

ALBERTO MUSSO

IL RISPETTO DEI DIRITTI D'AUTORE E CONNESSI NELL'ATTUAZIONE ITALIANA DELLA DIRETTIVA N. 2007/65/CE SUI SERVIZI DI *MEDIA* AUDIOVISIVI

SOMMARIO: 1. Diritti d'autore o connessi e disciplina dei *media* audiovisivi. — 2. L'inserimento dell'art. 32-*bis* del D.Lgs. n. 177/2005, ad opera dell'art. 6 del D.Lgs. n. 44/2010: un obbligo meramente ricognitivo della disciplina già esistente? — 3. Ciò che è lecito e ciò che è illecito secondo la disciplina del diritto d'autore e dei diritti connessi nelle trasmissioni di *media* audiovisivi. — 4. Ubiquità dell'illecito diffusivo, concorso ed elusione. — 5. Il rispetto dei limiti contrattuali ai legittimi atti di disposizione dei diritti d'autore e connessi. — 6. Il sistema di prelievo sui supporti per la copia privata di opere audiovisive: luci ed ombre.

I. DIRITTI D'AUTORE O CONNESSI E DISCIPLINA DEI *MEDIA* AUDIOVISIVI.

Fin dalla prima regolamentazione organica del sistema radiotelevisivo italiano (l. 6 agosto 1990, n. 223) e comunitario (direttiva del 3 ottobre 1989, n. 89/552/CEE)¹, la disciplina generale sull'assetto dei servizi televisivi ha sempre mostrato una scarsissima, se non addirittura inesistente, interferenza rispetto alla legislazione sui diritti d'autore. Questa circostanza non deve sorprendere se si considera che la prima concerne l'ordinamento orizzontale dell'assetto pubblicistico relativo al sistema radio-televisivo, mentre il diritto d'autore si fonda su radici privatistiche, che intersecano trasversalmente, semmai, le singole tipologie dei *media* sulle quali tale diritto si estrinseca². A loro volta, i servizi di *media* audiovisivi non hanno quale proprio oggetto diretto le opere dell'ingegno

* Testo della relazione svolta al convegno su « Il recepimento della direttiva Servizi media audiovisivi ed il futuro delle televisioni digitale », tenutosi presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi Roma Tre il 17 marzo 2010. Il testo del D.Lgs. 15 marzo 2010 n. 44 è pubblicato in questa *Rivista*, 2010, 157.

¹ Relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive (c.d. « direttiva sulla televisione senza

frontiere »): per i primi tentativi di interconnessione con le regole del diritto d'autore, COLLOVÀ, *Dal libro verde sul diritto d'autore e la sfida tecnologica, e dalla direttiva « televisione senza frontiere », alla prospettiva di un nuovo corso della politica comunitaria*, in *Dir. autore*, 1991, p. 209 ss.; FRAGOLA, *La direttiva CEE su televisione senza frontiere e il diritto d'autore*, *ivi*, 1990, p. 357 ss.

² Cfr. GARDINI, *Le regole dell'informazione. Principi giuridici, strumenti, casi*, B. Mondadori, Milano, 2009, p.131 ss.

o gli altri materiali protetti — come accade invece per la disciplina dei diritti d'autore o connessi (art. 2575 c.c.) — bensì i mezzi tecnici e i servizi di trasmissione che incidono significativamente sulla conformazione del contenuto dei diritti d'autore medesimi (art. 2577) o dei diritti connessi, nel configurare l'estensione o i limiti della privativa (cfr. per es. la nozione di diffusione al pubblico, *ex art.* 16 l. aut., ed il suo sempre più ampio ambito, che spazia dall'originaria comunicazione dell'opera... via telegrafo, fino alle odierne trasmissioni satellitari o in forma codificata): e poiché la specificità dei mezzi tecnici di utilizzazione delle opere o dei materiali audiovisivi protetti, quale in particolare la diffusione radiotelevisiva, oggi altresì *on line*, incide su tale contenuto di sfruttamento privatistico anche con norme *ad hoc* (cfr. per es. gli artt. 51 ss., l. aut., sulle opere radiodiffuse)³, si deve ravvisare un'inscindibile ed inevitabile « convergenza parallela » fra i due ordinamenti, tanto più se si consideri l'ulteriore pleiade dei sopra menzionati diritti connessi che prescindono totalmente dalla creatività delle opere, avendo direttamente ad oggetto le emissioni radio-televisive di per se stesse, lineari od interattive, ovvero le produzioni fonografiche od audiovisive in quanto tali.

In realtà, una prima grata d'interconnessione fra i due ordinamenti era stata espressamente aperta *ex art.* 15, 8° comma, della l. n. 223/1990 cit., in maniera tuttavia più simile ad una clausola di stile che ad un'effettiva aggiunta di concreto contenuto precettivo⁴: sotto questo profilo, peraltro, anche la nuova clausola sul rispetto del diritto d'autore e dei diritti connessi, *ex art.* 6 del D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 44, non appare molto dissimile, considerando che la « convergenza parallela » dei due ordinamenti — in assenza di eccezioni in contrario⁵ — rende entrambi necessaria-

³ Con conseguenti schermaglie interpretative sull'estensione di siffatte norme alla diffusione televisiva: tuttora in senso contrario — nonostante l'espressa equiparazione fra i due *media*, esplicitamente disposta *ex art.* 79, 3° comma, l. aut. — v. DE SANCTIS e FABIANI, *I contratti di diritto di autore*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 176 ss., in quanto l'opera diffusa mediante un'emissione televisiva non corrisponderebbe più ad una semplice esecuzione sonora, ma ad un vero e proprio spettacolo audiovisivo, così eccedendo lo scopo peculiare delle norme sulle opere radiodiffuse.

⁴ La norma obbligava infatti tanto i concessionari privati, quanto la concessionaria pubblica del servizio radiotelevisivo, all'osservanza delle leggi e delle convenzioni internazionali in materia di telecomunicazioni ed utilizzazione delle opere dell'ingegno: in una prospettiva di convergenza trasversale fra i due ordinamenti, v. più

recentemente FRANCESCHELLI, *La « convergenza » nelle telecomunicazioni e il diritto di autore nella società dell'informazione*, Giuffrè, Milano, 2009. Era già peraltro principio pacifico che la disciplina normativa in materia di emissioni radiotelevisive non attribuisse alle emittenti radiotelevisive il diritto di trasmettere opere altrui — né la loro esecuzione — senza il consenso dell'autore, subordinando anche l'emissione radiotelevisiva al rispetto del diritto dell'autore: v. da ultima Cass. pen., 15 dicembre 2004, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Diritti d'autore*, n. 187.

⁵ Da questo punto di vista, infatti, nella direttiva n. 2007/65, la disciplina del diritto d'autore era richiamata unicamente nel « considerando » n. 40 al fine di stabilire che la più analitica eccezione sui brevi estratti di cronaca per i grandi eventi, prevista dalla direttiva medesima, fosse compatibile — per il resto — con la

mente applicabili: in effetti, ribadire che pure nell'ambito dei *media* audiovisivi debbano essere rispettati i diritti d'autore o connessi, non sembra assumere alcun maggiore valore precettivo, nei confronti di questi ultimi, che ribadire meramente l'esistente⁶. Piuttosto, la disciplina dei diritti d'autore o connessi — pervenuta assai prima, in ordine cronologico, a ricomprendere i fenomeni radiotelevisivi in tutte le loro forme, inclusi i servizi non lineari, soprattutto via *web*, a causa delle più immediate pressioni dei correlativi « gruppi d'interesse » verso il legislatore nazionale e sovranazionale circa l'adeguamento privatistico del contenuto dei diritti medesimi alle « minacce » dei nuovi *media*⁷ — può risultare assai

direttiva n. 29/2001/CE del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti dei diritti d'autore e connessi nella società dell'informazione (*G.U.C.E.*, 22 giugno 2001, L 167, 10), la quale, a sua volta, aveva previsto una più generica ed opzionale eccezione ai diritti esclusivi in favore del diritto di cronaca, ai sensi dell'art. 5, § 3, lett. c), « nel caso di riproduzione a mezzo stampa, comunicazione al pubblico o messa a disposizione di articoli pubblicati su argomenti di attualità economica politica o religiosa o di opere radiotelevisive o di altri materiali dello stesso carattere, se tale utilizzo non è espressamente riservato, sempreché si indichi la fonte, incluso il nome dell'autore, o nel caso di utilizzo delle opere o di altri materiali in occasione del resoconto di un avvenimento attuale nei limiti di quanto giustificato dallo scopo informativo e sempreché si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore ». Oltre a trasformare in norma il mero riferimento alla direttiva n. 29/2001 — tra i tanti altri di regola inclusi nei « considerando » — l'art. 32-*bis* del D.Lgs. n. 177/2005, semmai, ha « capovolto » l'oggetto del « considerando » medesimo, trasformando il rispetto del diritto d'autore e dei diritti connessi nell'onnicomprendente oggetto principale e menzionando, unicamente in via residuale, l'eccezione di cronaca sui grandi eventi, che invece costituiva l'oggetto della disposizione comunitaria; più in generale, sull'integrazione della direttiva n. 89/552 con la direttiva n. 2007/65, v. CAPPELLO, *La revisione della direttiva televisione senza frontiere nella nuova direttiva sui servizi media audiovisivi*, in *Dir. ed economia mezzi di comunicazione*, 2009, p. 9 ss.

⁶ Cfr. p.es. due recenti decisioni comunitarie che hanno applicato — e... con particolare rigore! — la disciplina del diritto d'autore, tanto in ambito radio-televisivo, quanto *on-line*: per la prima, v. C.

Giust. CE, 7 dicembre 2005, C-306/05, in *Giur. it.*, 2007, p. 1964, con nota di SAPPÀ, *Diritto d'autore e servizi televisivi in camere d'albergo: brevi note sul diritto di comunicazione al pubblico alla luce della giurisprudenza comunitaria*, secondo la quale — sebbene la mera fornitura di attrezzature fisiche non costituisca di per sé un atto di comunicazione ai sensi della direttiva n. 2001/29 — la distribuzione di segnali tramite apparecchi televisivi, da parte di alberghi, ai clienti alloggiati nelle loro camere private, indipendentemente dalla tecnica di trasmissione del segnale utilizzata, costituisce un atto di comunicazione al pubblico, ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva medesima (nello stesso senso, v. ora, anche in Italia, Trib. Torino, 9 ottobre 2009, in *Foro it.*, 2009, I, c. 3510). Per la seconda, v. C. Giust. UE, 16 luglio 2009, C-5/08, in *G.U.U.E.*, 12 settembre 2009, C 220, 7, per la quale l'atto della stampa di un estratto composto da undici parole ed effettuato nel corso di un procedimento telematico di raccolta-dati, non soddisfa il requisito della transitorietà, di cui all'art. 5, n. 1, della direttiva 2001/29 e, pertanto, tale procedimento non può essere realizzato senza il consenso dei titolari dei diritti d'autore interessati.

⁷ Le nuove piattaforme tecnologiche, per i fornitori di contenuti e di servizi di media, hanno quasi sempre avuto una tendenziale ambivalenza fra opportunità e minaccia: v. p.es. la nota controversia sull'introduzione del videoregistratore negli Stati Uniti d'America, dove la Corte d'Appello federale, 19 ottobre 1981, in *Foro it.*, 1984, IV, c. 22, sancì il divieto di riproduzione di emissioni televisive di opere protette dal diritto d'autore, effettuata dai possessori di videoregistratori nelle proprie case per uso privato e non commerciale, in quanto violazione del diritto d'autore non ricompresa tra gli atti di *fair use*. Sol tanto con una risicata maggioranza, la

rilevante sul piano ermeneutico per meglio comprendere od interpretare i contenuti della direttiva n. 2007/65/CE e del relativo decreto di attuazione, qui in esame, facendo infatti essi ampio riferimento a molteplici nozioni legali, modalità tecniche o piattaforme di utilizzazione già da tempo recepite dalle norme in materia autoriale. Conferma di quanto sopra osservato si rinviene, in primo luogo, nella distinzione tra i servizi lineari e non lineari (art. 2, 1° comma, lett. *i* e *m*, del D.Lgs. 31 luglio 2005, n. 177, nel testo integralmente sostituito dall'art. 4, 1° comma, del D.Lgs. n. 44/2010)⁸: distinzione che ricalca sostanzialmente le due distinte modalità del diritto di diffusione *ex art.* 16 l. aut., il quale — oltre alla trasmissione tendenzialmente « lineare », via radio o televisione, a sua volta mediante etere, satellite o cavo, sia in forma codificata, sia in chiaro⁹ — vi aveva compreso « altresì la messa disposizione

Corte Suprema U.S.A., 17 gennaio 1984, in *Foro it.*, 1984, IV, c. 351, con nota di PASCUZZI, *La videoregistrazione domestica di opere protette davanti alla Supreme Court*, ammesse poi la liceità del videoregistratore: v. REDMER, *Un popolo di navigatori trasformati in letterati*, in *Sole-24 Ore*, *Nova*, 30 marzo 2006, p. 6, che richiama l'esempio del videoregistratore come volano e non come freno allo sviluppo del settore.

