraddittorio²⁰.

4.2. I provvedimenti nei confronti dei siti esteri e il problema della atterritorialità di Internet.

Altro aspetto che rileva sottolineare è la previsione all'interno dello schema di regolamento di due distinte norme riguardanti rispettivamente i provvedimenti nei confronti di soggetti localizzati in Italia e i provvedimenti nei confronti di soggetti localizzati all'estero. Alcune osservazioni in proposito lamentano poca autorevolezza da parte dell'Autorità nei confronti di gestori di siti i cui nomi di dominio siano registrati all'estero²¹. Infatti, l'art. 14, che regola l'azione dell'Autorità nei confronti di soggetti localizzati all'estero, prevede che, in caso di diffusione di contenuti in violazione delle norme sul diritto d'autore, l'organo collegiale ne richieda (e non ne ordini così come previsto dall'art. 13 per i soggetti localizzati in Italia) la rimozione, sempreché sia risultato vano l'ulteriore adempimento, previsto per i soli soggetti localizzati all'estero, consistente nel richiamo al rispetto della legge sul diritto d'autore. Si lamenta quindi una mancanza di forza coercitiva da parte dell'Autorità nei confronti dei soggetti localizzati all'estero, e ci si chiede perché, per superare l'ostacolo della immaterialità e della atterritorialità della Rete, non si ricorra all'inibizione all'accesso ai siti che utilizzano contenuti in violazione di legge mediante il blocco del nome di dominio o dell'indirizzo IP con la formazione di una "black list" di siti Internet, misura che è stata già attuata da parte dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato con riferimento ai siti di gioco non autorizzati, con lo scopo di contrastare le truffe on-line connesse al

²⁰ Cfr. la Delibera 398/11/CONS dell'AGCom.

²¹ MAZZA E., "Le nuove regole faranno decollare i contenuti nelle reti digitali". Articolo apparso sulla newsletter AGCom, Letter@gcom n. 3/2011, <http://www.agcom.it/Default.aspx?message=contenuto&DCId=446>, pag. 10.

gioco d'azzardo²². Tale misura, però, non è stata adottata dall'Autorità in quanto da molti ritenuta inefficace e di difficile implementazione ed anche perché occorre che la sua istituzione sia prevista legislativamente, così come è avvenuto per la "black list" dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, realizzata in attuazione delle disposizioni contenute nell'art. 1 della legge Finanziaria 2006.

4.3. Il fair use e i criteri di valutazione delle eccezioni e delle limitazioni al diritto d'autore.

Uno degli aspetti fondamentali su cui lavorare per poter garantire che la cultura nel Web sia accessibile in modo pieno e legittimo e le problematiche del diritto d'autore on-line siano risolte, consiste nella regolamentazione delle eccezioni e limitazioni nel Web. Le eccezioni, infatti, attenuando il regime di esclusiva, consentono utilizzazioni delle opere intellettuali altrimenti vietate in funzione di esigenze costituzionalmente garantite, tra cui il diritto all'informazione, la libera discussione, la ricerca e l'accesso alla cultura, tutte operazioni che oggi si effettuano prevalentemente in rete. Lo schema di regolamento pubblicato dall'AGCom prevede un sistema di *fair use* basato sulle eccezioni previste dalla legge sul diritto d'autore²³ che in sede di consultazione pubblica è stato oggetto di critiche. Nello schema di regolamento si statuisce che le eccezioni si applicano: a) all'uso didattico e scientifico; b) al diritto di cronaca, commento, critica e discussione nei limiti dello scopo informativo e dell'attualità; c) in caso di assenza della finalità commerciale e dello scopo di lucro; d) in relazione alla occasionalità della diffusione, alla quantità e qualità del contenuto diffuso rispetto all'opera integrale, che non pregiudichi il normale sfruttamento economico dell'opera. L'autore della critica all'impegno dell'Autorità nella declinazione del cosiddetto *fair use* sembra mettere in dubbio la facoltà della stessa di emanare regolamenti sulla materia in oggetto²⁴. Si può ricordare che l'operato dell'Autorità nel predisporre il Regolamento in oggetto trova fondamento e sostegno in norme dello Stato, così come si può ricavare dall'esame delle norme richiamate dalla stessa Autorità nella Delibera di Consiglio n. 398/11/CONS:

a) la stessa legge istitutiva dell'Autorità (l. 249/97) all'art. 1 comma 6 lettera b) 4 bis, introdotto dall'art. 11 della legge 248/2000, prevede che l'Autorità, tramite la sua Commissione per

²² MAZZA E., op. cit., pag. 11.

