

Italia audiovisiva: diritto d'autore e creatività

5 ottobre 2011 ore 10.00

La ricerca presentata prende le mosse dal ruolo centrale della televisione come cardine dell'industria creativa. La perdurante centralità della tv era uno degli elementi che evidenziavo nella mia ultima relazione annuale al Parlamento. Mettevo infatti l'accento sul fatto che "nonostante le nuove tecnologie/piattaforme frammentino l'audience e spostino l'attenzione sulla rete - e benchè gli italiani siano fra i più avidi consumatori di social network - il caso Italia evidenzia come sia ancora la tv il veicolo di gran lunga prevalente per l'informazione: oltre il 90% nel 2010".

Quindi, se da una parte il processo di convergenza tecnologica giustifica una riflessione sul pluralismo "multimediale", dall'altra una visione realistica del nostro Paese non può ancora prescindere da una particolare attenzione alla tv di casa nostra.

Con tutto quello che ne consegue. A partire dal significato economico e sociale dell'industria creativa e dal rapporto che questa industria ha con le opportunità e i rischi offerti dalla digitalizzazione.

Questo è un aspetto che merita qualche riflessione in più.

Il 6 agosto scorso il *web* ha compiuto vent'anni.

E proprio a ridosso di questo anniversario abbiamo avuto diverse prove dimostrative - se mai ce ne fosse ancora bisogno - della "potenza" di internet e, in particolare, della capacità di veicolare "opinione" dei *social network*¹.

Pensiamo alla loro importanza nelle consultazioni elettorali: evidenziatasi già in occasione della scorsa campagna elettorale di Obama, si ripropone prepotentemente nella nuova campagna americana, fin dalla fase di avvio. Stranamente essa non è stata colta appieno in occasione degli ultimi referendum nel nostro Paese, dove il megafono della rete ha giocato

¹ Sono circa 600 milioni i membri di Facebook, di cui 19 milioni gli italiani; 200 milioni circa sono i frequentatori di Twitter

un ruolo incisivo (più di amplificatore che di "agorà delle idee", ma questa è un'opinione personale...).

Le rivolte nei Paesi del Nord-Africa e del Medio-Oriente hanno rivelato anche un altro aspetto, insospettato nelle sue dimensioni: la capacità dei *social network* di mobilitare decine di migliaia di persone in un'ora. La rete si rivela l'arma più potente contro i regimi oppressivi.

Insomma, la rete, i *social network* stanno cambiando la società, il costume, le forme di democrazia, l'uso dei diritti.

Tanto che il Partito dei pirati – aggregatosi intorno a tematiche legate all'utilizzo della rete internet ed in particolar modo al rifiuto della attuale forma di *copyright* - ha eletto un europarlamentare per la Svezia nel 2009 e ha riscosso un importante risultato nelle recenti elezioni per il rinnovo del Parlamento della città-Stato Berlino.

Il diritto alla libera circolazione del pensiero nelle nuove forme della tecnologia è indubbiamente un principio fondamentale per la società d'oggi.

La rete è l'ambito delle nuove libertà e dei nuovi diritti. Il popolo della rete esprime un'energia montante dal basso che può rinvigorire le forme stantie della politica. Di ciò sarebbe sciocco e miope non tener conto, ma non per questo si può pretendere man salva per la conculcazione dei diritti altrui (nelle sommosse di Londra sono stati bruciati negozi e macchine).

La rete eleva i diritti fondamentali della persona, della società, dell'impresa ad un livello di maggiore potenzialità e complessità. Ma non li sopprime. Anche la massima liberalizzazione non deve portare all'espropriazione.

Nessuna libertà – anche nuova - è senza limiti; e il limite, com'è noto, è costituito dal diritto altrui.

Si parla di un "nuovo modello olistico di libertà" da costruire (Zencovich); il che fa ben intendere la difficoltà di ricomprendere tutte le forze centrifughe in un equilibrio sostenibile sia giuridicamente sia economicamente.