⁸ Su questa distinzione — costituente una delle due « locomotive » della direttiva n. 2007/65 e del relativo decreto interno — v. l'art. 2, 1° comma, lett. *i* e *m*, del D.Lgs. n. 177/2005, introdotto *ex art.* 4 del D.Lgs. n. 44/2010, per cui s'intende infatti quale « servizio di *media* audiovisivo lineare » (ovvero « radiodiffusione televisiva » *tout court*), il servizio di *media* audiovisivo reso da un fornitore di servizi di *media* per la visione simultanea di programmi sulla base di un palinsesto di programmi; e, quale « servizio di *media* audiovisivo non lineare » (ovvero « servizio di *media* audiovisivo a richiesta », ossia « *on demand* »), il servizio di *media* audiovisivo prestato da un fornitore di servizi di *media* per la visione di programmi al momento scelto dall'utente e su sua richiesta in base ad un catalogo di programmi selezionati dal fornitore di servizi di *media*. Per una sostanziale equiparazione fra le due modalità rispettivamente contemplate dalla disciplina dei diritti d'autore o connessi e dall'ordinamento dei servizi di *media*, v. già C. Giust. CE, 2 giugno 2005, C-89/04, in *Dir. informazione e informatica*, 2005, p. 471, per la quale la nozione di « trasmissione televisiva », *ex art.* 1, lett. *a*), della direttiva n. 89/552/CEE, è definita in modo autonomo, ma non in contrapposizione con quella

di « servizio della società dell'informazione » di cui all'art. 1, n. 2 della direttiva n. 98/34/CE.

⁹ Aggiornamento avvenuto in particolare per effetto dell'attuazione della direttiva del 27 settembre 1993, n. 93/83/CEE, relativa al coordinamento di alcune norme in materia di diritto d'autore e diritti connessi applicabili alla radiodiffusione via satellite e alla ritrasmissione via cavo, ad opera del D.Lgs. 23 ottobre 1996, n. 581, il cui art. 2 ha inoltre introdotto l'art. 16-bis l. aut., ai sensi del quale s'intende per: *a*) « satellite »: qualsiasi satellite operante su bande di frequenza che, a norma della legislazione sulle telecomunicazioni, sono riservate alla trasmissione di segnali destinati alla ricezione diretta del pubblico o riservati alla comunicazione individuale privata se quest'ultima modalità di ricezione avvenga in condizioni comparabili a quelle applicabili alla ricezione da parte del pubblico; *b*) « comunicazione al pubblico via satellite »: l'atto d'inserire sotto il controllo e la responsabilità dell'organismo di radiodiffusione, operante sul territorio nazionale, i segnali portatori di programmi destinati ad essere ricevuti dal pubblico in una sequenza ininterrotta di comunicazione diretta al satellite e poi a terra. Qualora i segnali portatori di programmi siano diffusi in forma codificata, vi è una comunicazione al pubblico via satellite a condizione che i mezzi per la decodificazione della trasmissione siano messi a disposizione del pubblico a cura dell'organismo di radiodiffusione stesso o di terzi con il suo consenso. Qualora la comunicazione al pubblico via satellite abbia luogo nel territorio di uno Stato non comunitario, nel quale non esista il livello di protezione che per il predetto sistema di comuni-

del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente»¹⁰, ossia la fruizione tipicamente non lineare soprattutto nell'ambiente *online* o nei servizi di *video-on-demand*¹¹. A loro volta, le nozioni di «produttore audiovisivo» o perfino del più tradizionale produttore cinematografico, ex artt. 45, 1° comma, e 78-ter, l. aut., potrebbero agevolare l'individuazione del fornitore dei servizi di *media* — al quale compete la responsabilità editoriale del programma per criteri di scelta e modalità organizzative, ex art. 2, 1° comma, lett. b), del D.Lgs. n. 177/2005¹² — sebbene quest'ultimo soggetto non coincida tendenzialmente con le figure produttive di contenuti sopra menzionate, ma potrà esser individuato — utilizzando analoghi criteri ermeneutici — tra le emittenti televisive o tra i vari *service providers*¹³. Alcune precisazioni, ancora, si rendono op-

cazione al pubblico stabilisce la presente legge: (1) qualora i segnali ascendenti portatori di programmi siano trasmessi al satellite da una stazione situata nel territorio nazionale, la comunicazione al pubblico via satellite si considera avvenuta in Italia e i diritti riconosciuti dalla presente legge, relativi alla radiodiffusione via satellite, sono esercitati nei confronti del soggetto che gestisce la stazione; (2) qualora i segnali ascendenti siano trasmessi da una stazione non situata in uno Stato membro dell'Unione europea, ma la comunicazione al pubblico via satellite avvenga su incarico di un organismo di radiodiffusione situato in Italia, la comunicazione al pubblico si considera avvenuta nel territorio nazionale se l'organismo di radiodiffusione vi abbia la sua sede principale e i diritti stabiliti dalla legge sui diritti d'autore o connessi, relativi alla radiodiffusione via satellite, sono esercitati nei confronti del soggetto che gestisce l'organismo di radiodiffusione. S'intende, infine, per c) «ritrasmissione via cavo»: la ritrasmissione simultanea, invariata ed integrale, per il tramite di un sistema di ridistribuzione via cavo o su frequenze molto elevate, destinata al pubblico, di un'emissione primaria radiofonica o televisiva comunque diffusa, proveniente da un altro Stato membro dell'Unione europea e destinata alla ricezione del pubblico.

¹⁰ L'art. 16 l. aut., così come le altre norme che prevedono questa modalità di comunicazione non lineare nell'ambito dei diritti connessi, è stato così aggiornato dal decreto di attuazione della direttiva n. 29/2001/CE (D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68); a sua volta, il diritto comunitario aveva recepito questa nuova modalità del diritto di diffusione (o di comunicazione

al pubblico) per effetto della sua espressa introduzione nei due trattati «gemelli», firmati in ambito OMPI il 20 dicembre 1996, sul diritto d'autore (art. 8) e sulle interpretazioni, sulle esecuzioni e sui fonogrammi (artt. 10 e 14), estendendola peraltro a tutte le categorie di diritti connessi disciplinati dalla direttiva medesima.

¹¹ Servizi di *webcasting*, *streaming* e *tv-on-demand* sono perciò tipicamente ascrivibili alla specifica modalità in esame, mentre non lo è il servizio di *near-video-on-demand* — dove la non linearità è più attenuata per l'inizio dei programmi a predeterminati orari ciclici — né di *simulcasting*, che è una ritrasmissione secondaria dell'emissione primaria dal server dell'emittente: ERCOLANI, *Il diritto d'autore e i diritti connessi. La legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 155 ss., la quale conclude in senso tendenzialmente negativo pure per la comunicazione di opere protette via *e-mail*, nonostante una certa scelta del destinatario sul momento da cui, e dal luogo in cui, accedere al messaggio (ma i messaggi di posta elettronica, per quanto concerne la disciplina dei servizi di *media*, sono espressamente esclusi dalla definizione, cosicché anche l'art. 32-bis del D.Lgs. n. 177/2005, introdotto dall'art. 4 del D.Lgs. n. 44/2010, non sembra potere estendersi comunque a questa fattispecie).

¹² Sempre nel testo integralmente sostituito dall'art. 4 del D.Lgs. n. 44/2010.

¹³ Sono invece escluse dalla definizione di «fornitori di servizi di *media*» le persone fisiche o giuridiche che si occupano unicamente della trasmissione dei programmi per i quali la responsabilità editoriale incomba a terzi: v. art. 2, 1° comma,

portune per meglio definire i concetti di « opere audiovisive » presenti in entrambi gli ordinamenti: una certa superficialità interpretativa e la criticabile tendenza a ravvisare in qualsiasi produzione di sequenze di immagini in movimento un'opera cinematografica o, quanto meno, audiovisiva, se può essere ammessa nell'oggettiva disciplina dell'emittenza di cui al testo unico sui servizi di *media* audiovisivi — essendo qui il programma l'oggetto principale della disciplina¹⁴ — nell'ambito del diritto d'autore appare non solo sovrabbondante, ma addirittura eversiva dell'essenziale *ratio legis* circa la distinzione soggettiva tra creatività artistica ed attività di documentazione audiovisiva (quest'ultima da ascrivere unicamente alla tutela dei diritti connessi, secondo la netta distinzione dell'art. 2, n. 6, l. aut.)¹⁵, dovendosi perciò interpretare la creatività d'autore in maniera inevitabilmente più rigorosa rispetto alla pur laboriosa abilità tecnica dei realizzatori di riprese televisive di gare o altri eventi. In questo senso ha deposto ulteriormente, con chiarezza, l'espresso inserimento dei diritti audiovisivi sulle riprese di gare sportive nel contesto dei diritti connessi (v. art. 78-*quater* l. aut.)¹⁶. Se, infine, la nozione di « opera » o « produzione » audiovisiva europea presentasse ancora lacune nell'ordinamento sui servizi di *media* audiovisivi — *ex artt.* 1, lett. n), della direttiva

lett. b), ultima frase, del D.Lgs. n. 177/2005, come sostituito dall'art. 4 del D.Lgs. n. 44/2010.

¹⁴ Si noti però che anche la più oggettiva nozione di « programma » *ex art.* 2, 1° comma, lett. e), del D.Lgs. n. 177/2005, come sostituito dall'art. 4 del D.Lgs. n. 44/2010, conformemente alla natura oggettiva dell'assetto dei servizi di *media*, è definita come « una serie di immagini animate, sonore o non, che costituiscono un singolo elemento nell'ambito di un palinsesto o di un catalogo stabilito da un fornitore di servizi di *media*, la cui forma ed il cui contenuto sono comparabili alla forma ed al contenuto della radiodiffusione televisiva »: anche secondo questa obiettiva definizione, tuttavia, *mutatis mutandis*, non sono considerati « programmi » le trasmissioni « meramente ripetitive o consistenti in immagini fisse ».

¹⁵ Ai sensi della norma richiamata nel testo, sono infatti protette dal diritto d'autore « le opere dell'arte cinematografica, muta o sonora, sempreché non si tratti di semplice documentazione protetta ai sensi delle norme del Capo V del Titolo II ». Si deve pertanto evitare che anche mere riprese tecniche di partite di calcio o di altri eventi, documentati attraverso sequenze d'immagini in movimento, assurgano di per se stesse ad opere creative, come ha invece desunto con eccessiva superficialità Trib. Milano, 20 marzo 2010,

Sky Italia s.r.l. c. Telecom Italia s.p.a. ed altro, inedita, dalla possibilità di opzione tra le possibili inquadrature delle scene di gara, dalla « scelta di evidenziare specifici momenti dello spettacolo (anche non strettamente attinenti alle azioni di gioco) », fino all'abbinamento con la telecronaca, che resta semmai (se creativa) una distinta opera orale: resterebbe infatti da chiedersi cosa residuerebbe delle opere di documentazione se non riprese a camera fissa, senza alcuna possibilità di montaggio o scelta di sequenze! La disciplina normativa è chiarissima, invece, nel considerare quale opera cinematografica o assimilata — e, quindi, anche audiovisiva, in quanto non destinata alla proiezione in sale cinematografiche, come accade tipicamente per telefilm o altre produzioni unicamente televisive — l'opera che abbia un livello creativo di tipo « artistico », anche minimale, ma differenziato dalle pur « originali », ma non perciò « creative », riprese prevalentemente tecniche di documentazione di eventi altrui che ricadono espressamente nella tutela dei diritti connessi; sul punto, v. MENESINI, *Le opere cinetelevisive di semplice documentazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, p. 277 ss.

¹⁶ MUSSO, *I diritti sportivi audiovisivi come diritti connessi al diritto d'autore*, in *Rass. dir. econ. sport*, 2009, p. 96 ss.

n. 89/552/CEE¹⁷, e 2, lett. cc), del D.Lgs. n. 177/2005¹⁸ — utili riferimenti, quanto meno integrativi, potrebbero essere rinvenuti nella disciplina del diritto d'autore in materia, in particolare ai sensi dell'art. 5, § 4, della Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche.

2. L'INSERIMENTO DELL'ART. 32-BIS DEL D.LGS. N. 177/2005, AD OPERA DELL'ART. 6 DEL D.LGS. N. 44/2010: UN OBBLIGO MERAMENTE RICOGNITIVO DELLA DISCIPLINA GIÀ ESISTENTE?

La scelta d'inserire una norma *ad hoc* per nulla richiesta dalla direttiva n. 2007/65 al fine d'imporre (*recte*: ribadire) il rispetto dei diritti d'autore nei servizi di *media* televisivi — come si è notato — pare invece, di per sé, alquanto ridondante sul piano normativo, operando già la disciplina legislativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi in maniera talmente totalizzante nel vietare qualsiasi modalità o forma di trasmissione non autorizzata su ogni supporto o piattaforma da sembrare unicamente di far (ri)piovvere acqua sopra un terreno fin troppo bagnato¹⁹: sotto questo profilo, infatti, si deve prendere atto che, oltre all'estensione dell'art. 16 l. aut. a qualsiasi forma o modalità di diffusione al pubblico (già talmente ampia da escludere ogni possibilità di dubbio

¹⁷ Nel testo modificato dalla direttiva 2007/65/CE.

¹⁸ Come sostituito dall'art. 4 del D.Lgs. n. 44/2010.

