

Valerio Onida

PARERE IN TEMA DI MISURE PER CONTRASTARE
LA C.D. "PIRATERIA INFORMATICA"

1. L'avvento delle tecnologie informatiche legate all'uso e all'accesso alla rete web ha posto e pone, come è noto, nuovi problemi connessi alla difficoltà di disciplinare e controllare la diffusione di contenuti aventi a che fare con le diverse modalità di espressione del pensiero, della creatività e dell'immagine, suscettibili di essere comunicati e ricevuti da un novero indeterminato di fruitori: una "rivoluzione" paragonabile in un certo senso a quella seguita alla invenzione della stampa. Per di più una delle caratteristiche fondamentali di tali tecnologie è il loro essere per definizione "transfrontaliere", nel senso che le comunicazioni relative, dovunque sui originino, hanno l'attitudine a raggiungere i potenziali fruitori in ogni parte del globo.

Non meraviglia perciò che i legislatori, gli interpreti e gli applicatori del diritto si trovino a doversi interrogare sui modi in cui i fenomeni e le condotte riconducibili all'uso di tali

tecnologie possono essere regolati al fine di assicurare il corretto equilibrio fra i diversi diritti e interessi coinvolti.

In linea di principio, non vi è alcun dubbio che la produzione e la circolazione dei contenuti in questione, frutto del pensiero e della creatività umani, ricadano nella sfera di protezione costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 della Costituzione), che riguarda, come è noto, la “parola”, lo “scritto” ed “ogni altro mezzo di diffusione”, con ciò sicuramente abbracciando ogni tipo di tecnica suscettibile di “diffondere”, cioè di comunicare a una serie indeterminata di soggetti, il pensiero. Onde non vi è dubbio che i principi costituzionali relativi alle garanzie della libertà di manifestazione del pensiero trovino applicazione anche ai mezzi di diffusione legati a Internet e alle tecniche informatiche in generale.

Parimenti, tuttavia, non vi è dubbio che i limiti all’esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, che derivano dall’esigenza di proteggere altri diritti o interessi sociali preminenti, e che si ricavano esplicitamente o implicitamente dalla Costituzione, ovvero introdotti dai legislatori sulla base e

comunque nei limiti della Costituzione, sono destinati ad operare anche nei confronti delle manifestazioni prodotte o diffuse ricorrendo alle tecnologie informatiche, senza che si possa legittimamente invocare l'esistenza di "spazi liberi" di comunicazione o di diffusione esenti da tali limiti o sottratti agli interventi di autorità intesi a farli valere in concreto. Così, per esempio, la protezione dell'onore e della reputazione delle persone vale e deve valere anche nei riguardi di espressioni diffuse sulla rete web; o i divieti di rivelazione di determinate informazioni, discendenti dalle norme che proteggono i vari "segreti", non possono non valere anche in questo caso.

Fra tali limiti, vengono qui in considerazione quelli collegati alla protezione delle opere dell'ingegno, ovviamente nella stessa misura in cui tale protezione può legittimamente opporsi alla pretesa di diffondere "liberamente" il pensiero. La diffusione di contenuti in violazione dei diritti d'autore rientra pienamente nell'area delle condotte di diffusione del pensiero vietate perché lesive di un limite alla relativa libertà. E non vi è ragione alcuna per escludere o limitare tale divieto e le sue conseguenze quando

la diffusione avvenga con mezzi telematici, e così attraverso siti web, come tali accessibili a tutti.