Il problema è che la de-materializzazione degli scambi sociali ed economici fra le persone procede ad una velocità di gran lunga superiore a quella con cui il diritto si adegua alla nuova realtà. Il quadro si complica

tenendo conto della disintermediazione nella catena di fruizione dei contenuti e della pubblicazione decentrata (anche individuale) dei contenuti.

In un'epoca in cui le librerie chiudono e Amazon e altri editori *on line*, compresi i *self-publishing*, inondano la rete di testi da scaricare, assistiamo a una possibilità di diffusione e a una facilità di fruizione dei prodotti letterari e musicali ben maggiore che in passato.

Nell'informazione il fenomeno è sotto gli occhi di tutti: siamo sommersi da un flusso inarrestabile di notizie. Tanto che il tema dell'autorevolezza delle fonti sta tornando di interesse e non appare una nostalgia reazionaria

In questo aumento esponenziale delle possibilità, buona parte dell'industria creativa soffre.

E' un paradosso che nell'era del maggiore potenziale creativo l'industria culturale vada in crisi?

Non è un paradosso.

Il digitale amplia a dismisura gli spazi della creatività e riduce i costi di distribuzione dei contenuti. Aumenta anche le prospettive occupazionali modificando con saldo positivo la struttura dell'occupazione: l'evidenza empirica mostra che per ogni 2 posti di lavoro distrutti, ne vengono creati 3. Una trasformazione non priva di un costo sociale, ma di cui una società matura deve farsi carico, non chiudendo la porta al futuro.

Ma il digitale espone anche – e con maggiore intensità rispetto al contesto analogico – al depauperamento dei contenuti innescato dalla pirateria. L'industria creativa si basa infatti sui costi affondati della cosiddetta copia zero: un nuovo programma, un nuovo spettacolo teatrale, un nuovo disco, un nuovo film. L'investimento nei nuovi talenti è un rischio d'impresa. La vulnerabilità dei contenuti che con un *click* possono perdere tutto il loro valore riduce la propensione ad investire, ad assumersi quel rischio che è il motore vero di una produzione culturale che si rinnova.

Non è un rischio da poco. Nel breve periodo i fattori che determinano il successo di uno Stato sono la potenza militare, quella economica, lo sviluppo tecnologico. Ma nel lungo periodo sono l'arte, la scienza, la cultura, che aprono alla mente umana e alla società nuovi orizzonti: basti pensare all'antica Grecia.

"... un punto di forza del nostro Paese (é) la cultura della creatività, che deve far considerare grande il potenziale delle nostre imprese e del nostro lavoro. E in questo nuovo esprimersi della creatività italiana rivive la forza di una tradizione, di un patrimonio e di una sensibilità cui dobbiamo dedicare ben maggiore attenzione". (Giorgio Napolitano, discorso di fine anno, 31 dicembre 2007).

La creatività – che è un mezzo e non un fine - è un *input* fondamentale e non sostituibile per la produzione di cultura. Senza contare che il comparto creativo dell'industria incide significativamente anche sull'economia di un Paese.

Molti sono gli studi che cercano di misurare l'impatto dell'industria culturale sia in termini di valore aggiunto che di occupazione. I risultati differiscono – anche notevolmente - a seconda degli aggregati considerati (che sono quasi sempre più ampi della sola industria delle comunicazioni e della cultura)². Ma tutti convergono nella direzione di un'importanza crescente dei comparti cosiddetti creativi.

Importanza crescente, vulnerabilità crescente.

La ricerca "Italia audiovisiva" presentata oggi va a colmare con metodo una rilevazione sistematica che per l'industria digitale italiana mancava e che più volte era stata invocata per una migliore conoscenza del fenomeno.

Un recente studio ha provato a armonizzare i dati per i diversi Paesi europei e a rispondere alle seguenti tre domande-chiave³:

- Qual è il contributo dato dall'industria creativa tutelata da strumenti di tipo "copyright" all'economia europea e dei singoli Stati membri in termini di PIL e occupazione?

- Quali sono le conseguenze economiche della pirateria?