¹⁹ Non sembra negare la constatazione effettuata nel testo il titolo di *NECRI, Sul web diritto d'autore limitato*, in *Sole-24 Ore*, 6 maggio 2010, n. 123: al contrario, la decisione ivi riferita (Trib. Milano, 14 aprile 2010) ha negato che alla nota cantante Mina spettasse un pagamento ulteriore per la visualizzazione *on demand* di propri spettacoli degli anni Settanta e Sessanta — a seguito di un accordo di licenza tra RAI e Fastweb per gli archivi storici della prima — ai sensi dell'art. 80, 1° comma, lett. c e d, l. aut., proprio per la natura onnicomprensiva del diritto di diffusione, che l'artista, nel cederlo allora alla RAI, avrebbe trasferito anche per fruizioni audiovisive non lineari. In ogni caso, pure opinando diversamente — come in effetti potrebbe più fondatamente farsi, argomentandosi dal principio generale di cui all'art. 119, 3° comma, l. aut. — la questione resta limitata all'interpretazione contrattuale circa l'ampiezza dei diritti trasferiti anche nell'ambito della stessa facoltà esclusiva (art. 19, 2° comma, l. aut.), non valendo invece affatto ad escludere

che i diritti di diffusione o di comunicazione al pubblico possano oggi per l'appunto valere a 360° per tutti i modi di trasmissione, lineare o meno. In senso parzialmente difforme, v. infatti — su questa interpretazione — Trib. Roma, 23 gennaio 2008, in *Annali it. dir. autore*, 2008, p. 812, per il quale la diffusione via *internet*, nella modalità *streaming*, della riproduzione fonografica di un brano musicale non è assimilabile alla messa a disposizione del pubblico delle fissazioni delle prestazioni artistiche e delle relative riproduzioni, con riferimento alla quale l'art. 80, lett. d), l. aut., prevede il diritto esclusivo dell'artista di autorizzarla, ma è riconducibile all'ipotesi considerata dalla lett. c) dello stesso articolo, e comporta il diritto dell'artista interprete esclusivamente al compenso di cui all'art. 73 o all'art. 73-bis l. aut., a seconda che la riproduzione fonografica sia utilizzata a scopo di lucro ovvero a fini non lucrativi. Anche sul termine « videogramma » possono sorgere difformi interpretazioni in sede di cessioni o licenze contrattuali: v. p.es. in senso restrittivo — limitandone la nozione, nel caso di specie, ai soli supporti audiovisivi materiali — Trib. Roma, 29 settembre 2008, in *Dir. autore*, 2009, p. 337.

sulla sua applicazione a tutti i servizi di *media* previsti dal D.Lgs. n. 44/2010), il divieto di comunicazione non autorizzata al pubblico pure in modi non lineari — come si è accennato — è stato espressamente esteso anche in favore degli artisti interpreti ed esecutori, per le loro interpretazioni o esecuzioni (art. 80, 1° comma, lett. *c* e *d*, l. aut.), delle emittenti radiotelevisive, per le loro emissioni (art. 79, 1° comma, lett. *c* e *d*, l. aut.)²⁰, e degli organizzatori di gare sportive, per le riprese di tali eventi (art. 78-*quater* l. aut., in relazione all'art. 2, 1° comma, lett. *o*, n. 2, del D.Lgs. n. 9/2008)²¹. Il divieto di diffusione non autorizzata in modalità non lineare — ossia per la massima parte della trasmissione via *internet* o comunque *on demand*²² — è stato altresì esteso ai produttori fonografici per i loro fonogrammi (art. 72, lett. *d*, l. aut.), nonché ai produttori audiovisivi, per le loro sequenze di immagini in movimento (art. 78-*ter*, lett. *d*). Sebbene per queste ultime due categorie di produttori non sia previsto un analogo *ius excludendi* anche per la comunicazione lineare al pubblico, esso — quando non venga espressamente surrogato da un diritto a compenso, come p.es. prevede l'art. 73, 1° comma, per la diffusione al pubblico dei fonogrammi — è in pratica « compensato » dal diritto esclusivo di riproduzione anche solo temporanea su schermo o presso altre installazioni intermedie (art. 72, lett. *a*, o 78-*ter*, lett. *a*)²³ ovvero dall'esercizio dei pieni diritti autoriali o artistici sulla comunicazione in qualsiasi modalità, ex art. 16 l. aut., dei quali, nella maggioranza dei casi, i produttori sopra indicati sono licenziatari o cessionari assoluti addirittura *ex lege*²⁴. I diritti per tutte queste

²⁰ V. per tutti App. Firenze, 19 aprile 2005, in *Resp. comunicazione impresa*, 2005, p. 325, per cui — ai sensi dell'art. 79 l. aut. — è vietata la diffusione non autorizzata d'immagini tratte dai telegiornali, a nulla rilevando che la riproduzione sia soltanto parziale, poiché la tutela riguarda in sé l'emissione televisiva, sia nel suo insieme sia in ciascuna delle sue parti.

²¹ DI NELLA, *I diritti audiovisivi su eventi sportivi: natura, titolarità, tutele*, in *Rass. dir. econ. sport*, 2009, p. 36 ss.

²² In realtà, anche *online* potrebbero effettuarsi tecnicamente trasmissioni lineari, ma, a parte l'inutilità di tale modalità in un sistema per definizione interattivo, diversamente dalla televisione, programmi lineari in *streaming* o in *webcasting* comporterebbero una fruizione simultanea da parte di molteplici utenti con contemporaneo assorbimento di tali quantità di *bytes* da esorbitare grandemente la capacità degli attuali sistemi di banda larga soprattutto metropolitani.

²³ Riproduzioni temporanee sono infatti eccezionalmente ammesse soltanto se

singoli atti tecnicamente accessori ad una comunicazione di per sé lecita: v. TATAFIRORE, *La riproduzione temporanea in Internet di opere protette*, in *Dir. autore*, 2007, p. 437 ss.

²⁴ V. p.es. gli artt. 46, 1° comma, e 84 l. aut., per i produttori cinematografici ed audiovisivi. Da questo punto di vista, una possibile lettura « utile » e non meramente ricognitiva dell'art. 32-*bis*, 2° comma, lett. *b* — concernente l'obbligo di astensione per tutti i terzi « dal trasmettere o ritrasmettere, o mettere comunque a disposizione degli utenti, su qualsiasi piattaforma e qualunque sia la tipologia di servizio offerto, programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi, o parti di tali programmi, senza il consenso di titolari dei diritti — potrebbe essere individuata nel tentativo di estendere il diritto esclusivo di ordinaria comunicazione lineare al pubblico anche ai produttori audiovisivi, in effetti esplicitamente menzionati a tal fine nell'ultimo testo preparatorio. È tuttavia evidente che siffatta estensione — pur compatibile con un potenziale ampliament-

categorie di materiali e di soggetti — in aggiunta all'originaria tutela delle opere creative per i relativi autori — rendono, dunque, già legalmente impossibile visualizzare in maniera pure temporanea qualsiasi contenuto non autorizzato, mantenendo illecita sia civilmente sia (quasi sempre) penalmente la riproduzione/trasmisione/visualizzazione anche a titolo gratuito o per usi puramente personali. L'art. 171 l. aut. punisce infatti con multa da € 51 a € 2.065²⁵ chiunque, senza averne diritto, a qualsiasi scopo e in qualsiasi forma, *inter alia*: a) riproduca, trascriva, reciti in pubblico, diffonda, venda, metta in vendita o ponga altrimenti in commercio un'opera altrui (...), nonché (*a-bis*) metta a disposizione del pubblico un'opera dell'ingegno protetta — o parte di essa²⁶ — immettendola in un sistema di reti telematiche tramite connessioni di qualsiasi genere. Come si può così notare, mentre la prima parte della norma sanziona (anche) la mera attività di *downloading* per uso (anche solo) personale — in quanto chi la effettui visualizzi o ascolti un'opera protetta o una sua parte minimamente originale riproducendola comunque nella memoria volatile o tramite *buffering*²⁷ — la seconda parte specificamente punisce l'attività di *uploading* nei sistemi telematici, peraltro già probabilmente inclusa nell'illecita diffusione di cui alla lett. a), anche in questo caso non rimanendo infatti essa attività isolata, ma, quasi per definizione, azione iniziale di una inevitabile diffusione in rete, soprattutto dopo l'estensione di quest'ultima nozione alla (potenziale) messa a disposizione del pubblico dell'opera in modalità non lineare²⁸. Qualora sussista poi uno scopo lucrativo — ravvisa-

to dei diritti connessi rispetto allo *standard* minimo internazionale (cfr. art. 22 della Convenzione di Roma del 26 ottobre 1961, ratificata con l. 22 novembre 1976, n. 866) — avrebbe dovuto essere chiaramente prevista già in sede di legge-delega, costituendo *ex novo* un diritto soggettivo assoluto, prima inesistente.

²⁵ Ai sensi del comma 1-*bis*, peraltro, chiunque commette la violazione di cui al primo comma, lett. *a-bis*), è ammesso a pagare, prima dell'apertura del dibattimento o dell'emissione di decreto penale di condanna, una somma corrispondente a metà del massimo della pena stabilita dal comma medesimo per il reato commesso, oltre alle spese del procedimento; il pagamento estingue il reato. Inoltre, se le condotte di cui all'art. 171 sono commesse con colpa, la pena è ridotta alla sanzione amministrativa fino a € 1.032 (art. 172, 1° comma, l. aut.).

²⁶ Secondo RAPETTO, *Il download cerca equilibrio*, in *Sole 24 Ore Nôva*, 1 febbraio 2007 — la nozione di « parte » deve essere qui considerata nel senso tecnico-in-

formatico — e non come « parte » nel senso creativo *ex art.* 19, 1° comma, l. aut. — essendo la norma menzionata nel testo finalizzata a punire lo scambio *peer-to-peer*, dove la condivisione *on-line* non avviene direttamente in maniera integrale, bensì spesso mediante minimi frammenti coordinati dell'opera (come accade tipicamente nel sistema *torrent*), che di per sé non hanno alcuna rilevanza sul piano espressivo-autoriale, ma servono, a loro volta, per ricomporre su *monitor* l'opera od una parte (nel senso creativo) della stessa. Sul sistema *torrent*, v. Cass. pen., 23 dicembre 2009, n. 49437, cit. *infra*, a nota n. 29, ampiamente nella motivazione.

²⁷ Rileva GUGLIELMETTI, *Riproduzione e riproduzione temporanea*, in *Annali it. dir. autore*, 2002, I, p. 25 ss., che la visualizzazione su *monitor* non integra più solo un atto di rappresentazione *ex art.* 15 l. aut. — come accade sullo schermo televisivo — ma pure una riproduzione temporanea *ex art.* 13 l. aut.

²⁸ Questa potenzialità non può però interpretarsi in maniera ancor più ampia

bile anche nella mera predisposizione di *banner* pubblicitari ovvero in finalità di lucro solo indirette²⁹ — l'art. 171-ter, 1° comma, l. aut., si trasforma in una «succursale del codice penale»³⁰ punendo per ciò che qui rileva, fra le altre condotte, chi: a) abusivamente duplica, riproduce, trasmette o diffonde in pubblico con qualsiasi procedimento, in tutto o in parte, un'opera dell'ingegno destinata al circuito televisivo, cinematografico, della vendita o del noleggio, nonché dischi, nastri o supporti analoghi e ogni altro supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive assimilate o sequenze di immagini in movimento; b) abusivamente riproduce, trasmette o diffonde in pubblico, con qualsiasi procedimento, opere o parti di opere letterarie, drammatiche, scientifiche o didattiche, musicali o drammatico-musicali³¹ ovvero multimediali, anche se inserite in opere collettive, composte o banche dati; c) pur non avendo concorso a duplicazioni o riproduzioni, introduce nello Stato, detiene per la vendita o la distribuzione, o distribuisce, pone in commercio, concede in noleggio o comunque cede a qualsiasi titolo, proietta in pubblico, trasmette a mezzo della televisione con qualsiasi procedimento, trasmette a mezzo della radio, fa ascoltare in pubblico le duplicazioni o le riproduzioni abusive sopra indicate; d) detiene per la vendita o la distribuzione, pone in commercio, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, proietta in pubblico, trasmette a mezzo della radio o della televisione con qualsiasi procedimento, videocassette, musicassette, qualsiasi supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere musicali, cinematografiche o audiovisive o sequenze di immagini in movimento, od altro supporto per il quale sia imposta l'apposizione del contrassegno da parte S.I.A.E.³², se essi siano privi di tale contrassegno o presentino contrassegni contraffatti od alterati; e) in assenza di accordo con il legittimo distributore, ritrasmette o diffonde con qualsiasi mezzo un servizio criptato, ricevuto per mezzo di apparati o parti di apparati

(e tecnicamente inesatta) ricomprendendovi il mero atto di *linking*. Sulla libertà di *hyperlink*, RICOLFI, *Comunicazione al pubblico e distribuzione*, in *AIDA*, 2002, p. 77; MUSSO, *Iper testi e thesauri nella disciplina del diritto d'autore*, in *Annali it. dir. autore*, I, 1998, p. 238 ss.; CERINA, *La legittimità del « web linking »*, in *Dir. ind.*, 1999, p. 379 ss.; *contra*, ROMANO, *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, Cedam, Padova, 2001, p. 251 ss.; ERCOLANI, *Il diritto d'autore*, cit., p. 157 s.

²⁹ Così p.es. Cass. pen., 23 dicembre 2009, n. 49437 (caso «PirateBay») in *Dir. pen. e processo*, 2010, n. 3, p. 292, in motivazione; sul punto, v. anche TERRA-

CINA, *Lucro e profitto nella giurisprudenza della corte di cassazione in materia di violazione del diritto d'autore e dei diritti connessi* (nota a Cass. pen. 22 novembre 2006), in *Dir. Internet*, 2007, p. 257 ss.

³⁰ Cfr. TERRACINA, *La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi*, in *Giur. merito*, 2008, p. 3067 ss.

³¹ Così p.es. la radiodiffusione di una rappresentazione o di un'esecuzione rientra nel generale concetto di diffusione ex art. 171, lett. b), l. aut., poiché configura una forma specifica di diffusione: Cass. pen., 27 febbraio 2003, in *Giust. pen.*, 2004, II, p. 303.