2. La legislazione italiana ed europea si è fatta da tempo carico dell'esigenza di estendere esplicitamente le forme di protezione del diritto d'autore all'utilizzo di tali strumenti di diffusione. In particolare, il d. lgs. n. 68 del 2003, recante *"Attuazione della direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione"*, ha ridefinito il *"diritto esclusivo di comunicazione al pubblico su filo o senza filo dell'opera"* specificando che esso comprende anche *"la messa a disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente"* (art. 16 legge n. 533 del 1941 come sostituito dall'art. 2 del d. lgs. n. 68 del 2003); che l'autore ha il diritto esclusivo, fra l'altro, di *"eseguire pubblicamente e di comunicare l'opera al pubblico mediante l'impiego di qualunque supporto"* (art. 61, comma 1, lettera c), legge n. 633 del 1941 come sostituito dall'art. 6 del d.

lgs. n. 68 del 2003); e che il produttore di fonogrammi ha il diritto esclusivo *“di autorizzare la messa a disposizione del pubblico dei suoi fonogrammi in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente”* (art. 72, comma 1, lettera *d*, legge n. 633 del 1941 come sostituito dall'art. 11 del d. lgs. n. 68 del 2003).

Il d.lgs. n. 70 del 2003, recante *“Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico”* - il cui fine è *“promuovere la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione”* (art. 1, comma 1), cioè delle *“attività economiche svolte in linea – on line”*, nonché di *“qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi”* (art. 1, comma 1, lettera *b*, legge n. 317 del 1986, richiamato dall'art. 2, comma 1, lettera *a*, d. lgs. n. 70 del 2003), esclude espressamente fra l'altro, i *“diritti d'autore”* e i *“diritti assimilati”* (non già dall'applicazione delle norme dello stesso decreto, ma)

dall'applicazione delle specifiche disposizioni dell'art. 3, commi 1 e 2, concernenti il divieto, nel cosiddetto "ambito regolamentato" di *"limitare la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione provenienti da un prestatore stabilito in un altro Stato membro"* (art. 4, comma 1, lettera a): il che significa che non potrebbe essere invocato il principio di libera circolazione dei servizi per derogare alle norme di tutela del diritto d'autore.

A sua volta l'art. 32-bis del testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici approvato con il d. lgs. n. 177 del 2005, introdotto con l'art. 6 del d. lgs. n. 44 del 2010, precisa che le disposizioni del medesimo decreto *"non sono in pregiudizio dei principi e dei diritti"* di cui al citato d. lgs. n. 68 del 2003", stabilisce che *"i fornitori di servizi di media audiovisivi assicurano il pieno rispetto dei principi e dei diritti"* di cui alla legge sul diritto d'autore e successive modificazioni, *"indipendentemente dalla piattaforma utilizzata per la trasmissione di contenuti audiovisivi"* (comma 1); che *"i fornitori di servizi di media audiovisivi operano nel rispetto dei diritti"*

d'autore e dei diritti connessi", ed in particolare *"si astengono dal trasmettere o ri-trasmettere, 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, e salve le disposizioni in materia di brevi estratti di cronaca"* (comma 2); dispone infine che *"l'Autorità [per le garanzie nelle comunicazioni] emana le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti di cui al presente articolo"* (comma 3).

In connessione con tali discipline, la lettera *a-bis* dell'art. 171, comma 1, della legge sul diritto d'autore, introdotta dall'art. 3, comma 3-ter, del d.l. n. 7 del 2005, convertito con modificazioni dalla legge n. 43 del 2005, ha esteso la sanzione penale per violazione del diritto d'autore a chi *"mette a disposizione del pubblico, immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta, o parte di essa"*.

La cosiddetta "pirateria informatica", cioè le pratiche di diffusione, via Internet, di opere dell'ingegno protette, in violazione dei relativi diritti, trova dunque sul piano sostanziale precisi strumenti di contrasto: onde non v'è dubbio circa la illiceità di ogni condotta che concorra alla diffusione non consentita, sul territorio nazionale, di opere dell'ingegno protette, anche attraverso l'accesso a siti web dovunque ubicati e registrati.

3. L'unico problema che si pone è quello di sapere quali autorità, attraverso quali strumenti e attraverso l'esercizio di quali poteri, possano o debbano intervenire per impedire e reprimere le condotte illecite in questione.