²³ Cfr. gli artt. 65 e 70 della legge 633/41.

²⁴ Fulvio Sarzana di Sant'Ippolito, Studio Legale Sarzana & Associati, "Una disciplina tra luci e ombre", articolo apparso sulla newsletter AGCom, Letter@gcom n. 3/2011.
<http://www.agcom.it/Default.aspx?message=contenuto&DCId=446>, pagg. 12 e 13.

i servizi e i prodotti, svolga la vigilanza, per la protezione del diritto d'autore, sull'attività di diffusione via etere e via cavo, quale prevista dall'art. 182 bis della legge 633/41;

b) il d. lgs. n. 44/2010 ("decreto Romani") prevede che l'Autorità emani le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva la tutela dei diritti d'autore e di proprietà intellettuale nei servizi di media audiovisivi;

c) il d. lgs. n. 70/2003 (relativo all'attuazione della Direttiva 2000/31/CE) agli artt. 14, 15, 16 e 17, conferisce all'Autorità di vigilanza il potere di esigere che il prestatore del servizio, nell'esercizio delle attività di *mere conduit*, *caching* ed *hosting*, impedisca o ponga fine all'accesso di contenuti per i quali si riscontrino violazioni alle norme regolanti la materia.

In secondo luogo l'autore afferma che l'Autorità nel fissare, all'art. 10 del Regolamento in esame, i criteri di valutazione delle eccezioni degli artt. 65 e 70 della legge 633/41, ha superato i limiti che ogni regolamento, in quanto norma di rango secondario e quindi subordinata, trova nella legge che disciplina la stessa materia. In particolare, secondo l'autore, il punto d) dell'articolo 10, ovvero "*l'occasionalità della diffusione, la quantità e qualità del contenuto diffuso rispetto all'opera integrale che non pregiudichi il normale sfruttamento economico dell'opera*" costituirebbe un'ulteriore eccezione al diritto d'autore non presente nelle norme positive in materia, richiamando direttamente i criteri adottati dalla giurisprudenza statunitense per delineare l'ambito della "*generalklausel*" del *fair use*.

A ciò si può controbattere che l'Autorità, nel dettare norme per la concreta attuazione dei compiti di vigilanza attribuiti dalla legge, non fa altro che interpretare le norme di legge, precisandone più che integrandone il contenuto. Infatti, i criteri di valutazione fissati dall'art. 10 trovano origine nelle norme stesse in materia di diritti d'autore: il punto a) "*uso didattico e scientifico*" ed il punto c) "*assenza di finalità commerciali e scopo di lucro*" trovano fondamento nell'art. 70 comma 1 bis della legge 633/41 che consente la libera pubblicazione attraverso Internet di immagini e musiche per uso didattico e scientifico a titolo gratuito e senza scopo di lucro; il punto b) "*esercizio del diritto di cronaca, di commento, di critica, e di discussione nei limiti dello scopo informativo e dell'attualità*", trova fondamento nello stesso art. 70 che prevede la libera diffusione per uso di critica e di discussione e nell'art. 65 della legge 633/41 che prevede la libera diffusione di articoli di attualità di carattere economico, politico o religioso, nonché la libera riproduzione di opere e materiali utilizzati in occasione di avvenimenti di attualità al fine

dell'esercizio del diritto di cronaca; il punto d) "*occasionalità della diffusione, quantità e qualità del contenuto diffuso rispetto all'opera integrale che non pregiudichi il normale sfruttamento economico dell'opera*", trova fondamento nell'art. 70 legge 633/41; detto articolo, infatti, nel prevedere la libertà di diffusione per uso di critica o di discussione fa riferimento non all'intera opera bensì a brani o parti di opera, e quindi fa espresso riferimento alla quantità e qualità del contenuto diffuso; pone un limite all'eccezione prevedendo che la stessa non incida sull'utilizzazione economica dell'opera e quindi non ne pregiudichi da parte dell'avente diritto il normale sfruttamento economico; evoca il criterio della occasionalità in quanto la libera diffusione non è generalizzata bensì è legata al ricorrere di determinate circostanze (critica, discussione, insegnamento e ricerca scientifica) e in ciò trova un nuovo limite.