³² Sulla disciplina del contrassegno SIAE, v. *infra*, testo e nota n. 70.

atti alla decodificazione di trasmissioni ad accesso condizionato. Il 2° comma — a sua volta — punisce con la reclusione da uno a quattro anni e con la multa da € 2.582 a € 15.493 chiunque, a scopo di lucro: *a)* riproduce, duplica, trasmette o diffonde abusivamente, vende o pone altrimenti in commercio, cede a qualsiasi titolo ovvero importa abusivamente oltre 50 copie o esemplari di opere tutelate da diritti d'autore o connessi; (*a-bis*) in violazione dell'art. 16, comunica al pubblico un'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore, o parte di essa, immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere³³. Per atti di *downloading* sia personali sia lucrativi, nonché per ogni altra violazione delle disposizioni previste dagli artt. 171 ss. l.aut, infine, la « pena accessoria » *ex art.* 174-*bis* aggiunge la sanzione amministrativa pecuniaria pari al doppio del prezzo di mercato delle opere o dei supporti oggetto della violazione in misura comunque non inferiore a € 103; se il prezzo non è facilmente determinabile, la violazione è punita con la sanzione amministrativa da € 103 a € 1032. La sanzione amministrativa si applica, per di più, nella misura stabilita, per ogni violazione e per ogni esemplare abusivamente duplicato o riprodotto: si tratta di un chiaro esempio di *punitive damages*, i quali — esclusi dalla direttiva n. 2004/48/CE sull'*enforcement* dei diritti di proprietà intellettuale per la contrarietà ai principi comunitari sull'illecito civile³⁴ — sono stati surrettiziamente introdotti sul piano addirittura pubblicistico dal decreto legislativo del 9 aprile 2003, n. 68 (art. 27).

3. CIÒ CHE È LECITO E CIÒ CHE È ILLECITO SECONDO LA DISCIPLINA DEL DIRITTO D'AUTORE E DEI DIRITTI CONNESSI NELLE TRASMISSIONI DI MEDIA AUDIOVISIVI.

Se si consideri altresì che la tutela dell'opera o dei materiali si estrinseca anche per la riproduzione di pur minime porzioni di esse, *ex art.* 19, 1° comma, l. aut.³⁵, non riesce difficile compren-

³³ Si osservi il parallelismo con l'analoga norma dell'art. 171, 1° comma, lett. *a-bis*), applicabile nel caso di finalità solo personali o benefiche, comunque diverse da scopi lucrativi, ma qui con espresso riferimento all'art. 16 e, in particolare, alla modalità di trasmissione non lineare, tipica di *internet* e della diffusione radiotelevisiva *on demand*.

³⁴ Considerando n. 26, ult. frase: « il fine non è quello di introdurre un obbligo di prevedere un risarcimento punitivo, ma di permettere un risarcimento fondato su una base obiettiva, tenuto conto delle spese sostenute dal titolare, ad esempio,

per l'individuazione della violazione e relative ricerche ».

³⁵ Conformemente alla disciplina internazionale e comunitaria: v. p.es. C. Giust. UE, 16 luglio 2009, C-5/08, cit., per la quale un atto compiuto nel corso di un procedimento di raccolta-dati — consistente nella memorizzazione informatica di un estratto di un'opera tutelata composto da undici parole e nella stampa del medesimo — può rientrare nella nozione di « riproduzione parziale », ai sensi dell'art. 2 della direttiva n. 2001/29/CE, qualora gli elementi in tal modo ripresi siano espressione di creazione intellettuale del loro

dere come l'avvenuta condanna del noto sito « *YouTube* »³⁶ per la trasmissione non autorizzata di varie parti di un altrui programma televisivo non possa che in realtà essere l'inevitabile conseguenza di una batteria di cannoni ad alzo zero da tempo piazzata sul campo di battaglia tra le opposte concezioni della « società dell'informazione »³⁷. Potrebbe anzi apparire assai difficile, in questo contesto, comprendere come lo stesso sito « *YouTube* » od altri « programmi » simili³⁸ possano tuttora esistere, posto che l'attuale regolamentazione internazionale sui diritti d'autore e connessi — specialmente nella iper-restrittiva attuazione del D.Lgs. n. 68/2003 — ha sancito non soltanto l'iper-tassatività delle eccezioni ai diritti esclusivi³⁹, ma ha altresì limitato o reso puramente opzionali eccezioni relevantissime per la libertà di manifestazione del pensiero, quali la libera facoltà di citazione o la libera riproduzione di opere per scopi di mera vendita da parte del proprietario

autore, come dev'essere verificato dal giudice del rinvio. In Italia, v. p.es. Trib. Catania, 1° ottobre 2007, in *Annali it. dir. autore*, 2008, p. 738, per cui — in caso di riproduzione e diffusione non autorizzata di un'opera cartografica — non esclude la violazione del diritto d'autore né che la riproduzione sia parziale, né che essa sia stata effettuata da un ente concessionario di pubblico servizio al fine d'illustrare una tratta autostradale.

³⁶ Trib. Roma, 16 dicembre 2009, in *Guida al dir.*, 2010, n. 2, p. 56, con nota di PIRRUCCIO, *Cade il diritto di cronaca se le pagine web sono piene di pubblicità*: si noti che l'ordinanza ha condannato *Google Inc.* e *YouTube Inc.* — la prima società quale incorporante per fusione la seconda — per violazione dei diritti sulle emissioni radiotelevisive di R.T.I. per varie parti del programma « Il grande Fratello » in quanto tali, ex art. 79 l. aut., a prescindere dalla tutela di (eventuali) diritti di autore spettanti al *reality show* come (eventuale) opera creativa dell'ingegno.

³⁷ Per la concezione iper-protezionista contraria alla liberalizzazione, v. lo stesso relatore iniziale nell'iter della direttiva n. 29/2001, on. BARZANTI, *L'esperienza europea: nuove vie della normazione*, in MASI (a cura di), *L'autore nella rete*, Guerini, Milano, 2000, p. 39 ss.; sul caso « *Pirate Bay* », CHAUHAN, *Not so bizarre, Pirate Bay Operators found guilty*, 21 aprile 2009, reperibile all'URL <http://www.iposgoode.ca/2009/04/not-so-bizarre-pirate-bay-operators-found-guilty/>. La medesima situazione si era sostanzialmente verificata già con la decisione su « *Napster* »: v. CERINA, *Il caso Napster e la musica on line: cronaca della condanna an-*

nunciata di una rivoluzionaria tecnologia (nota a *U.S. District Court for the Northern District of California*, 26 luglio 2000), in *Dir. ind.*, 2001, p. 48.

³⁸ Intendendosi tale nozione in senso generico, ai fini della disciplina autoriale, essendo invece dubbio se manifestazioni audiovisive come « *YouTube* » possano includersi nella definizione di « servizi di *media* audiovisivi » ex art. 2, 1° comma, lett. a), n. 1, seconda parte, del D.Lgs. n. 177/2005, ai fini di quest'ultima disciplina.

³⁹ Artt. 65 ss., l. aut. (v. TATAFIORE, *Le utilizzazioni libere nella nuova disciplina del diritto d'autore*, ESI, Napoli, 2007, p. 13 ss.). La già limitata tassatività e la restrittiva interpretazione delle residuali eccezioni all'ormai onnicomprensivo contenuto dei diritti d'autore e connessi, è resa ancora più stringente per le comunicazioni non lineari, disponendo l'art. 71-*nonies* l. aut. che le eccezioni e limitazioni disciplinate dal presente capo e da ogni altra disposizione della presente legge, quando sono applicate ad opere o ad altri materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelto individualmente, non devono essere in contrasto con lo sfruttamento normale delle opere o degli altri materiali, né arrecare un ingiustificato pregiudizio agli interessi dei titolari (la norma è stata anch'essa introdotta dal D.Lgs. n. 68/2003). E così pure è stata consentita la riproduzione di emissioni radiotelevisive effettuate da ospedali pubblici e da istituti di prevenzione e pena, per uso esclusivamente interno, purché i titolari dei diritti ricevano un equo compenso, determinato con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali: art. 71-*quater*.

del *corpus mechanicum* (con conseguenti dubbi sulla legittimità di tutte le riproduzioni di opere o di prodotti — da copertine di fuffetti ad etichette di *shampoo* fino a lampadari tutelati come inestimabili opere artistiche d'*industrial design* — pure nelle aste televisive o attuate *on-line*, quali « *Ebay* »)⁴⁰. In particolare, l'art. 5.3.i della direttiva n. 29/2001, riguardante l'inclusione occasionale o accidentale di opere altrui, è stata in Italia attuata unicamente nell'ambito dell'esercizio del diritto di cronaca e nei limiti del fine informativo (art. 65, 2° comma, l. aut., con, in più, l'obbligo di menzione della fonte)⁴¹. Da ciò deriva inevitabilmente che qualsiasi brano audiovisivo, commerciale o amatoriale, trasmesso *on line* per mezzo di « *YouTube* » o siti simili, risulterebbe per sé illecito ogniqualevolta riproducesse anche soltanto occasionalmente un'opera o un materiale protetto, totalmente o parzialmente, quale p.es. un filmato di una festa di compleanno, dove s'intoni « *Happy Birthday to You...* »⁴² ovvero se si distinguano sullo sfondo quadri o oggetti di *design*, come negli Stati Uniti — patria del DMCA⁴³ — è

⁴⁰ In senso eccessivamente rigoroso, anche sotto il profilo soggettivo della pretesa *culpa in vigilando*, v. per tutte Cass., 29 maggio 2003, n. 8597, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2660, che ha condannato in solido anche l'emittente televisiva per non avere verificato *ex ante* che il motivo musicale da « *White Christmas* », inserito per alcuni secondi nel corso di una comunicazione pubblicitaria da questa trasmessa, non fosse stata oggetto di *copyright clearance* da parte dell'agenzia pubblicitaria (in senso critico, LONGHINI e GHIGNA, *La violazione dei diritti di sfruttamento dell'opera musicale negli spot pubblicitari con particolare riferimento alla responsabilità dell'emittente televisiva e della concessionaria di pubblicità*, in *Dir. autore*, 2002, p. 23 ss.). Per la giurisprudenza statunitense, cfr. « *Davis v. The Gap, Inc.* », 2nd Cir., 3 Aprile 2001, dove è stata giudicata contraffattiva l'immagine riconoscibile — ancorché *de minimis* — di un orecchino tutelato da *copyright* al lobo di uno degli attori di una fotografia pubblicitaria, salvo riconoscersi al titolare un risarcimento di \$ 50 quale « prezzo del consenso » per mancate *royalties*; v. altresì la grottesca, ma reale controversia stragiudiziale — descritta ampiamente da LESSIG, *Cultura libera: un equilibrio fra anarchia e controllo, contro l'estremismo della proprietà intellettuale*, Apogeo, Milano, 2005, p. 91 ss. — relativa alle immagini di un cartone animato in una televisione accesa, dietro le quinte, riprodotte per alcuni secondi all'interno di un documentario di *backstage* per un'opera lirica. Sulle aste *on line*, v. MUSSO, *Di-*

ritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, diretto da GALGANO, Zanichelli, Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 2008, p. 208 s.

⁴¹ V. pertanto Trib. Roma, 22 aprile 2008, in *Dir. autore*, 2009, p. 146, per cui è illecita la riproduzione e la diffusione *on line*, a fini commerciali e senza il consenso degli autori, d'immagini contenenti opere dell'arte figurativa tutelate dal diritto d'autore, potendo la loro pubblicazione senza il consenso dei titolari ritenersi consentita — *ex art. 65, 2° comma, l. aut.*, nel testo modificato dal d.leg. n. 68/2003, in attuazione della direttiva n. 29/2001 — soltanto per periodi di tempo limitati, nel contesto di un resoconto di un'esposizione di opere d'arte in corso e per scopi meramente informativi.

⁴² Un codice di comportamento per l'uso pubblico di brani musicali come « *Happy Birthday to You* », all'interno di *films* o di altri eventi altrimenti soggetti ad autorizzazione da parte dei titolari, è stato predisposto dall'*American University's Center for Social Media* (AUFDERHEIDE, *Movie Monsters, Fair Use and Best Practices in the U.S.*, reperibile all'URL: <http://www.iposgoode.ca/2009/08/movie-monsters-fair-use-and-best-practices-in-the-us/>).

⁴³ Su quest'atto normativo (*Digital Millennium Copyright Act* del 1998), che ha percorso la direttiva n. 29/2001/CE, cfr. MARZANO, *Diritto d'autore e digital technologies. Il Digital copyright nei Trattati OMPI, nel DMCA e nella normativa comunitaria*, Milano, Giuffrè, 2005; NIMMER, *Copyright. Sacred Text, Technology*

già accaduto in vari casi del genere tramite cause, civili o penali, che sono da aspettarsi pure in Europa. Negli Stati Uniti, per di più, l'elastica valvola di *fair use defence* consente, almeno, di escludere applicazioni bagatellari o comunque non economicamente rilevanti: così, per esempio, la raffigurazione di quadri, ritratti od altre immagini in riquadri minimali per puri fini segnalatico-descrittivi (*thumbnails*), è stata infine dichiarata lecita⁴⁴, dovendo altrimenti *Google* rinunciare p.es. a tutto il suo repertorio d'immagini pure in tale forma minimale senza la preventiva autorizzazione da parte di ciascun titolare. Nel sistema europeo ed italiano, viceversa, la tassatività delle eccezioni e, quando prevista, la possibilità di citazione di un'opera solamente in una sua parte o brano, rende di fatto e di diritto illegittima la « citazione grafica », pur se di minime dimensioni⁴⁵: anche in questo caso, il prodromo d'oltreoceano è arrivato puntualmente in Europa e, in particolare, in Italia, dove, per salvaguardare p.es. la libertà di riprodurre immagini di opere dell'architettura da parte di Wikipedia in bassa risoluzione ed a puro fine informativo, in quanto associate a voci di architettura senza scopi di lucro, si è dovuto pervenire — almeno da parte di chi non riteneva così *unfair* questa tipologia di comunicazione al pubblico — alla norma dell'art. 70, comma 1-*bis*, l. aut.: tuttavia, oltre che tecnicamente « pasticciata », la sua versione definitiva è stata sottoposta ad una serie pressoché invalicabile di pareri ministeriali e parlamentari⁴⁶, significativamente non ancora

and the DMCA, Kluwer Law Int., L'Aja, 2003, p. 137 ss.