- Quali sono le prospettive di perdita dell'industria entro il 2015 in assenza di nuove linee di intervento per combattere il fenomeno?

I risultati, per il nostro Paese, sono molto significativi. Tra il 3,8% e il 6% è l'impatto sul PIL⁴ italiano dell'industria creativa (moda esclusa),

² L'Istituto Tagliacarne, ad esempio, ha compiuto alcune rilevazioni per il ministero dei beni e attività culturali includendo nella filiera produttiva del macrosettore: l'industria della cultura materiale (moda, artigianato, design industriale), l'industria del contenuto e della comunicazione e il patrimonio artistico del Paese. L'impatto di un settore così ampio in termini di valore aggiunto per il 2006 era di circa il 9% del PIL e il 12% dell'occupazione.

³ Sviluppato da TERA per l'International Chamber of Commerce nel 2010.

⁴ A seconda del fatto che si considerino solo le attività direttamente riconducibili alle industrie creative o si includano anche le relazioni intersettoriali innescate dall'industria creativa anche su settori diversi ma legati funzionalmente.

analogo è quello sull'occupazione (valori leggermente inferiori a quelli di Paesi più digitali come Regno Unito, Germania e Francia). Ma il comparto perde circa 1,4 miliardi di euro l'anno per effetto della pirateria (tanto quanto il Regno Unito che ha un'economia digitale più che doppia) e circa 22.000 posti di lavoro. Perdite in proporzione maggiori rispetto ad altri Paesi per l'elevato tasso di pirateria fisica e digitale.

Al di là dei valori puntuali sono indicazioni di grande prospettiva. Indicazioni in larga parte escluse dal corrente dibattito sullo statuto giuridico di internet – come una cosa di bassa cucina che non ha diritto di cittadinanza in un testo di filosofia. Eppure le attività dei privati si conformano ovunque ad un articolato complesso di norme e sono soggette a penetranti controlli pubblici: la “rete” costituisce un *enclave* di sospensione del diritto solo perché immateriale, a-territoriale e acclamato paradigma di libertà? Può la fruizione diffusa e senza impacci dell'opera dell'ingegno – che vogliamo tutti – strangolare il diritto al compenso per il creatore dell'opera? Non si avvizzisce così alla radice la creatività, ch'è la maggiore risorsa di ogni società?⁵

Il problema non è solo italiano, è mondiale. Ed è un problema con molte facce, tanto che non sono state ancora rinvenute, in nessun Paese, soluzioni che siano al tempo stesso efficaci, giuridicamente sostenibili e costituzionalmente corrette⁶.

La valenza sovranazionale del problema mi ha indotto, già da anni, ad auspicare un intervento quadro dell'ONU. L'iniziativa dell'e-G8 lanciata dal presidente Sarkozy va (con ben altra autorevolezza) in questa direzione.

Le direttive europee hanno comunque portato a un aggiornamento del quadro giuridico: nel contesto europeo gli Stati non possono più esimersi dall'affrontare il tema.

Sì, ma perché l'AGCOM deve fare da apripista in questo campo minato?

⁵ La consultazione a seguito della pubblicazione del libro verde della Commissione Europea “Le industrie culturali e creative, un potenziale da sfruttare” del 2010, ha evidenziato, tra le priorità di intervento, proprio la necessità di nuove misure di *enforcement* per contenere la pirateria digitale percepita dai più come un freno all'innovazione creativa.

⁶ La dimensione mondiale del fenomeno si confronta con un diritto ancora figlio degli ordinamenti dei singoli Stati; la tutela del copyright va coniugata con la libertà di espressione e d'informazione; l'affermazione di principi di legalità e di contrasto alle violazioni si deve integrare con l'incentivo all'innovazione, alla qualità; qualsiasi discriminazione nella fruizione di contenuti non deve minare la neutralità della rete; la remunerazione dei servizi di informazione non può presupporre il ritorno degli investimenti nelle reti che abilitano i servizi. Il tutto sullo sfondo di un'inarrestabile evoluzione tecnologica che cambia continuamente le categorie e i valori in gioco.