Per ammissione dello stesso Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, non tutti gli aspetti della disciplina del diritto d'autore on-line sono stati risolti attraverso lo schema di regolamento²⁵ ed è sicuramente auspicabile un intervento del legislatore, soprattutto per rivedere le norme primarie su cui si fondano i recenti interventi. D'altro canto il regolamento proposto dall'AGCom non pare configurarsi come lesivo delle "libertà su Internet" in quanto non prevede misure di inibizione di siti, ma esclusivamente la rimozione selettiva del materiale coperto da diritto d'autore e non pare atto a limitare la libertà di espressione e di informazione, di cronaca, commento o discussione.

5. Conclusioni.

In merito ai principi contenuti nella normativa interna e in quella comunitaria a tutela del diritto d'autore, non sembra ci sia stato un cambiamento significativo in seguito alle sfide del digitale. Oggetto del diritto d'autore sono infatti, ai sensi della legge, le opere di carattere creativo "*qualunque ne sia il modo o la forma di espressione*"²⁶. La normativa in linea di principio è atta quindi a ricomprendere ogni nuova espressione creativa di un'idea. Ciò che è messo in discussione dal naturale evolvere della tecnologia è il modo in cui beneficiare delle opere dell'ingegno. L'esigenza di garantire accessibilità ai contenuti e incentivare l'offerta lecita nella società dell'informazione è perseguibile, in primo luogo, attraverso una "campagna di educazione",

²⁵ Cfr. l'audizione in Parlamento del Presidente Corrado Calabrò sulle recenti problematiche emerse nel settore internet in materia di diritti d'autore del 21 luglio 2011.

²⁶ Cfr. l'art. 1 della legge 633/41

facendo in modo che il mercato sia correttamente informato e che tutti gli operatori abbiano piena consapevolezza delle proprie operazioni.

Fino a che, nell'on-line, non sarà chiaro quali siano le azioni che ciascun utente può liberamente compiere, quale sia l'offerta lecita e quale attività costituisca pirateria, infatti, non sarà possibile risolvere efficacemente le problematiche del diritto d'autore nel rinnovato contesto tecnologico. Come sottolineato anche dal considerando n. 22 della Direttiva 2001/29/CE: *"La diffusione della cultura non può essere veramente promossa se non proteggendo rigorosamente i diritti e lottando contro le forme illegali di messa in circolazione di opere culturali contraffatte o riprodotte abusivamente"*.

In secondo luogo, l'adeguamento normativo all'attuale contesto tecnologico dovrebbe avvenire in un'ottica di positiva valutazione delle possibilità che le nuove tecnologie possono offrire, per una più ampia diffusione della cultura e delle informazioni e per un più proficuo sviluppo del mercato nazionale e transnazionale.

Se da un lato è doveroso salvaguardare il bene intellettuale, e incentivare attraverso la retribuzione degli autori la creatività, infatti, bisogna, dall'altro, garantire un bilanciamento di interessi con la salvaguardia e la tutela di un'area di conoscenze, saperi e informazioni che dovrebbero essere e rimanere a disposizione della collettività, liberamente riutilizzabili come base per ulteriori creazioni e innovazioni.

Solo così si potrà migliorare l'accessibilità alle opere dell'ingegno nel Web, Internet potrà svilupparsi ulteriormente e costituire un nuovo slancio per la cultura e l'informazione, con piena libertà di accesso alla conoscenza e, al contempo, avere un diritto d'autore che, pur mantenendo intatta la sua funzione di tutela, non sia di ostacolo ma d'incentivo a un equilibrato sviluppo della cultura e dell'innovazione nel Web.