⁴⁴ Negli Stati Uniti, v. « Kelly v. Arriba Soft Corp. », 336 F.3d 811, 818 (9th Cir., 2003), dove si è ritenuta correttamente non contraffattiva l'immagine minimale ed a bassa risoluzione di opere fotografiche, mediante *thumbnails*, da parte di un motore di ricerca, essendo queste « riproduzioni », da un lato, *not of the same type as the original work, because the images were not being sold as pictures but rather were to facilitate the identification of the images in the search engine*; dall'altro, *would guide people to Kelly's work rather than away from it and the size of the thumbnails makes using them, instead of the original, unattractive*, realizzando in questo modo un'ipotesi di *fair use* che dovrebbe ricondursi ad una funzione puramente illustrativa o descrittiva, ma non estetica, né pubblicitaria, dell'opera. Ma per l'Italia, v. MARI, *Diritti d'autore per fotografie on-line di opere protette*, in *Dir. autore*, 2007, p. 319 ss., la quale, nel rievocare tutto l'armamentario dogmatico circa l'elevata tutela d'autore per negare la liceità di qualsiasi riproduzione di-

gitale di opere — incluso il divieto *a priori* di opere grafiche — pare citare il richiamato caso statunitense in senso diametralmente opposto, *ibid.*, 489, confermando però, *a contrario*, che solo una copia « concorrenziale » dovrebbe essere tale anche alla luce dell'ordinamento italiano, senza peraltro chiarire se anche casi di *thumbnail* o simili a fini descrittivi siano tali.

⁴⁵ Sulla perdurante esclusione delle opere figurative dalla possibilità di citazione ex art. 70 l. aut. — oltre alla dottrina ed alla giurisprudenza francese, che ne sono i maggiori fautori e che espressamente rifiutano l'eventuale prevalenza di una funzione puramente descrittiva nel caso di riproduzione integrale ancorché minima (come Cass., Ass. Plén., 5 novembre 1993, in *Dalloz*, 1994, *Jur.* 484, con nota di FOYARD) — v. in Italia Cass., 19 dicembre 1996, n. 11343, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2555. Nel senso sostenuto nel testo, con particolare riferimento alle citazioni grafiche in trasmissioni audiovisive, v. invece LONGHINI, *L'art. 70 della legge sul diritto di autore in televisione*, in *Dir. autore*, 2004, p. 133 ss.

⁴⁶ Viene infatti « consentita la libera

emessi dopo oltre due anni, con solerzia inversamente proporzionale a quella con cui il Governo ha invece introdotto la (pleonastica) ricognizione di divieti o di limitazioni agli usi liberi nell'attuale disciplina dei diritti d'autore e connessi, ex art. 6 del D.Lgs. n. 44/2010. Altrettanto significativamente, alla solerte, ma ridondante (re)imposizione di tutti i divieti o limiti contenuti nel decreto di attuazione della direttiva n. 29/2001, non si è altresì minimamente accompagnata l'istituzione del sistema di garanzie — pure imposto ex art. 6, § 4, della stessa direttiva, ma rimasto totalmente inattuato nel D.Lgs. n. 68/2003 — sulla compatibilità fra misure tecniche di protezione e legittimi diritti d'accesso ai contenuti da parte degli utenti⁴⁷. Sotto tutti questi profili pare allora quasi ironica l'introduzione dell'art. 6 del D.Lgs. n. 44/2010 — nettamente sancito in favore delle imprese titolari di contenuti o delle emissioni, come dimostra, nella bozza preparatoria dello stesso decreto, l'esplicito riferimento « particolare » ai produttori audiovisivi⁴⁸ — fra le norme della sezione dedicata ai diritti degli utenti, probabilmente sulla base dell'auto-celebrativo e paternalistico presupposto che la tutela assoluta delle privative degli imprenditori culturali sarebbe di per sé sola l'unica o maggiore garanzia di libertà fruizionale e pluralistica da parte degli utenti⁴⁹: non si di-

pubblicazione attraverso la rete *internet*, a titolo gratuito, di immagini [anche in movimento?] e musiche a bassa risoluzione o degradate, per uso didattico o scientifico e solo nel caso in cui tale utilizzo non sia a scopo di lucro. Con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, sentiti il Ministro della pubblica istruzione e il Ministro dell'università e della ricerca, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, sono definiti i limiti all'uso didattico o scientifico di cui al presente comma ».

⁴⁷ Come invece è stato fatto in altri Paesi pur iper-protezionisti, quali la Francia, che ha demandato tale compito ad una autorità indipendente appositamente istituita, in Italia peraltro coerentemente già prefigurabile nella medesima AGCom. L'art. 6, § 4, della direttiva n. 29/2001, prevede infatti che « in deroga alla tutela giuridica di cui al par. 1, in mancanza di misure volontarie prese dai titolari, compresi accordi fra titolari e altre parti interessate, gli Stati membri prendono provvedimenti adeguati affinché i titolari mettano a disposizione del beneficiario di un'eccezione o limitazione, prevista dalla normativa nazionale in conformità dell'art. 5, par. 2, lett. a), c), d), e), o dell'art. 5, par. 3, lett. a), b) o e), i mezzi per fruire della stessa, nella misura necessaria per potere fruire di tale eccezione o limitazione e purché il beneficiario abbia accesso legale all'opera

o al materiale protetto in questione » e che « uno Stato membro può inoltre adottare siffatte misure nei confronti del beneficiario di un'eccezione di una limitazione prevista in conformità dell'art. 5, par. 2, lett. b), a meno che i titolari non abbiano già consentito la riproduzione per uso privato nella misura necessaria per potere beneficiare dell'eccezione o limitazione in questione e in conformità delle disposizioni dell'art. 5, par. 2, lett. b), e par. 5, senza impedire ai titolari di adottare misure adeguate relativamente al numero di riproduzioni conformemente alle presenti disposizioni » (subparr. 1 e 2).

⁴⁸ La norma imponeva infatti, al corrispondente 1° comma, d'assicurare « il pieno rispetto dell'articolo 78-ter della legge 22 aprile 1941, n. 633, indipendentemente dalla piattaforma... ».

⁴⁹ Per quest'auto-referenziale concezione, v. p.es. il « considerando » n. 9 della direttiva n. 29/2001, secondo cui « ogni armonizzazione del diritto d'autore e dei diritti connessi dovrebbe prendere le mosse da un alto livello di protezione, dal momento che tali diritti sono essenziali per la creazione intellettuale. La loro protezione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo della creatività nell'interesse di autori, interpreti o esecutori, produttori e consumatori, nonché della cultura, dell'industria e del pubblico in generale. Si è per-

scute, ovviamente, che la « vera » pirateria arrechi un gravissimo pregiudizio non soltanto ai titolari dei diritti di sfruttamento ed ai relativi investimenti in produzioni audiovisive, ma anche con indirette ripercussioni negative sugli utenti legittimi⁵⁰, occorrendo però mantenere distinto l'interesse costituzionalmente protetto al proprio profitto — specie per quanto riguarda le produzioni puramente imprenditoriali « connesse » al diritto d'autore — dall'interesse generale alla diffusione della cultura, anch'esso costituzionalmente protetto con norme assai più fondamentali, ma sempre più compresso in favore del primo perfino per le utilizzazioni minimali o non concorrenziali quali « opzionalmente » indicate dall'art. 5 della direttiva n. 29/2001, ma nondimeno rappresentative di altrettanto meritevoli diritti sottostanti da parte di terzi⁵¹. Si è così giunti al tendenziale paradosso per il quale « proprio nel momento in cui, tramite la possibilità per chiunque d'immettere in rete propri prodotti, si esalta la creatività, si vanifica la tutela del diritto d'autore (e quindi la remunerazione dei prodotti dell'ingegno), in quanto l'abuso di scaricare da *internet* prodotti audio, audiovisivi, letterari, è difficilmente reprimibile »⁵². Da questo punto di vista, quindi, per esser efficace, la repressione dell'attività illecita ex art. 32-*bis* del D.Lgs. n. 177/2005, nonostante il richiamo all'intera disciplina dei diritti d'autore o connessi, non dovrebbe che riguardare la « vera e propria » pirateria⁵³, con l'inevitabile esclusione di

tanto riconosciuto che la proprietà intellettuale costituisce parte integrante del diritto di proprietà ».

⁵⁰ Così, p.es., gli utenti legittimi o meno — nonostante l'inserimento dell'art. 6 del D.Lgs. n. 44/2009 fra i loro « diritti » — non appaiono certamente godere di un interesse ad agire in contraffazione per le opere o i materiali protetti, ex art. 100 c.p.c.; né si dimentichi la diversa collocazione che la tutela della cultura e della libertà culturale (art. 9) mantiene nella Costituzione rispetto alla legittima tutela degli interessi imprenditoriali o proprietari (artt. 41 e 42) con i relativi limiti di utilità sociale e d'interesse generale.

⁵¹ Cfr. già Trib. Trento, 22 febbraio 2000, in *Annali it. dir. autore*, 2000, p. 897, per cui l'art. 65 l. aut. sull'eccezione del diritto di cronaca, pure nel testo precedente, si doveva applicare anche ai diritti connessi delle imprese emittenti, fermo restando il carattere eccezionale della disciplina sulle libere utilizzazioni, che deve essere fondata su interessi di grado pari o superiore a quelli dell'emittente (le quali, dal canto loro, per il tribunale, vanterebbero fondamenti costituzionali analoghi a quelli delle privative d'autore, ex art. 9, 42 e 41 Cost.): veniva in tal modo giustificata sia

l'interpretazione estensiva dei diritti di utilizzazione economica dell'emissione televisiva, sia l'integrazione delle regole di tutela delle imprese radiotelevisive per mezzo di un'interpretazione delle disposizioni in materia di diritto d'autore e di diritti del produttore fonografico non in via analogica, ma estensiva o evolutiva, per la possibilità di assimilare alle « riviste o giornali anche radiofonici » i mezzi di comunicazione, che, sebbene tecnologicamente più avanzati rispetto al tempo d'emanazione della norma, siano loro sostanzialmente equipollenti. Ciò che peraltro, come si è osservato, non è avvenuto per le norme più favorevoli agli utilizzatori, ex artt. 51 ss. l. aut.: v. *supra*, nota n. 3.

⁵² Così il presidente dell'AGCom nell'audizione al Senato del 26 gennaio 2010, sulla bozza del decreto in esame, a p. 15 del verbale, disponibile anche all'URL: <http://www.agcom.it/default.aspx?message=viewdocument&DocID=3759>.

⁵³ Come p.es. definita dall'art. 144 del codice della proprietà industriale; cfr., altresì, il « considerando » n. 25 della stessa direttiva n. 2004/48, secondo il quale « occorre consentire agli Stati membri di prevedere, nei casi in cui una violazione è stata commessa in modo non intenzionale

opere o materiali protetti, ma inglobati nei programmi in via meramente accidentale/occasionale, come — a sua volta — l'ambito d'applicazione dell'intero D.Lgs. n. 177/2005 ora impone in maniera ragionevolmente più restrittiva, escludendo servizi nei quali il contenuto audiovisivo sia meramente incidentale e non ne costituisca lo scopo principale — quali, a titolo esemplificativo: *a*) i siti *internet* che contengono elementi audiovisivi puramente accessori, come elementi grafici animati, brevi *spot* pubblicitari o informazioni relative a un prodotto o ad un servizio non audiovisivo; *b*) i giochi in linea; *c*) i motori di ricerca; *d*) le versioni elettroniche di quotidiani o di riviste; *e*) i servizi testuali autonomi; *f*) i giochi d'azzardo con posta in denaro, ad esclusione delle trasmissioni dedicate a giochi d'azzardo e di fortuna — nonché tutti i servizi prestatati nell'esercizio di attività precipuamente non economiche e che non siano in concorrenza con la radiodiffusione televisiva, quali i siti *internet* privati ed i servizi consistenti nella fornitura o nella distribuzione di contenuti audiovisivi, generati da utenti privati, per condivisione o scambio, nell'ambito di comunità d'interesse (art. 2, 1° comma, lett. *a*, n. 1, ult. parte, del D.Lgs. n. 177/2005, nel testo sostituito *ex art.* 4 del D.Lgs. n. 44/2010).

4. UBIQUITÀ DELL'ILLECITO DIFFUSIVO, CONCORSO ED ELUSIONE.

Anche sul piano processuale, infine, da tempo dottrina e giurisprudenza hanno ribadito il principio di ubiquità dell'illecito sul piano tanto civile, quanto penale (art. 6 c.p.), rendendo irrilevante che le opere o i materiali protetti siano stati caricati su di un *server* all'estero o scaricati da un sito straniero, bastando che una visualizzazione parziale o temporanea dell'opera o del programma si sia verificata in Italia, specialmente per i servizi non lineari⁵⁴: sotto questo profilo, dunque, pare del tutto coerente che la tradizionale natura « reale » del sequestro penale possa oggi estendersi ad operazioni di *take down* sui siti illeciti, non già per applicazione analogica, ma per coerente interpretazione estensiva di quanto previsto *ex art.* 17 del D.Lgs. n. 70/2003⁵⁵. All'ormai assoluto rigore della disciplina sulla proprietà intellettuale nei servizi di *media*, estendentesi ad ogni forma o modo di utilizza-

e senza negligenza, e laddove le misure correttive o inibitorie previste dalla presente direttiva sarebbero sproporzionate, la possibilità, in casi appropriati, di erogare compensazioni pecuniarie alla parte lesa come misura alternativa (...)»

