

**Eugenio PROSPERETTI,**

**“La tutela dell'opera audiovisiva digitale: criticità, giurisprudenza e possibile intervento normativo”**

Vorrei tentare un approccio al tema della tutela da una angolazione inconsueta.

Sono anni che il tema della pirateria è al centro di seminari e convegni e tuttavia ritengo che alcuni aspetti del problema, essenziali per la sua soluzione, non siano affatto presenti nel dibattito corrente.

Il tema che viene sempre messo al centro ruota intorno alle questioni di come migliorare la tutela del diritto d'autore e di come renderla più penetrante. La mia sensazione è che non vi possa però essere una seria tutela senza risolvere il problema di sistema del diritto d'autore, quello che io chiamo il problema dell'opera digitale.

Se osserviamo gli interventi legislativi più recenti – comunitari e nazionali - (e anche i meno recenti) vediamo che essi sono tutti sul versante della tutela: si raffinano le procedure, si amplia il perimetro della fattispecie tutelata e si mettono a punto nuove forme di dissuasione/sanzione/prevenzione.

L'aggiornamento della normativa di merito è intanto fermo alla Direttiva Comunitaria del 2001, le cui norme sono state emanate quando l'unico sistema di collegamento a Internet era il modem analogico, quello che richiedeva di comporre il numero in dial-up e l'utente medio ignorava cosa fosse la “futuribile” linea ADSL.

Certamente i più acuti tra gli estensori potevano avere una qualche idea che in futuro le connessioni in sarebbero state più veloci ma ho i miei dubbi che avessero previsto il boom del web 2.0 e la rivoluzione dei contenuti digitali. Si tratta di norme che prevedono il digitale come formato di opere diffuse comunque su supporto fisico e solo eventualmente circolate su lentissime reti telematiche, che non rappresentano, per il legislatore del 2001, un ideale né diffuso veicolo dei contenuti a causa dei limiti oggettivi della tecnologia dell'epoca.

In poche parole, l'attuale normativa sul diritto d'autore, nella parte relativa alla definizione dell'oggetto della medesima, non è nata tenendo conto delle specificità del mezzo digitale. Essa definisce l'opera dell'ingegno in relazione al supporto di riferimento attraverso il quale viene offerta. L'opera è infatti fissata su supporto e attraverso di esso circola nella forma con cui l'autore ritiene debba essere distribuita senza poter essere scorporata dal supporto e tradotta in altra forma. Ogni volta che l'opera viene a lasciare il supporto senza autorizzazione si individua la violazione del diritto d'autore classico.

Il problema del digitale è invece che esso è fluido e liquido che, salvo se si adotta qualche accortezza (digital rights management bloccante), nello stesso momento in cui si riproduce l'opera, essa può essere di numerosi formati (mobile, alta definizione, audio alta qualità, bassa definizione, ecc.) a seconda delle modalità e circostanze di fruizione. Non si può ad esempio prevedere come verrà visualizzata una foto digitale a partire dal suo file “RAW” (il negativo digitale), in quanto ogni programma può interpretarla e modificarla in molti modi.

Il contenuto digitale manca insomma della fissazione su supporto e non ha nemmeno una fissazione della forma desiderata dall'autore. Quindi, se andiamo ad esaminarne la natura, potrebbe non avere neanche le caratteristiche di opera dell'ingegno e quindi difettare i presupposti per l'applicazione di quella tutela in espansione cui mi riferivo in apertura.

Questo è il tema dell'opera digitale, che, in quanto tale, la normativa attuale non riconosce e dunque fa fatica ad identificare.

La normativa del 2001, come sappiamo, identifica i "digital right management" ed, in effetti, applicando un serio DRM ad un'opera digitale risolveremmo il problema: potremmo infatti fissarne le modalità di riproduzione ma l'effetto limitante di questa operazione è la ragione della diffusa impopolarità dei DRM. Guardiamo cosa accade a quei pochi che hanno successo nell'applicare, come iTunes.

L'affermazione di Apple, fatta da Steve Jobs in persona nel 2007 è di aver "tolto" i DRM da iTunes<sup>1</sup>.

In realtà Apple ha eliminato solo una parte del sistema di Digital Rights Management perché mantiene le informazioni sui regimi dei diritti: ogni brano contiene indicazioni digitali che i contenuti sono acquistati da qualcuno e ciò riconduce il contenuto acquistato alle policy e licenze di Apple. La rimozione delle informazioni è sanzionata. In questo i brani iTunes soddisfano il requisito della forma dell'opera, seppur digitale.