Nessun dubbio può sussistere sulla competenza della magistratura ad esercitare in sede penale i suoi poteri repressivi e sanzionatori relativamente alle condotte vietate, e in sede civile, su istanza degli interessati, i poteri inibitori e di condanna al risarcimento dei danni che conseguono all'applicazione delle norme generali e speciali applicabili in materia. Il quesito cui si

deve rispondere è quello relativo all'esistenza e alla configurabilità di poteri e strumenti di intervento di autorità amministrative.

Va premesso che, dal punto di vista costituzionale, non si può dubitare della possibilità di attribuire ad autorità amministrative, oltre che a quelle giurisdizionali, poteri di intervento repressivi e inibitori in questa materia. La Costituzione non disciplina in modo esauriente le misure che possono essere disposte per far valere in concreto l'osservanza dei limiti che incontra la libertà di manifestazione del pensiero. O meglio, si limita a precisare le misure adottabili nei confronti della stampa, trattandosi del mezzo di diffusione più influente all'epoca in cui il testo costituzionale fu adottato, nonché quello nei cui confronti erano in passato intervenuti i maggiori abusi lesivi della libertà. L'art. 21 della Costituzione, infatti, com'è noto, a proposito della stampa stabilisce con precisione taluni divieti di interventi preventivi (vietando forme di autorizzazione o censura: secondo comma), e disciplinando nel dettaglio gli interventi successivi alla realizzazione dello stampato, prevedendo in particolare una

riserva "rinforzata" di legge e una riserva di giurisdizione. Dal primo punto di vista si stabilisce che si può procedere a sequestro degli stampati solo nei casi, precisati dalla legge, di delitti espressamente contemplati, o di violazione delle norme sulla indicazione dei responsabili (terzo comma). Dal secondo punto di vista stabilisce che occorra un atto motivato dell'autorità giudiziaria (terzo comma), surrogabile, per la stampa periodica e solo in caso di assoluta urgenza e di impossibilità di intervenire tempestivamente per l'autorità giudiziaria, da un atto della polizia giudiziaria soggetto però a convalida della prima entro termini brevissimi (quarto comma).

Questa speciale disciplina vale però solo per le manifestazioni del pensiero a mezzo stampa, cui la Costituzione, per le già ricordate ragioni, ha annesso particolare importanza e dedicato particolare protezione. Non vale per gli "altri" mezzi di diffusione di cui al primo comma dello stesso art. 21: come conferma fra l'altro il sesto comma dello stesso articolo, che per le manifestazioni vietate in quanto contrarie al buon costume prevede espressamente che la legge "*stabilisce provvedimenti*

adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni”, senza precisarne la natura e la competenza, fermo restando evidentemente quanto sancito dai commi precedenti solo nei riguardi della stampa.

Si deduce da tale esame sistematico della norma costituzionale che nei confronti dei mezzi di diffusione del pensiero diversi dalla stampa la legge può prevedere poteri e misure adeguati all'esigenza di impedire e di reprimere le violazioni dei limiti alla libertà, senza essere soggetta alle puntuali prescrizioni dettate per la stampa.

4. Naturalmente ciò non significa che la legge sia libera di disciplinare la materia in qualunque modo: occorrerà pur sempre che le misure previste rispondano a criteri di proporzionalità e che siano adottate sulla base di una sufficiente base legale. Un richiamo a tali criteri si legge per esempio nell'art. 5 comma 2, del d. lgs. n. 70 del 2003, ove, prevedendo la possibilità che intervengano provvedimenti giudiziari o amministrativi limitativi della libertà di circolazione nell'ambito europeo dei servizi della

“società dell’informazione”, si stabilisce che detti provvedimenti debbono in concreto essere *“necessari, riguardo ad un determinato servizio della società dell’informazione lesivo degli obiettivi posti a tutela degli interessi pubblici di cui al comma 1 [tra cui quello relativo all’opera di prevenzione, investigazione, individuazione e perseguimento di reati], ovvero che costituisca un rischio serio e grave di pregiudizio agli stessi obiettivi”* (lettera a), nonché *“proporzionati a tali obiettivi”* (lettera b).