⁵⁴ Ma anche per la diffusione televisiva, cfr. C. Giust. CEE, 14 luglio 2005, C-192/04, in *Guida al dir.*, 2005, n. 35, p. 117, con nota di PIRODDI, la quale ha con-

dannato una emittente satellitare tedesca al pagamento dell'equo compenso in favore della competente *collecting society* francese, a causa della potenziale percezione dei programmi televisivi — da questa trasmessi in lingua e con pubblicità unicamente rivolte al pubblico tedesco — anche ad una limitatissima zona oltre confine nella Francia.

⁵⁵ Cass. pen., sez. III, 23 dicembre 2009, n. 49437 (caso « PirateBay »), cit.

zione, totale o parziale, temporaneo o permanente, si aggiunge d'altronde una rigorosa applicazione della figura del concorso nell'illecito in ambito sia civile sia penale, essendosi giunti così a sanzionare in via di *active inducement* l'attività di mero *linking* a siti terzi, contenenti programmi non autorizzati, almeno qualora — è auspicabile sperare — effettivamente sussista incitamento consapevole o doloso a violare gli altrui diritti tramite l'informazione del *link* al pubblico o l'eventuale fornitura di apposito *software* ausiliario per visualizzare i programmi abusivi⁵⁶. Né migliore sorte è riservata a chi tenti di « craccare » direttamente o eludere indirettamente sistemi di criptazione televisiva di opere o di altri programmi comunque protetti da diritti d'autore o connessi: ancora una volta, è l'art. 171-ter l. aut. a punire con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da € 2.582 a € 15.493 chiunque, a fini di lucro, ritrasmetta o diffonda con ogni mezzo un servizio criptato, ricevuto tramite apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni ad accesso condizionato — ovviamente in assenza di accordo con il legittimo distributore — ovvero introduca nel territorio dello Stato, detenga per la vendita o la distribuzione, distribuisca, venda, conceda a noleggio, ceda a qualsiasi titolo, promuova commercialmente oppure installi dispositivi od elementi di decodificazione speciale che consentano l'accesso ad un servizio criptato senza il pagamento del canone dovuto (1° comma, lett. e e f). A sua volta, l'art. 171-octies, 1° comma⁵⁷, qualora il fatto non costituisca più grave reato, punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da € 2.582 a €

⁵⁶ Come in effetti risulterebbe nei casi di concorso alla diffusione illecita, tramite *linking*, finora decisi: v. Trib. Milano, 20 marzo 2010, Sky Italia s.r.l. c. Telecom Italia s.p.a. ed altro, cit., a 37 della motivazione dattiloscritta, nonché, in un analogo caso, Cass. pen., 4 luglio 2006, in *Foro it.*, 2006, II, c. 645, per cui la diffusione *on line* d'informazioni tecniche — attraverso la predisposizione di *link* per consentire agli utenti l'installazione guidata di *software* necessario alla connessione con un *server* per la visione di un evento sportivo, oggetto dell'altrui diritto esclusivo di utilizzazione economica — ha integrato il concorso nel reato d'illecita immissione di un'opera dell'ingegno in un sistema telematico, ex art. 171, 1° comma, lett. e-bis), l. aut., mettendo l'opera stessa a disposizione del pubblico con una condotta atipica ma causalmente efficace per la lesione del bene tutelato: nella fattispecie, infatti, non si era verificata un'elusione delle misure tecnologiche di protezione predisposte dal titolare italiano dell'esclusiva sul proprio sito, ma la predi-

sposizione di collegamenti a *server* cinesi che avevano localmente la facoltà di trasmettere l'evento — in particolare, le partite del campionato italiano di calcio — senza abbonamento. La decisione può apparire corretta sul piano tanto della necessaria attività ulteriore rispetto alla mera attività di *linkage* — qui caratterizzata dalla predisposizione *ad hoc* di *software* per il collegamento, per di più come condotta non diretta, ma agevolativa — quanto della territorialità della lesione, essendo la partita, tutelata in Italia, ivi visualizzata mediante *active inducement to link* in questo Stato, a prescindere dall'eventuale liceità di diffusione in altro Paese, sede del *server*; però, per una grave lacuna sul lato della tassatività in materia penale, non essendo una partita di calcio (né la sua ripresa tecnica) un'opera dell'ingegno di per sé protetta dal diritto d'autore, come richiede invece la norma sopra menzionata, v. *supra*, testo e nota n 15.

⁵⁷ Inserito dall'art. 17, 1° comma, della l. 18 agosto 2000, n. 248.

25.822⁵⁸, chiunque, a fini fraudolenti, produca, ponga in vendita, importi, promuova, installi, modifichi, utilizzi per uso pubblico o privato apparati o parti di apparati idonei a decodificare trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato, effettuate via etere, via satellite o via cavo, in forma sia analogica sia digitale: e s'intendono qui « ad accesso condizionato » tutti i segnali audiovisivi trasmessi da emittenti italiane o estere in forma tale da rendere gli stessi « visibili esclusivamente a gruppi chiusi di utenti », selezionati dal soggetto che effettua l'emissione del segnale, indipendentemente dall'imposizione di un canone per la fruizione di tale servizio.

5. IL RISPETTO DEI LIMITI CONTRATTUALI AI LEGITTIMI ATTI DI DISPOSIZIONE DEI DIRITTI D'AUTORE E CONNESSI.

Anche sul piano delle cosiddette finestre temporali tra la programmazione nelle sale cinematografiche e il passaggio sulle varie piattaforme audiovisive (*broadcasting* o *webcasting*), cui fa evidentemente riferimento, l'art. 32-bis, 2° comma, lett. a), del D.Lgs. n. 177/2005, si conferma ridondante: appare infatti evidente che i termini e le condizioni con le quali un'opera od altri materiali protetti vengano concessi a terzi fanno parte integrante della disciplina (dispositiva) dei diritti d'autore o connessi⁵⁹, essendo pacifico che integri violazione di tali diritti anche il mancato rispetto dei termini concordati da parte dei legittimi licenziatari⁶⁰. Né questa considerazione muta se la norma intende stabilire che i terzi, per essere autorizzati alla trasmissione dai legittimi titolari, debbano a loro volta rispettare le esclusive temporali già riservate ad altri concessionari per piattaforme o territori differenti, essendo allora, semmai, contrattualmente responsabili i titolari dei diritti d'autore o connessi nel determinare condizioni reciprocamente compatibili e non interferenti in ciascuna licenza. In particolare, nel caso delle finestre temporali sopra menzionate, il legislatore precedente aveva oscillato da una fissazione *ex lege* — valevole quindi *erga omnes* e così presuntivamente nota a tutti — ad un assetto puramente negoziale tra aventi diritto e distributori⁶¹.

⁵⁸ Ma la pena non è inferiore a due anni di reclusione e la multa a € 15.493, se il fatto è di rilevante gravità (2° comma).

⁵⁹ Art. 2581 c.c., su cui, da ultimo, MUSSO, *Diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, cit., p. 365 ss.

⁶⁰ Cfr. p.es. espressamente l'art. 23, 3° comma, del D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (codice della proprietà industriale), secondo la regola già prevista dall'art. 8, § 2, della direttiva del 21 dicembre 1988,

n. 89/104/CEE, sul ravvicinamento delle legislazioni in materia di marchi fra gli Stati membri.

⁶¹ Dalla l. 30 aprile 1998, n. 122, stato infatti abrogato l'intervallo originariamente previsto dall'art. 55 della l. n. 4 novembre 1965, n. 1213, mediante un apposito comitato interministeriale. La necessità di una legge — anche regionale — che imponesse *erga omnes* finestre temporali fra l'uscita di un film nelle sale e la sua di-

La norma in esame presenta invece carattere ambiguo, da un lato riconoscendo il carattere contrattuale di limiti e condizioni, dall'altro parendo invece volere derogare come ipotesi speciale al principio generale dell'art. 1372, 2° comma, c.c., imponendo una efficacia *erga omnes* a tali accordi — ossia a prescindere dalla loro conoscenza effettiva — i quali, per di più, non solo non godono di pubblicità legale, ma sono spesso mantenuti rigorosamente riservati: se, infatti, limiti e condizioni delle licenze sono parte integrante dell'esercizio dei diritti (assoluti) di proprietà intellettuale, la loro opponibilità ai terzi si pone su di un diverso piano (obbligatorio), che esige — per fondare l'altrui responsabilità — quanto meno una colpevole omissione circa la diligenza richiesta nell'accertamento delle singole fattispecie. Sotto questo profilo, l'ambiguità della norma in esame sembra riflettere l'altrettanto ambiguo atteggiamento della giurisprudenza⁶² sempre più volto a trasformare in responsabilità praticamente oggettiva ogni violazione di diritti d'autore altrui anche di fronte al mancato rispetto di limiti o condizioni puramente obbligatorie inserite in licenze di terzi: non vi è dubbio che, anche in quest'ipotesi, l'oggettivazione dello scambio, già sostenuta nei negozi *off line*, e ancor più ipotizzabile nella società dell'immagine, non possa tuttavia sovvertire — almeno per le misure risarcitorie o penali che richiedano comunque un elemento soggettivo⁶³ — il criterio di affidamento e di

istribuzione mediante noleggio o diffusione televisiva (*pay-tv*, poi televisione in chiaro), in assenza di un accordo fra categorie, era stata invece sostenuta dalle associazioni degli esercenti delle sale cinematografiche come ANEC o ANEM: v. M. M.[ELE], *Sulle windows o un accordo o la legge*, in *Sole 24-Ore, Rapporti*, « Cinema », 28 agosto 2006, p. 1. Cfr. altresì l'art. 5, 1° comma, lett. f), della l. 3 maggio 2004, n. 112 — c.d. « legge Gasparri » — che, fra i principi della delega per l'emanando testo unico sulla radiotelevisione, con particolare riferimento (anche) al pluralismo informativo, aveva sancito che i fornitori di contenuti fossero tenuti a cedere i propri contenuti senza pratiche discriminatorie tra le piattaforme distributive ed alle condizioni di mercato, fermi restando il rispetto dei diritti di esclusiva, le norme in tema di diritto d'autore e la libera negoziazione tra le parti; sul punto, v. BEDUSCHI, *La trasmissione televisiva delle opere cinematografiche* (nota a Cass., 12 novembre 1994, n. 9529), in *Dir. ind.*, 1995, p. 409 ss.

⁶² Si è giunti così a configurare una responsabilità pressoché oggettiva, equiparabile all'esercizio di un'attività pericolosa ex art. 2050 c.c.: v. NIVARRA, *Dolo, colpa e buona fede nel sistema delle sanzioni a tu-*

tela della proprietà intellettuale, in *Annali it. dir. autore*, 2000, p. 334 ss.). Per il recupero di un accertamento più in concreto della colpa o del dolo, tuttavia, v. condivisibilmente SPONZILLI, *L'elemento soggettivo nella violazione del diritto d'autore e la ripartizione della responsabilità risarcitoria fra i concorrenti nell'illecito* (nota ad App. Torino, 13 gennaio 2006), in *Dir. autore*, 2007, p. 217 e ss, nonché, da ultima, Cass. pen., 22 dicembre 2009, n. 49385, in *Guida al diritto*, 2010, n. 2, p. 84, in motivazione, p. 86 s., per la quale la condotta colposa o dolosa di abusiva duplicazione di *software* non può desumersi oggettivamente dalla presenza dei programmi non autorizzati sul *server* di un professionista.

⁶³ Anche la direttiva n. 2004/48 prevede che gli Stati membri possano stabilire che, nei casi adeguati e su richiesta del soggetto al quale potrebbero essere applicate misure correttive o inibitorie di natura più oggettiva, l'autorità giudiziaria competente possa ordinare il pagamento di un indennizzo pecuniario invece dell'applicazione delle misure predette, se tale soggetto abbia agito in modo non intenzionale e senza negligenza, se l'esecuzione di tali misure gli causerebbe un danno sproporzionato e se l'indennizzo pecuniario alla parte lesa

buona fede, in un settore dove il divieto di formalità obbligatorie rende spesso una vera e propria *mission impossible* appurare p.es. l'esatta catena di atti di trasferimento per verificare la titolarità di cessionari ovvero la coesistenza di più titolari, licenziatari o successori⁶⁴. Tale ultima considerazione apre piuttosto un'ulteriore questione essenziale che il tendenziale proibizionismo a senso unico ex art. 32-*bis* del D.Lgs. n. 177/2005 non pare né risolvere né tantomeno probabilmente presupporre in radice. Ci si riferisce al troppo spesso trascurato problema circa la diligenza esigibile nel riconoscere la legittimità o meno di un programma, di un'opera o di ogni altro materiale protetto in un sistema in cui, come si è sopra anticipato, sono vietate *in toto* formalità costitutive o pubblicità obbligatorie — incluse mere menzioni, diciture o *copyright notices* — e dove appare dunque sempre più difficile distinguere cosa sia effettivamente visualizzabile o perfino scaricabile in maniera lecita rispetto a quanto non lo sia. Nel mondo reale, la distinzione tra un legittimo esemplare acquistato in un esercizio di vendita ed un illegittimo prodotto « di marca » venduto a poco prezzo sulla spiaggia è risolta tradizionalmente sulla base della buona fede dell'acquirente rispetto all'apparenza del diritto e alla diligenza esigibile (*arg. ex art. 712 c.p.*)⁶⁵. Nel sistema radio-televisivo « classico », la diffusione unilaterale e scarsamente interattiva, la relativa limitatezza dei canali disponibili (anche via sa-

sembri ragionevolmente soddisfacente (art. 12). Pure per quanto concerne le sanzioni risarcitorie, gli Stati membri debbono assicurare che, su domanda della parte lesa, le competenti autorità giudiziarie ordinino all'autore della violazione — se « implicato consapevolmente o con ragionevoli motivi per esserne consapevole » in un'attività di violazione — di risarcire danni adeguati all'effettivo pregiudizio subito a causa della violazione (art. 13).