Beh, sono proprio le leggi di recepimento delle direttive europee che ci impongono questo compito, per improbo che sia⁷.

E lasciatemi dire che è proprio grazie a questa responsabilità che AGCOM si sta assumendo – con grande ed aperto confronto a partire dal suo interno - che il dibattito sulla rete ha assunto una dimensione di visibilità, in precedenza limitata a qualche intervento di dottrina e a qualche proposta di legge che rischiava di non vedere neppure il passaggio in Commissione.

Prima di tutto sgombriamo il campo da un equivoco che qualcuno artatamente proietta sul nostro schema: nessun limite alla libera espressione e diffusione del pensiero.

L'Autorità non ha la benché minima propensione a diventare lo sceriffo di internet, come qualcuno ha paventato; né questo sarebbe semplicemente possibile.

Abbiamo scartato in partenza logiche invasive del tipo di quelle adottate in Francia con la legge Hadopi 2 che - rivolgendosi all'utente finale e alle applicazioni *peer-to-peer*- si stanno rivelando al tempo stesso intrusive e poco efficaci.

Un intervento per la tutela di diritti di proprietà intellettuale non può avere un contenuto esclusivamente repressivo, ma deve contenere anche una fase propositiva, diretta a suscitare iniziative mirate all'allargamento delle aree dell' utilizzo "legale", alla maturazione di una cultura del rispetto del diritto d'autore, allo stimolo verso nuove forme di licenze collettive e *creative commons*.

Le principali motivazioni per le quali si scelgono soluzioni di consumo "illegale" sono due: il risparmio rispetto all'acquisto e la comodità di anticipare i tempi rispetto all'offerta "legale"⁸.

⁷ D.lgs. n.70/2003 (di recepimento direttive sul commercio elettronico) che prevede che l'AGCOM possa esigere – al pari di quella giudiziaria – che il prestatore di servizi impedisca o ponga fine alle violazioni commesse; art.32-bis del d.lgs.n.44/2010 (decreto Romani) che prevede che l'Autorità emani le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva per la tutela dei diritti d'autore e di proprietà intellettuale per i servizi di media audiovisivi. Norme da leggere in relazione all'art.182-bis della legge n.633/41 (introdotto dalla l.n.248/2000) che attribuisce all'AGCOM poteri di vigilanza in materia di diritto d'autore.

⁸ L'ultima rilevazione commissionata dalla FAPAV (Federazione anti pirateria audiovisiva) ha evidenziato che il 37% del campione ha fruito nel 2010 di copie pirata – digitali e non - di contenuti audiovisivi (+5% rispetto al 2009). I dati della FPM (Federazione contro la pirateria musicale) evidenziano invece come il 23% degli utilizzatori della rete scarichi musica illegalmente, mentre l'Italia è in ritardo rispetto all'UE sulla fruizione dell'offerta digitale legale -tra le cause: l'arretratezza informatica del complesso della popolazione, il costo più elevato dei supporti in Italia (CD, DVD. Blu-ray); la limitata diffusione di forme di

Oggi ci sono ostacoli strutturali – veri e propri “colli di bottiglia” - allo sviluppo di un’offerta ampia di contenuti “legali”. Questi ostacoli sono rappresentati, principalmente, dalle modalità di vendita ed acquisto dei diritti e dalle “finestre di programmazione”⁹.

Anche l’educazione alla legalità può contribuire alla diffusione di un corretto utilizzo di internet, soprattutto da parte dei giovani. La maggior parte degli utenti che utilizzano la rete per accedere a contenuti coperti da *copyright* non è consapevole di commettere un illecito.

Qualcuno provocatoriamente sostiene che quando un contenuto illegale assume dimensioni di massa è il diritto ad essere in debito verso la realtà e non viceversa. Io, però, non credo che la politica dei condoni e del non intervenire, favorendo in ultima analisi l’illecito, contribuisca a creare un clima di certezza del diritto. L’Italia è un osservato speciale nella watch list del Governo americano; il problema sussiste.