Quindi il problema è che sulla rete girano 2 tipi di audiovisivi digitali:

- quelli che hanno una declinazione autoriale, definita che rende manifesta la volontà dell'autore e conoscibile sia con un regime contrattuale, ma anche in maniera elettronica e quindi gestibile dal punto di vista dei regimi dei diritti
- quelli "liquidi" e dal formato non definito, che spesso si trovano sulle reti pirata ma possono anche avere la forma dello User Generated Content: una registrazione fatta dall'utente immessa sulla rete, ma anche un contenuto immesso dal titolare senza troppe accortezze; si tratta di contenuti non identificabili e non facilmente trattabili dai sistemi che potrebbero identificare digitalmente quel contenuto;

È questo contenuto non identificato che le sanzioni cercano di reprimere attraverso la "ipertutela". Il problema invece è che la normativa di base non riesce a qualificare e trovare una precisa collocazione per il fenomeno; questo crea il cortocircuito. Si cerca una super-tutela senza trovare la norma che specifica l'oggetto da tutelare.

La normativa si limita a prevedere sul punto che il contenuto dovrebbe circolare dotato di DRM ma questo risulta astratto e teorico: il problema della pirateria riguarda contenuto che il DRM sicuramente non lo ha. La mia tesi è dunque che manca qualcosa a livello di normativa di merito, qualcosa che riguarda il modo di circolazione dei contenuti digitali e il regime specifico di questa particolare tipologia di opere (e di materiale creativo indefinito).

Manca inoltre un aggiornamento in senso evolutivo del regime normativo dei sistemi di DRM che affermi chiaramente che questi sistemi non sono solo repressivi ma possono dare un regime positivo ai contenuti, un regime di "creative commons" un regime di interoperabilità ma soprattutto un regime unico per tutti. Questo secondo aspetto è molto importante per dare alle "opere digitali" di cui sopra la stessa capacità di circolare delle opere tradizionali e non limitarne l'uso e la circolazione alla sola piattaforma relativa allo "store" dove sono acquistate. Questo perché altrimenti il mercato finisce con l'aver una netta separazione tra "isole felici" dove tutto funziona e a cui possono accedere solo i possessori di specifici "device" e - al di fuori di queste - aree grigie popolate di contenuto non chiaramente definito dove hanno gioco facile le

---

<sup>1</sup> Cfr. <http://www.apple.com/fr/hotnews/thoughtsonmusic/>

varie forme di pirateria; inoltre, il contenuto del device A non sarà probabilmente disponibile sul device B determinando anche una asimmetria tra il tipo di fruizione degli utenti dei vari "device".

In mancanza di un sistema di interoperabilità che metta in comunicazione i vari "store" di contenuti in maniera che ciò che sia presente su una piattaforma sia presente anche sulle altre vi è cioè una anomalia nelle potenzialità di circolazione digitale rispetto alla circolazione tradizionale: il regime non interoperabile crea una situazione simile a quella in cui in alcune zone negli Stati Uniti i residenti vivono in supercondomini con i servizi organizzati all'interno e al di fuori rimangono inaffrontate situazioni molto diverse: solo all'interno della piattaforma di riferimento dello standard che si è scelto diviene cioè possibile la corretta fruizione del contenuto (anche se ciò è mitigato dall'esistenza di alcuni oggettivi standard cross-platform come MP3, PDF, E-PUB, ecc.).

Dunque, l'interoperabilità e l'affinamento in senso positivo dei DRM, accompagnate ad una definizione del regime delle opere digitale possono contribuire a creare certezza del diritto e un efficace regime di gestione delle opere digitali, riducendo la crescente tendenza alla ipertutela repressiva che, alle volte, sfocia nella richiesta di invadere la riservatezza.

Dopo la direttiva del 2001/29 abbiamo, come dicevo, solo interventi sull'enforcement, come il decreto Urbani, direttiva sui media audiovisivi, il decreto Romani (che in alcune norme si occupa delle violazioni del diritto d'autore su certi tipi di audiovisivi); alcuni documenti propositivi parlano già di interoperabilità il capitolo II dell'Agenda Digitale della Commissione Europea, ancora tuttavia in attesa di concreta attuazione.