⁶⁴ Per la verifica della « catena dei titoli », v. Cass., 13 febbraio 1989, n. 868, in *Rep. Foro it.*, 1989, *Diritti d'autore*, n. 76, sulla responsabilità del cessionario per non avere preteso la prova dell'acquisto dei diritti cinematografici ceduti — secondo un criterio di ordinaria diligenza — né verificato la regolarità e la continuità dei relativi trasferimenti mediante il pubblico registro cinematografico; App. Roma, 26 aprile 1988, in *Temi romana*, 1988, p. 407, per cui la trasmissione dei diritti sull'opera cinematografica deve essere provata per iscritto con una catena continua di passaggi. La questione diviene ancora più rilevante nell'ipotesi di opere d'origine straniera: GELLER, *Worldwide « Chain of Title » to Copyright*, in *World Intell. Prop. Rep.*, 1990, n. 4, p. 103 ss., il quale con-

clude per la necessità di un ricorso alle presunzioni sulla titolarità (legittimate anche ex art. 15 della Convenzione di Berna) onde favorire una minima certezza nelle negoziazioni.

⁶⁵ In generale, v. Cass. pen., 12 dicembre 2006, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Ricettazione*, n. 48, e, con particolare riferimento all' incauto acquisto di supporti audiovisivi *off line* per uso personale, Cass. pen., sez. un., 20 dicembre 2005, *ivi*, 2005, *Diritti d'autore*, n. 214. Cfr. altresì Trib. minorenni Cagliari, 26 gennaio 2000, in *Dir. informazione e informatica*, 2000, p. 810, per il quale l'esistenza di una libera offerta sulla rete internet di programmi per elaboratore e di c.d. *software utilities* rende estremamente difficoltosa la selezione delle offerte da parte di un minorenne considerata la attrazione che il settore dell'informatica esercita sui minori escludendo pertanto l'elemento soggettivo richiesto per integrare il reato di incauto acquisto previsto e punito dall'art. 712 c.p., tanto più ove si consideri che se il produttore intende impedire la abusiva duplicazione dei propri programmi può inserire nei medesimi dispositivi idonei allo scopo.

tellite, via cavo o in ambiente digitale terrestre) e delle emittenti, nonché la ristretta facoltà di copia privata sul lato tecnico, ancor prima che legale⁶⁶, avevano senz'altro reso secondario tale aspetto. Nei nuovi servizi di *media* audiovisivi, invece, tra i due estremi del sito ufficiale del produttore di contenuti o dell'emittente — caratterizzato dall'insegna virtuale del nome a dominio e del « logo » corrispondenti al marchio⁶⁷ o dalle indicazioni obbligatorie ex art. 7 del D.Lgs. n. 70/2003 — ed il sito palesemente contraffattivo — caratterizzato da proclami di gratuità alternativa o da *domain names* esplicitamente ispirati a tutta la filibusta — vi è un esercito potenzialmente illimitato di siti in situazioni intermedie, per i quali non è assolutamente possibile per l'utente finale distinguere con certezza se il contenuto sia stato autorizzato o meno dal legittimo titolare: l'incertezza si può comprendere meglio se non ci si limiti a considerare unicamente atti di *downloading* di opere cinematografiche famose o proiettate contemporaneamente in prima visione nelle sale — magari anche a pagamento⁶⁸, ma ugualmente non autorizzate — bensì a tutte le opere grafiche o audiovisive, a volte meramente amatoriali, per le quali risulta assai arduo riconoscere la liceità originaria o la sottoposizione ad una legittima licenza⁶⁹. Se perfino nel mondo reale, allora, fonogrammi, videogrammi e *software* sono stati assoggettati ad una obbligatoria — ancorché tuttora contestata⁷⁰ — disciplina di « mar-

⁶⁶ Nonostante la previsione della facoltà di videoregistrazione privata da remoto, consentita ex art. 71-*septies*, ult. frase, l. aut., introdotta dall'art. 5, comma 2-*ter*, del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, conv. con mod. in l. 28 febbraio 2008, n. 31.

⁶⁷ La registrazione dei marchi di servizio viene infatti espressamente ammessa dall'Accordo di Nizza sulla registrazione internazionale dei marchi — nel testo di Ginevra del 13 maggio 1977, ratificato con l. 27 aprile 1982, n. 243 — anche per le categorie della pubblicità e della radiotelevisione.

⁶⁸ Sulla controversia insorta dal film « *The Interpreter* » di S. Pollack, diffuso legittimamente a pagamento dal produttore anche attraverso i telefoni cellulari, in contemporanea alla distribuzione nelle sale cinematografiche di prima visione, v. Trib. Milano, 15 dicembre 2005, in *Dir. informazione e informatica*, 2006, p. 121, con nota di BILLÈ.

⁶⁹ Alcuni motori di ricerca offrono un'opzione per il ritrovamento dei risultati secondo la tipologia di licenza: così, nel motore di *Google*, la voce di « ricerca avanzata » consente di filtrare i risultati senza tener conto delle tipologie di licen-

ze, ovvero secondo licenze di condivisione e visualizzazione dei contenuti, nonché per eventuali usi commerciali o, infine, per eventuali modifiche. Non appare tuttavia chiaro come questi « filtri » possano effettivamente funzionare quando p.es. non vi siano forme espresse di licenza — come accade invece per le complesse modalità di *Creative Commons* o simili — potendosi desumere anche dalle circostanze di fatto licenze implicite alla visualizzazione o alla condivisione: v. MUSSO, *Diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, cit., p. 253 s., con ulteriori riferimenti.

⁷⁰ Cfr. ALVANINI, *Il contrassegno SIAE: un obbligo illegittimo? (commento al d.p.c.m. 23 febbraio 2009 n. 31)*, in *Dir. ind.*, 2009, p. 275 ss.; TERESI, *Violazione di diritti di autore e valenza indiziaria del contrassegno SIAE*, in *Dir. autore*, 2009, p. 197 ss.; VOLTAN, *Il contrassegno SIAE e i riflessi della sentenza « Schwibbert » in Italia*, in *Dir. ind.*, 2009, p. 93 ss.; TERRACINA, *La storia infinita del bolli-no SIAE* (nota a Cass. pen., 12 febbraio 2008; Cass. pen., 12 febbraio 2008; Cass. pen., 20 febbraio 2008.; Cass., 6 marzo 2008, e Cass. pen., 24 giugno 2008.), in *Dir. Internet*, 2008, p. 583 ss.

catura » da parte SIAE, al fine di agevolare il più immediato riconoscimento *prima facie* dei supporti legittimi sia in favore degli utenti sia delle autorità di polizia, appare davvero incongrua l'assenza di un simile « bollino » a garanzia dell'utente, che, inconsapevolmente o con l'ordinaria diligenza, visualizzi o perfino scarichi da siti « attendibili » opere audiovisive o programmi trasmessi illecitamente. Per non onerare siti « minori » con eccessive formalità, basterebbe d'altronde imporre, quanto meno, *disclaimers* sulla liceità della trasmissione e dell'eventuale attività di *streaming*, valorizzando l'indicazione prevista dall'art. 7, 1° comma, lett. i) del D.Lgs. n. 70/2003 — sancita peraltro solo nell'attuazione italiana della direttiva n. 2000/31/CE⁷¹ — circa « le attività consentite al consumatore e al destinatario del servizio e gli estremi del contratto, qualora un'attività sia soggetta ad autorizzazione o l'oggetto della prestazione sia fornito sulla base di un contratto di licenza d'uso ». Si eviterebbe in questo modo la probabilmente troppo formalistica procedura — forse proprio per tale macchinosità mai attuata ed assai presto ufficialmente soppressa — già prevista per questa condivisibile finalità di certezza ed affidamento dall'art. 1 della l. 21 maggio 2004, n. 128⁷², ai sensi del quale, « al fine di promuovere la diffusione al pubblico e la fruizione per via telematica delle opere dell'ingegno e di reprimere le violazioni del diritto d'autore, l'immissione in un sistema di reti telematiche di un'opera dell'ingegno, o di parte di essa », doveva esser corredata da « idoneo avviso circa l'avvenuto assolvimento degli obblighi derivanti dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi »: l'indicazione — che doveva essere a sua volta « di adeguata visibilità » ed illustrare altresì le sanzioni stabilite dalla legge sul diritto di autore per le specifiche violazioni — doveva avvenire con le modalità tecniche e nei confronti dei soggetti successivamente definiti da un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro delle comunicazioni, in base ad accordi tra SIAE e associazioni delle categorie interessate: fino all'adozione di tale decreto, l'avviso doveva « avere comunque caratteristiche tali da consentirne l'immediata visualizzazione »⁷³.

⁷¹ Integrazione espressa dal legislatore italiano proprio con riferimento ai materiali protetti da diritti d'autore o connessi: ROSSELLO, *Gli obblighi informativi del prestatore di servizi*, in TOSI (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Giuffrè, Milano, p. 59 s.

⁷² Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 22 marzo 2004, n. 72, recante interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di materiale audiovisivo, nonché a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo. Queste « cer-

tificazioni » si differenzierebbero, per la loro cogenza, dalle opzionali informazioni elettroniche sul regime dei diritti da parte dei relativi titolari, ex art. 102-*quinquies* l. aut., anch'esso introdotto dal D.Lgs. n. 68/2003 (art. 23).

⁷³ La norma è stata infatti abrogata ex art. 3, comma 3-*sexies*, della l. 31 marzo 2005, n. 43 — che ha convertito con mod. il d.l. 31 gennaio 2005, n. 7 — con il quale le precedenti modalità di attuazione sono state sostituite con volontari codici deontologici e più nebulose procedure in-

Sarebbe allora auspicabile che l'intervento dell'AGCom — previsto dal 3° comma dell'art. 32-*bis* e che parrebbe l'unica *addenda* di effettivo contenuto precettivo ulteriore ad una mera ricognizione di obblighi già *aliunde* sanciti⁷⁴ — non si appuntasse unicamente sulle misure di *enforcement* tecniche o amministrative dei divieti o delle limitazioni già ampiamente previste dalla legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi sia sul piano giudiziario sia sul piano tecnico e procedurale, ma completasse anche le doverose procedure di conciliazione fra i diritti proprietari e i diritti degli utenti che tuttora latitano a partire dal D.Lgs. n. 68/2003. Per quanto concerne tali misure, d'altronde, sul piano più letterale ed alquanto velleitario circa l'eventuale *enforcement* di divieti normativi o perfino di limiti negoziali fra titolari e distributori, occorre francamente domandarsi che cosa mai potrà escogitare l'AGCom in aggiunta alle procedure o alle sanzioni già ampiamente contemplate dalla legislazione vigente e di competenza dell'autorità giudiziaria o amministrativa⁷⁵. Né appare chiaro se tali

terprofessionali, rendendo in pratica irrealizzabile il sistema informativo « obbligatorio » sulla rete. La norma in vigore prevede infatti che — al fine di utilizzare la rete quale strumento per la diffusione della cultura e per la creazione di valore nel rispetto del diritto d'autore — il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro delegato per l'innovazione e le tecnologie, di concerto con i Ministri delle comunicazioni e per i beni e le attività culturali, nel rispetto delle normative internazionalmente riconosciute, promuova forme di collaborazione tra i rappresentanti delle categorie operanti nel settore, anche con riferimento alle modalità tecniche per l'informazione degli utenti circa il regime di fruibilità delle opere stesse; nell'ambito delle forme di collaborazione predette, il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro delegato per l'innovazione e le tecnologie — di concerto con i Ministri sopra indicati — promuove anche la sottoscrizione di codici di deontologia e di buona condotta per determinati settori, ne verifica la conformità alle leggi e ai regolamenti, anche attraverso l'esame di osservazioni dei soggetti interessati, e contribuisce a garantirne la diffusione e il rispetto. Questi codici sono trasmessi alla Presidenza del Consiglio dei Ministri unitamente ad ogni informazione utile alla loro applicazione e resi quindi accessibili in via telematica sui siti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministro per l'innovazione e le tecnologie, nonché degli altri ministeri indicati, e sui siti dei soggetti sottoscrittori: nonostante la chiara volontà della legge di

salvaguardare l'affidamento e la buona fede degli internauti, anche queste modalità tanto farraginose, quanto del tutto lasciate alla discrezionalità volontaria dei singoli destinatari, non sembrano avere sortito alcun effetto rilevante.

⁷⁴ Già l'AGCom ha ampie attribuzioni — in concorso con la SIAE, nell'ambito delle rispettive competenze — sull'attività di prevenzione, di accertamento e di vigilanza su condotte contraffattive ovvero inerenti all'esercizio dei diritti d'autore o connessi (art. 182-*bis* l. aut., introdotto dall'art. 11, 1° comma, della l. 18 agosto 2000, n. 248, modificato dall'art. 31, 2° comma, del D.Lgs. n. 68/2003); queste attribuzioni, peraltro, riguardano tutte tendenzialmente attività concernenti la fabbricazione o l'utilizzazione di supporti ovvero altre condotte di tipo fisico-materiale, con le quali s'integrerebbero ora — in questo senso, perciò, mediante disposizione innovativa — le attività di regolamentazione dei *media* audiovisivi. Sul questi compiti, v. già l'indagine conoscitiva di AGCom sul diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica, § 1.2, disponibile all'URL: <http://www.agcom.it/default.aspx?message=viewdocument&DocID=3790>.