Peraltro, lo sviluppo di un’offerta legale da solo non risolve il problema.

Il nostro schema prevede quindi, necessariamente, una procedura (ormai di comune applicazione soprattutto negli Stati Uniti) che si articola in due fasi: una relativa al cosiddetto *notice and take down* che si svolge dinanzi al gestore del sito; la seconda dinanzi all’Autorità.

Nella prima fase il gestore del sito, ricevuta la richiesta dal titolare del diritto, può rimuovere lui stesso il contenuto illegale. Accanto a questo meccanismo abbiamo introdotto, – a garanzia degli utenti e innovando rispetto a quanto avviene nella maggior parte dei Paesi europei, - anche la procedura della contro-notifica. Questa prevede che il soggetto che ha caricato il contenuto asseritamente illegale (*uploader*) riceva dal gestore del sito l’avviso di notifica della rimozione, cosa che lo mette in condizione, se

pagamento elettronico-. Complessivamente il fenomeno della pirateria digitale rappresenta il 27% del mercato italiano contro la media EU del 23%, con conseguenze sulla creazione di valore, sull’occupazione e sugli incentivi ad investire. Qualcuno rileverà che sono dati di parte. Ma al di là del dato puntuale, l’ordine di grandezza è indubbiamente considerevole.

⁹ Le politiche degli operatori di creare i cosiddetti *walled garden* puntano a determinare situazioni di monopolio sul possesso e la messa a disposizione di determinati contenuti. Le “finestre di distribuzione”, poi, tra cinema, home video e le piattaforme distributive, così come sono oggi dimensionate, stimolano oggettivamente lo sviluppo della “pirateria”: il rilascio ritardato di un’opera su internet fa sì che il contenuto “legale” sia disponibile svariati mesi dopo la prima uscita sui canali distributivi, rendendo appetibile la “copia pirata” che incentiva il consumo illegale.

L’avvento delle nuove tecnologie e l’interoperabilità delle piattaforme trasmissive dovrebbero invece far ripensare tutto il sistema dei diritti in esclusiva e della distribuzione tradizionale in un’ottica innovativa e “convergente”. Gli Stati Uniti stanno facendo dei passi in questa direzione.

lo ritiene, di fare opposizione alla rimozione del contenuto (*counter notice*)¹⁰.

Non viene prospettata alcuna misura *ex ante* che possa indurre gli ISP a filtrare il traffico dati; men che meno è prevista alcuna misura di inibizione o oscuramento dei siti, siano essi italiani o esteri. Nel caso dei primi, ci sarà un ordine di rimozione selettiva dei contenuti a seguito di accertamento di violazione dopo ampia istruttoria; per i siti esteri, nel caso in cui la nostra richiesta di rimozione non sia accolta, ci limiteremo a informare l'autorità giudiziaria¹¹.

La procedura dinanzi all'Autorità è alternativa e non sostitutiva della via giudiziaria e si blocca se una delle parti decide di ricorrere al giudice¹². Giudice che peraltro in alcune recenti sentenze sta seguendo un percorso argomentativo che conferma la ragionevolezza del nostro schema, laddove si concentra sul gestore del sito che effettua un *hosting* attivo¹³.

¹⁰ Qualora l'esito della procedura davanti al gestore non risulti soddisfacente per una delle parti, questa potrà rivolgersi all'Autorità, la quale, a seguito di un contraddittorio -che consente anche la possibilità di un adeguamento spontaneo senza alcuna conseguenza sul piano sanzionatorio-, potrà impartire un ordine di rimozione selettiva dei contenuti illegali o, rispettivamente, di loro ripristino a seconda di quale delle richieste rivolte all'Autorità risulti fondata. In caso di mancato rispetto dell'ordine impartito, l'Autorità potrà irrogare le sanzioni amministrative pecuniarie previste dalla legge 31 luglio 1997, n. 249, stabilite nel minimo edittale in 10.000 euro e nel massimo in 258.000 euro.