Si tratta, d’altra parte, degli stessi criteri che valgono a definire le condizioni di ammissibilità delle misure di “ingerenza” dello Stato nella libertà di diffusione del pensiero secondo l’art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, resa esecutiva in Italia con la legge n. 848 del 1955. Recita il paragrafo 2 dell’art. 10 che l’esercizio della libertà di espressione, *“poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica”,* fra l’altro, *“per la prevenzione dei reati”* (e le

violazioni dei diritti sulle opere dell'ingegno sono spesso tali), nonché *"per la protezione della reputazione o dei diritti altrui"* (e fra questi sono certamente i diritti sulle opere dell'ingegno).

Da una parte, dunque, valgono i consueti criteri riconducibili al principio di proporzionalità; dall'altra, però, vi è una esigenza di adeguatezza delle misure previste (esplicitamente richiamata dall'art. 21, sesto comma, Cost., là dove richiede misure *"adeguate"* per prevenire e reprimere le violazioni del limite del buon costume). L'esigenza di adeguatezza è riconducibile al principio generale per cui i diritti debbono essere garantiti con carattere di effettività, assicurando quindi effettivamente, in concreto, l'equilibrio necessario fra esigenze di tutela della libertà di espressione ed esigenze di tutela degli altri diritti che potrebbero essere lesi dall'esercizio illecito della stessa libertà. Di tale principio è ad esempio espressione la già richiamata disciplina costituzionale (ancorchè non applicabile nel nostro caso) sulla stampa, che si preoccupa, prevedendo i provvedimenti di sequestro d'urgenza della stampa periodica da parte della polizia giudiziaria, sia delle esigenze di tempestività, che

potrebbero essere eluse se si dovesse attendere l'intervento dell'autorità giudiziaria, suscettibile di intervenire quando il danno derivante dalla diffusione del periodico si sia già irrimediabilmente prodotto, sia di apprestare controlli giudiziari a loro volta tempestivi, ad evitare la compromissione eccessiva della libertà di espressione.

Ora, le caratteristiche del fenomeno qui considerato (la "pirateria Informatica") sono tali da richiedere con evidenza la previsione di interventi assolutamente tempestivi, data la natura particolarmente "diffusiva" della rete web. Una tempestività che potrebbe essere compromessa dalla necessità di far ricorso esclusivamente all'autorità giudiziaria: senza dire che la diffusione del fenomeno, e dunque il numero degli interventi necessari, rischierebbero di produrre un carico eccessivo all'apparato giudiziario.

5. Le considerazioni svolte danno ragione della previsione, da parte della legge, di una competenza in materia dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM). La legge sul diritto

d'autore è stata integrata con la espressa previsione all'AGCOM, unitamente alla SIAE, di poteri di vigilanza, fra l'altro, *“sull'attività di riproduzione e duplicazione con qualsiasi procedimento, su supporto audiovisivo, fonografico e qualsiasi altro supporto nonché su impianti di utilizzazione in pubblico, via etere e via cavo, nonché sull'attività di diffusione radiotelevisiva con qualsiasi mezzo effettuata”*, prevedendo altresì che per lo svolgimento dei relativi compiti l'autorità possa conferire funzioni ispettive a propri funzionari ed esercitare poteri di ispezione, di accesso a locali e di richiesta di esibizione di documenti concernenti fra l'altro i supporti di registrazione, analogici o digitali (art. 182-bis, comma 1, lettera a, e comma 3, della legge n. 633 del 1941, introdotto dall'art. 11 della legge n. 248 del 2000, e modificato dall'art. 31 del d. lgs. n. 68 del 2003). Parallelamente, la legge istitutiva dell'AGCOM (legge n. 249 del 1997) è stata integrata con la previsione dei poteri dell'Autorità nel campo del diritto d'autore (art. 1, comma 6, numero 4-bis, introdotto dall'art. 11, comma 2, della legge n. 248 del 2000). A sua volta, come si è ricordato, l'art. 32-bis, comma 3, del d.lgs. n.