Spunti vengono anche dalla giurisprudenza: i casi più attuali sono sempre sul tema della gestione dei contenuti e, in particolare, si interrogano se sia sufficiente una gestione a valle di segnalazioni da parte del titolare dei diritti o sia necessaria una consapevolezza ed identificazione a monte da parte del gestore della piattaforma. Tale problema non sembra essere giunto ad una definitiva soluzione.

Pensiamo al caso RTI contro Youtube<sup>2</sup>: un caso italiano in cui si è posto il problema della rimozione dei video di Mediaset dal noto portale. La soluzione cui sono pervenuti i giudicanti sembra quella dell'obbligo di identificazione a monte e ciò coincide con le indicazioni fornite dal recente appello del caso statunitense Viacom contro Youtube. Tuttavia il caso spagnolo Telecinco c/ Youtube dà una soluzione opposta, in cui Google, pur responsabile, si libera dalla responsabilità dimostrando l'efficienza del meccanismo di rimozione ex post che consente l'identificazione a valle dei contenuti.

Da segnalare tra i casi nazionali anche il caso FAPAV c/ Telecom, dove si ribadisce che il provider che riceve una segnalazione deve comunicare la cosa all'autorità competenti e non ha altrimenti obbligo di intervento in mancanza di ordini dalle autorità competenti (distinguendo così il provider *mere conduit* che non abbia alcun tipo di gestione del contenuto dal caso dell'over the top). Interessante anche il caso recentissimo di RTI contro Blogger, altra affiliazione di Google, in cui il tribunale di Roma riconosce a Google la natura di prestatore di servizi che partecipa all'organizzazione dell'immissione di contenuti da parte degli utenti e dal quale trae sostegno finanziario in ragione dello strumento pubblicitario ritenendo tuttavia che il sistema di Google sia sufficiente al controllo ex post ma con un'ordinanza che non esclude sviluppi nel giudizio di merito. Infine cito il caso Sabam/Scarlet nel quale la Corte di Giustizia Europea esclude che sia lecito imporre l'obbligo generale di sorveglianza al provider ma precisa che sarebbe invece possibile un obbligo di

---

<sup>2</sup> Sentenza Trib. Roma IX sezione, 16 dicembre 2009, R.G. 54218/08, G.I. dott. Marvasi, RTI c/ Youtube LLC, disponibile su Internet, <http://www.tgcom.mediaset.it/res/doc/sentenzatribunale.pdf>

sorveglianza a specifiche condizioni: a titolo preventivo, non a spese del provider, senza limiti di tempo e per oggetto specifico.

Vediamo dunque il dilemma della giurisprudenza che non sa decidere tra gestione ex ante o ex post in mancanza di un chiaro riferimento normativo.

Dunque, in conclusione e riassumendo:

- (i) la normativa deve riprendere ad occuparsi del tema dell'oggetto del diritto d'autore, definendo il regime specifico dell'opera digitale, alternativo a quello dell'opera tradizionale;
- (ii) un sistema standard di digital rights management interoperabile, supportato da tutte le piattaforme e che il titolare dei diritti potrebbe adottare volontariamente in cambio del vantaggio di vedere il contenuto diffuso con maggiore facilità potrebbe aiutare la circolazione legittima; si potrebbe anche pensare a quote di riserva sulle principali piattaforme digitali per contenuti che adottino tale standard;
- (iii) Le DMCA Takedown notices sono un mezzo che per violazioni circoscritte funziona ma sono spesso ignorate: invito a provarne l'efficacia. Il vantaggio è che sono dichiarazioni rese con responsabilità in caso non siano veritiere e, dunque danno garanzia all'ISP che non sono fatte alla leggera. In questo c'è una differenza rispetto ai metodi proposti nelle recenti consultazioni AGCOM in cui gli atti di segnalazione non prevedevano particolari responsabilità del segnalante per inesattezze.
- (iv) Occorre distinguere le violazioni relative agli User Generated Contents dal caricamento integrale di video di terzi su portali di grande diffusione, che non riguarda affatto User Generated Contents ma la violazione dei diritti. Anche in questo senso uscire dall'ambiguità definitoria presente persino nella Direttiva Servizi Media Audiovisivi è un passo necessario e può consentire una migliore gestione delle forme di revenue sharing tra OTT e broadcasters, di cui è auspicabile il rafforzamento.