¹¹ Non si chiede all'operatore di telecomunicazioni di esercitare un controllo preventivo sui contenuti o di attribuire all'ISP una responsabilità *ex ante* di tipo editoriale, ma, una volta reso edotto dell'illiceità dei contenuti, la mancata rimozione *ex post* determina una responsabilità nella contraffazione dei diritti di proprietà intellettuale che giustifica l'ordine all'inibizione del contenuto. La magistratura, con recenti sentenze, si è mossa proprio su questo binario. Caso *Pirate Bay* – sentenza della III Sezione penale della Corte di Cassazione del 23 dicembre 2009; Caso *FAVAP c/Telecom Italia* e Caso *RTI c/You Tube* – ordinanze della IX Sezione civile del Tribunale di Roma del 12 e 15 dicembre 2009; caso *PFA Film c/Yahoo!* – ordinanza della IX Sezione civile del Tribunale di Roma del 20 marzo 2011; Caso *RTI c/IOL* – sentenza del 7 giugno 2011 del Tribunale di Milano.

Da parte sua, la direttiva 2000/31/CE (Direttiva sul commercio elettronico), recepita col decreto legislativo n. 70, è chiara nell'affermare la possibilità per gli Stati membri di richiedere al prestatore di servizi "di adempiere al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi da loro ed è previsto dal diritto nazionale, al fine di individuare e prevenire taluni tipi di attività illecite" (48° considerando). Inoltre, la stessa Direttiva afferma la non responsabilità del prestatore di servizi a condizione ch'egli non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività è illecita e che, non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere il contenuto o disabilitarne l'accesso. La direttiva lascia, altresì, espressamente "impregiudicata la possibilità per un organo giurisdizionale o per un'autorità amministrativa, in conformità agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di esigere che il prestatore ponga fine ad una violazione o la impedisca nonché la possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime".

¹² Oltre al fatto che così l'alternativa è rimessa alla parte, con tale meccanismo si scongiura il rischio di sovrapposizione tra pronunce giudiziarie ed amministrative, riconoscendo la preminenza della sede giudiziaria. Peraltro, le decisioni in materia di diritto d'autore potranno essere impugnate dinanzi al TAR del Lazio, come tutti i provvedimenti dell'Agcom.

¹³ Sentenze *RTI-Yahoo* 10893-2011 e *RTI-Libero* 7680-2011.

Le diverse fasi del procedimento delineato dall'Autorità consentono dunque di risolvere le questioni bonariamente, economicamente e tempestivamente, senza bisogno di arrivare – se non lo si preferisca – alla lite giudiziaria¹⁴; questa sì lunga e costosa.

Basandoci sull'esperienza acquisita in tema di diritto di cronaca – materia nella quale l'Autorità ha saputo contemperare il valore delle opere acquistate in esclusiva con i diritti e con la libertà d'informare e di essere informati – abbiamo poi previsto un sistema di *fair use* che si fonda sulle eccezioni previste dalla legge sul diritto d'autore. Se ci siamo spinti più in là forse è proprio nell'estendere l'ambito di queste eccezioni, con una lettura interpretativa della norma che tenesse conto dei tempi¹⁵.

Viene così distinto l'uso amatoriale dallo sfruttamento dell'opera.

Questo, per somme linee, il nostro schema. Si tratta, appunto, di uno schema, non di un editto, nuovamente sottoposto a consultazione pubblica. Nel frattempo lo abbiamo anche notificato alla Commissione europea¹⁶ e al parere del WIPO (*World Intellectual Property Organization*)¹⁷ che, in una prima lettera di interlocuzione, ha sottolineato tra le altre cose come lo schema di regolamento dell'Autorità si inserisca pienamente nel solco dei meccanismi di risoluzione alternativa delle dispute sul diritto d'autore, di cui WIPO valuta positivamente la funzione deflattiva della giustizia ordinaria.