⁷⁵ Potrà p.es. l'AGCom imporre o comunque agevolare tecnicamente l'identificazione dei sospetti contraffattori, in base ad indirizzi IP monitorati in rete dai titolari dei diritti? Sulla *vexata quaestio*, che implica fra l'altro l'intersecazione con diritti di *privacy* da parte degli utenti, v. per la giurisprudenza comunitaria C. Giust. CE, 29 gennaio 2008, C-275/06, in

misure si debbano limitare al piano regolamentare-attuativo ovvero a misure tecniche, eventualmente con un'efficacia extraterritoriale diretta o indiretta che neppure l'autorità giudiziaria ordinaria è in grado d'imporre senza travalicare insuperabili divieti di ordine giurisdizionale, almeno senza la necessaria cooperazione istituzionale delle corrispondenti autorità estere. Ma, ancor più in radice, se, come si è osservato, la violazione del diritto d'autore si attua anche festeggiando un compleanno in un video amatoriale o semplicemente visualizzando siti multimediali senza (potere) conoscere la legittimità dell'apposizione dei materiali audiovisivi ivi trasmessi, sembra davvero che — in un sistema di diritti d'autore o connessi dove ormai, grazie al sistema di tassatività delle eccezioni, *quidquid concessum non reperitur, prohibitum censeri de-*

Riv. dir. ind., 2008, II, p. 404 ss., con nota di DE CATA, *Il caso « Peppermint »*. *Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso « Promusicae »*, seguita da C. Giust. CE, VIII Sez., ord., 19 febbraio 2009, C-557/07, in *G.U.U.E.*, 16 maggio 2009, C 113, 14; per la giurisprudenza italiana, v. Trib. Roma, 15 aprile 2010 (ord.), inedita, dopo le precedenti ordinanze romane sul caso « *Peppermint* » pubblicate anch'esse in *Riv. dir. ind.*, 2008, II, p. 404 ss., con nota di DE CATA, cit.

Secondo l'indagine conoscitiva di AGCom sul diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica (§ 5.1.1, relativo agli obblighi sui fornitori di accesso ad *internet*), dalle indicazioni delle direttive CE nn. 29/2001 (spec. art. 15) e 2004/48 (spec. art. 8), nonché della giurisprudenza comunitaria sopra indicata, emerge, in particolare, la possibilità, per l'Autorità, di imporre in capo agli *internet service providers* (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 disciplina normativa a tutela della *privacy* e nella salvaguardia del principio della neutralità della rete. L'opportunità di siffatto 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 rilevato da parte di AGCom — 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 imporre 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, 31° comma, della l. 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*. L'AGCom suggerisce — inoltre — ulteriori misure più di *soft law* per la prevenzione e l'accertamento delle violazioni del diritto d'autore sulle reti di comunicazioni elettroniche (§ 5.1.2), proponendo, da parte sua, l'istituzione di 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, ecc.), 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.

*bet*⁷⁶ — l'AGCom debba agire suo malgrado come « sceriffo del web » senza (potere) distinguere tra contenuti palesemente illeciti o pirateschi e contenuti parimenti illeciti, ma non per ciò così evidenti: il rischio, dunque, è che il filtraggio più o meno automatico dei siti « illeciti » da parte di AGCom si trasformi in sistema di censura su amplissime fette di contenuti, analogamente ad un tipico sistema iper-statalista o totalitario (quale l'oscuramento cinese di siti o di materiali non autorizzati dal partito, sancito pure nella relativa legge nazionale sul diritto d'autore)⁷⁷ se non fondato quantomeno sulla preventiva denuncia circostanziata da parte del titolare, secondo lo schema dell'art. 17 del D.Lgs. n. 79/2003 e salva sempre la responsabilità di quest'ultimo soggetto qualora la rimozione risulti, a sua volta, abusiva⁷⁸. Un compito di verifica continuativa e preventiva, da parte dell'AGCom, risulterebbe infatti ancor più censurabile, oltre che... censurante, almeno dal lato tecnico-legale, se l'eventuale filtraggio da parte dell'Autorità dovesse poi riguardare non i « siti illeciti », ma — per salvaguardare formalmente i principi di libera manifestazione del pensiero, come ha stabilito una recentissima pronuncia della Suprema Corte⁷⁹ — unicamente le parti o i contenuti del sito che violino i diritti d'autore o connessi, mantenendosi così la fruizione di parti o contenuti non contraffattivi, come la decisione richiamata ha imposto in maniera non immediatamente agevole al giudice del rinvio; ne consegue che i poteri regolamentari di repressione delle at-

⁷⁶ Secondo il motto dell'assolutismo asburgico (per ulteriori riferimenti e considerazioni, MUSSO, *Diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, cit., p. 440, testo e nota n. 13). Cfr. inoltre LESSIG, *Cultura*, cit., p. 279, per il quale un diritto d'autore ormai assoluto, con tassative eccezioni limitate, « è ciò che produce ogni regime che obbliga a chiedere permessi. Di nuovo, questa è la realtà della Russia di Breznev ». Sulla dialettica al riguardo, in sede di *drafting*, tra il viceministro alle comunicazioni e il presidente di AGCom, v. la pagina web: « *Decreto Romani. Le norme sul web al centro della polemica. Per il viceministro: nessun modello cinese, ma opportune precisazioni* », disponibile all'URL: http://www.key4biz.it/News/2010/02/03/Policy/Decreto_romani_paolo_romani_web_internet_censura_corrado_calabro_agcom_farefuturo.html.

⁷⁷ Cfr. le considerazioni del presidente dell'AGCom nella propria audizione al Senato del 26 gennaio 2010, sulla bozza del decreto in esame, 18 s. del verbale; cfr. altresì WTO Panel, 26 gennaio 2009, WT/DS362/R, disponibile all'URL: http://docsonline.wto.org/GEN_highLightParent.

[asp?qu=%28%40meta%5Fsymbol+WT%FCDS362%FCR%2A+and+not+RW%2A%29&doc=D%3A%2FDDFDDOCUMENTS%2FT%2FWT%2FDS%2F362R%2D00%2EDOC%2EHTM&curdoc=3&popTitle=WT%2FDS362%2FR](http://www.wto.org/asp?qu=%28%40meta%5Fsymbol+WT%FCDS362%FCR%2A+and+not+RW%2A%29&doc=D%3A%2FDDFDDOCUMENTS%2FT%2FWT%2FDS%2F362R%2D00%2EDOC%2EHTM&curdoc=3&popTitle=WT%2FDS362%2FR), che ha sanzionato come contraria ai TRIPs ed alla Convenzione di Berna l'art. 4, § 1, della legge cinese sul diritto d'autore, in quanto preclude ogni *copyright enforcement* alle opere censurate o comunque non approvate dal competente comitato del partito comunista.

⁷⁸ Cfr., anche per le misure cautelari giudiziarie, il « considerando » n. 22 della direttiva n. 2004/48: è « indispensabile definire misure provvisorie che consentano la cessazione immediata della violazione, senza la necessità di attendere la decisione nel merito, nel rispetto dei diritti della difesa, assicurando la proporzionalità delle misure provvisorie in funzione delle specificità di ciascuna situazione », ma avendo altresì « adottato tutte le garanzie necessarie a coprire le spese o i danni causati alla parte convenuta in caso di domande infondate ».

⁷⁹ Cass. pen., sez. III, 23 dicembre 2009, n. 49437 (caso « PirateBay »), cit.

tività contraffattive, ancorché attribuiti all'AGCom in relazione all'intera disciplina dei diritti d'autore o connessi ex art. 32-bis, 1° comma, del D.Lgs. n. 177/2005 — attraverso il rinvio recettizio alle direttive nn. 29/2001 e 2004/48, nonché ai relativi decreti di attuazione — non potranno esser effettivamente esercitati che limitatamente all'ambito di operatività del decreto legislativo stesso, con conseguente esclusione di tutte le attività di trasmissione puramente private, incidentali o comunque esorbitanti dalla nozione di servizi di *media* audiovisivi ex art. 2, 1° comma, lett. a, n. 1, del decreto medesimo, quali i motori di ricerca, le comunità d'interessi, ecc.³⁰, come già sopra evidenziato sul piano ermeneutico.

6. IL SISTEMA DI PRELIEVO SUI SUPPORTI PER LA COPIA PRIVATA DI OPERE AUDIOVISIVE: LUCI ED OMBRE.

Un ultimo aspetto non espressamente richiamato dall'art. 32-bis del D.Lgs. n. 177/2005, ma incluso implicitamente nel rinvio recettizio alla direttiva n. 29/2001, risulta la previsione assai limitata della riproduzione privata ad uso personale di opere o programmi audiovisivi (art. 71-*sexies* l. aut.): anche il « diritto » di copia privata da emissioni radiofoniche o televisive lineari, infatti, risulta degradato ad una mera aspettativa di fatto — nonostante l'avvenuto versamento dei diritti alla fonte, da parte del legittimo utente, ai sensi dell'art. 71-*septies* l. aut.³¹ — rispetto al tuttora prevalente diritto potestativo dei titolari di apporre misure tecniche di protezione, le quali, in ipotesi di opzione positiva, impediscono anche di diritto l'effettuazione della copia privata³²: questa mera aspettativa dell'utente alla copia privata, per le trasmissioni non lineari — quali avvengono pressoché per definizione via *internet* o tramite *tv-on-demand* — è poi negata in radice³³. Ancora perplessità suscita peraltro l'art. 17, 3° comma, l. aut., nell'escludere il c.d. principio dell'esaurimento — a seguito del quale, dopo la legittima immissione in commercio, un'opera fissata su di un supporto può essere, a sua volta, donata o rivenduta dal suo pro-

³⁰ In questa direzione, v. anche il presidente dell'AGCom nella propria audizione al Senato del 26 gennaio 2010, sulla bozza del decreto legislativo in esame, a p. 16 s. del verbale.

³¹ Sulla determinazione delle tariffe di prelievo per ciascuna tipologia di supporto o di apparecchiatura, v. da ultimo il decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, 30 dicembre 2009, in *G. Uff.*, 6 marzo 2010, n. 54.

³² Art. 71-*sexies*, 1° comma, l. aut.; sul punto, ALVANINI, *Misure tecnologiche*

di protezione e copia privata (nota a Trib. Milano, 1 luglio 2009), in *Dir. ind.*, 2009, p. 584 ss.; RICCIO, *Privati della copia privata? A proposito di una recente sentenza della Cassazione francese* (nota a Cour de Cassation, 28 febbraio 2006, Société Studio Canal), in *Dir. Internet*, 2006, p. 237 ss.; SPADA, *Copia privata ed opere sotto chiave*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, I, p. 591 ss.

³³ Art. 71-*sexies*, 3° comma, l. aut., in rigorosa attuazione dell'art. 6, § 4, subp. 3 e 4, della direttiva 29/2001.

prietario nell'intera Unione Europea⁸⁴ — per tutte le opere trasmesse in modalità non lineari (ossia «nel modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente», secondo la corrispondente terminologia propria del diritto d'autore)⁸⁵, e cioè «anche nel caso in cui sia consentita la realizzazione di copie dell'opera»: ne consegue che chi pur legalmente scarichi e masterizzi la copia di un'opera audiovisiva o di altro materiale protetto, in quanto a ciò autorizzato, non ha il medesimo diritto di rivendere o di disporre altrimenti di tale copia, del quale gode invece chi abbia acquistato un identico esemplare legittimo *off line*, con discutibile disparità di trattamento — in sostanza — fra supporti di opere audiovisive o di altri materiali protetti, distribuiti in esercizi di vendita, e supporti lecitamente realizzati mediante *e-commerce* con opere o materiali richiesti direttamente *on line*⁸⁶. Il Presidente dell'AGCom — nella propria audizione al Senato del 26 gennaio 2010⁸⁷ sulla bozza del decreto legislativo in esame — aveva in effetti preso in considerazione anche la questione della copia per uso personale, sia pure al solo fine di esprimere perplessità sulla circostanza che il prelievo alla fonte sia esteso ai dispositivi informatici per usi privati, apponendovi *a priori* un costo aggiuntivo, in modo tale da potere frenare lo sviluppo italiano della diffusione soprattutto residenziale dei servizi a banda larga.

⁸⁴ Nonché nello Spazio Economico Europeo.

⁸⁵ *Supra*, testo e nota n. 9.

⁸⁶ Anche per NIMMER, *Copyright, Sacred Text*, cit., p. 285 s., non è plausibile la pretesa differenza tra un'opera venduta su *cd-rom* od acquistata a titolo definitivo via *internet*, applicandosi ad entrambe l'esaurimento, perché entrambi gli atti sono esercizio di un'identica attività di distribuzione (*contra*, in base al testo letterale della norma, ERCOLANI, *Il diritto d'autore*, cit., p. 182 s.). Si osservi che questa tipologia di copia «originale» dev'essere infatti legittimamente acquistata tramite *e-com-*

merce al prezzo praticato dal venditore, ossia al prezzo di mercato, esattamente come la copia acquistata *off line* nell'esercizio di vendita: perciò la discriminazione del regime di circolazione appare irragionevole, a differenza della pur legittima copia privata, la quale non può circolare, *ex art. 71-sexies l. aut.*, in quanto eccezione strettamente personale al diritto di riproduzione e «retribuita» non in base ad un contratto di vendita negoziato in regime di mercato, ma ad un prelievo forfetario alla fonte secondo le generali tariffe ministeriali di licenza legale.

⁸⁷ Pag. 18 del verbale dattiloscritto.