¹⁴ In tal senso numerose sono le analogie con le procedure di risoluzione extragiudiziarie delle controversie tra utenti ed operatori, che sia la legge 249 del 1997 sia il Codice delle comunicazioni elettroniche affidano all'Autorità nei settori di propria competenza, sulla base delle direttive europee. Le norme sulla risoluzione extragiudiziarie delle controversie hanno superato il vaglio della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia, che hanno riconosciuto che il tentativo obbligatorio di conciliazione "è finalizzato ad assicurare l'interesse generale al soddisfacimento più immediato delle situazioni sostanziali realizzato attraverso la composizione preventiva della lite rispetto a quello conseguito attraverso il processo" (Sentenza della Corte Costituzionale n. 43/2007), in linea con la raccomandazione della Commissione CE del 4 aprile 2011 (Sentenza della Corte Costituzionale n. 51/2009), e che "le disposizioni nazionali di cui trattasi hanno ad oggetto una definizione più spedita e meno onerosa delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche, nonché un decongestionamento dei tribunali e perseguono quindi legittimi obiettivi di interesse generale" (Sentenza della Corte, Quarta Sezione, 18 marzo 2010 C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08).

¹⁵ Le eccezioni di "fair use" 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, della quantità e qualità del contenuto diffuso rispetto all'opera integrale, che non pregiudichi il normale sfruttamento economico dell'opera. L'assenza dello scopo di lucro è concetto ripreso dal sistema statunitense del *fair use* contenuto nel *Millenium Digital Copyright Act* (MDCA).

¹⁶ Ai sensi della direttiva Trasparenza (dir. N. 98/48/CE).

¹⁷ Il WIPO amministra 24 trattati fra cui le convenzioni di Berna e di Parigi, fondamentali punti di riferimento in materia di proprietà intellettuale, e per conto degli stati aderenti sviluppa un variegato programma di lavoro avente la finalità di armonizzare la legislazione e le procedure nazionali in tema di proprietà intellettuale e promozione dell'interscambio di informazioni nell'ambito degli organismi internazionali di cui l'Italia è parte.

La notifica alla Commissione europea comporta tre mesi di attesa della pronuncia di Bruxelles, entro il 3 novembre.

In questo frattempo avremo tutto il tempo di vagliare ogni elemento utile a migliorare il provvedimento. E stiamo anche colloquiando informalmente con i *blogger* e più in generale con il popolo della rete, anche tramite il nostro canale *Twitter* (il primo per una pubblica Amministrazione) e una pagina *Facebook* creata appositamente; stiamo attrezzando un forum di discussione.

Credo che in cambio possiamo chiedere ai nostri interlocutori un po' di attenzione e soprattutto di riferire le loro osservazioni al nostro schema, non a testi di fantasia. Il nostro *draft* sta riscuotendo all'estero vastissimi consensi e viene tenuto a raffronto, come un possibile modello, nei progetti all'esame in vari Stati europei (in particolare Francia, Olanda, Gran Bretagna), presso la Commissione europea e, soprattutto, negli Stati Uniti.

Il che mi sembra deponga nel senso che quand'anche (ma non credo) non avessimo centrato la soluzione abbiamo indubbiamente messo a fuoco il nucleo del problema.

L'Italia ha due primati negativi: agli ultimi posti del *ranking* dei Paesi europei sul fronte dell'accesso ad internet¹⁸, e ai primi posti a livello mondiale per la pirateria¹⁹. Sono dati che fanno riflettere.

La rete è un "bene comune" che va salvaguardato e regolato per coglierne i benefici e arginarne le esternalità negative.

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

Tanto meno si può abbandonare il campo allo strapotere degli *over the top* (*Google, Youtube, Facebook, Apple*), che si limitano a raccogliere i frutti mentre gli autori seminano al vento e le società della rete investono senza adeguati ritorni.

Proprio alcuni tra i più critici rispetto alla nostra proposta hanno sottolineato che *l'enforcement* anti-pirateria si deve accompagnare alla

¹⁸ Seguita solo da Spagna, Portogallo, Grecia, Romania e Bulgaria.

¹⁹ L'Italia è stata inserita dal Governo degli Stati Uniti nella *watch list* dei Paesi dove maggiore è l'incidenza della pirateria informatica e audiovisiva. Una revisione della lista è prevista per il prossimo ottobre.

riproposizione nel digitale dei diritti consolidati degli utenti affinché l'asse non si sbilanci a vantaggio delle piattaforme globali di distribuzione. E' una critica costruttiva che terremo in debita considerazione.

Occorre ricercare un equilibrio sostenibile a livello di sistema; affinché l'industria creativa abbia ancora incentivo ad investire e affinché tutti i consumatori possano goderne i prodotti con la più ampia libertà di fruizione e al costo più basso possibile. Questo, crediamo, è l'obiettivo da perseguire.

Detto questo, è opportuno un intervento legislativo del Parlamento?

E' certamente auspicabile.

Innanzitutto un coordinamento legislativo delle varie disposizioni applicabili in materia aggiungerebbe chiarezza.

Inoltre codificare in una norma di legge i criteri di *fair use*, includendo tutte le potenzialità che il digitale offre – esercizio che noi abbiamo sviluppato basandoci sulle eccezioni previste dalla legge sul diritto d'autore –, conferirebbe certezza al sistema e tutela agli scopi informativi e senza scopo di lucro, che sono alla base della maggior parte dei *blog* e dei contenuti sui *social network*.

E' peraltro opportuna una riflessione sulle diverse responsabilità dei soggetti coinvolti nella diffusione dei contenuti. Il riferimento è in primo luogo agli *internet service provider* (isp), che sono quelli che trasportano sulle proprie reti i contenuti fino all'accesso dei singoli fruitori e rappresentano quindi la cerniera del meccanismo di diffusione. La giurisprudenza consolidata ne riconosce una responsabilità successiva ad un accertamento di illegalità dei contenuti trasportati²⁰. La loro inazione dopo l'ordine di rimozione configura il favoreggiamento di reato²¹ ed integra quindi, a sua volta, un reato. La legge potrebbe però introdurre un'esimente per gli operatori che, a seguito dell'intervento dell'Autorità, rimuovessero tempestivamente dal sito i contenuti immessi in violazione del diritto d'autore.

Ciò richiama, tuttavia, il tema non eludibile dei siti localizzati all'estero. Il problema della giurisdizione competente limita fortemente la possibilità di intervento sulla fonte dei contenuti in violazione. Che, in larga parte, è

²⁰ Cfr. ad esempio l'ultima decisione del tribunale di Milano sulla causa Mediaset/Yahoo.

²¹ Caricare o scaricare dalla rete prodotti tutelati dal diritto d'autore a scopo di lucro configura infatti un reato (Cass. pen. sez. III, 22 novembre 2006); il che, probabilmente, non è a conoscenza di molti, come dicevo.

riconducibile a *server* localizzati in Paesi in cui le leggi sul diritto d'autore (o le autorità preposte alla vigilanza) sono "più morbide". Ora come ora il rischio è più nel senso della scarsa efficacia delle misure che nel senso dell'eccesso di intervento.

Infine la legge potrebbe stabilire l'alternativa dei procedimenti amministrativo e giudiziario, come avviene per la generalità delle controversie secondo il principio "*electa una via, non datur recursus ad alteram*".

Si continua a ripetere, qua e là, che la via giusta non è quella che abbiamo seguito; la via giusta sarebbe la riforma del diritto d'autore per adeguarlo all'evoluzione tecnologica in atto.

Ci vuole, innegabilmente, un sistema di diritto d'autore appropriato all'era digitale. Ma sono settant'anni che si parla di riforma del diritto d'autore; e intanto la tecnologia cambia gli scenari di mese in mese. Quanti anni dovremmo aspettare prima che la legislazione – che ha un procedimento elaborativo lungo e rigido – si metta al passo con la galoppante velocità e con la mutevolezza della tecnologia?

Corrado Calabrò