177 del 2005, aggiunto dall'art. 6 del d. lgs. n. 44 del 2010, prevede che sia l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni a emanare le *“disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti”* di cui al medesimo articolo, relativi appunto alla protezione dei diritti d'autore.

In particolare, il d. lgs. n. 70 del 2003 detta specifiche disposizioni in tema di servizi della *“società dell'informazione”*, disciplinando fra l'altro i servizi connessi all'uso della rete. Esso prevede bensì, nell'ambito della Unione europea, il principio della *“libera circolazione”* dei servizi, ma aggiunge che essa *“può essere limitata, con provvedimento dell'autorità giudiziaria o degli organi amministrativi di vigilanza o delle autorità indipendenti di settore”*, per vari motivi fra cui *“l'opera di prevenzione, investigazione, individuazione e perseguimento di reati”* (e la violazione dei diritti d'autore, come si è detto, ha rilevanza penale). E' significativo che la legge preveda espressamente interventi non solo dell'autorità giudiziaria, ma anche di organi amministrativi di vigilanza e specificamente delle autorità indipendenti di settore (per noi l'AGCOM). Di più,

lo stesso testo legislativo, nel disciplinare le responsabilità dei prestatori di servizi rispettivamente nell'attività di semplice trasporto (*mere conduit*), di memorizzazione temporanea (*caching*) e di memorizzazione di informazioni (*hosting*), afferma che l'Autorità giudiziaria o quella amministrativa aventi funzioni di vigilanza, ovvero l'autorità giudiziaria o amministrativa competente, "può esigere, anche in via di urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività" rispettive, "impedisca o ponga fine alle violazioni commesse" (artt. 14, comma 3, 15, comma 2, e 16, comma 3, d. lgs. n. 70 del 2003).

Gli interventi di autorità amministrative, e in specie dell'AGCOM, nel caso di violazioni dei limiti e divieti imposti dalla legge, sono dunque espressamente legittimati dalla legge con specifico riferimento anche ai servizi collegati all'utilizzo della rete Internet.

6. Infine occorre domandarsi quali misure concrete possano o debbano essere adottate dall'Autorità garante ai fini di tutelare in concreto i diritti d'autore nel caso di violazioni commesse

attraverso gli strumenti e i servizi qui considerati, cioè per reprimere la "pirateria informatica".

Le disposizioni di legge ricordate non enunciano specificamente le misure in questione, ma demandano alla stessa Autorità il potere-dovere di disporre misure che impediscano o pongano fine alle violazioni, nonché di emanare le disposizioni regolamentari necessarie nell'esercizio dei compiti di vigilanza ad essa affidati. Da quanto si è detto si desume in ogni caso che i poteri di intervento dell'Autorità devono essere comunque idonei a raggiungere lo scopo, a pena di rendere inefficace la tutela prevista, secondo, del resto, il principio generale che impone di rendere effettiva la tutela apprestata dalle norme ai diritti in questione.

Ora, nel caso della "pirateria informatica", si deve tener conto delle caratteristiche dei mezzi impiegati per la diffusione dei contenuti. La rete Internet è infatti caratterizzata dalla estrema facilità di immettere in rete contributi ad opera di soggetti ovunque ubicati, dalla possibilità di accesso praticamente illimitata ai dati e contenuti immessi in rete, dalla inesistenza di

un unico centro che controlli il flusso dei dati e dei contenuti immessi nella rete.

Opera in questo ambito una pluralità indeterminata di soggetti: coloro che creano i siti e li gestiscono; coloro che vi immettono contenuti fruibili da chiunque acceda al sito; coloro che prestano agli utenti i servizi e l'uso delle tecnologie necessarie per accedere individualmente e direttamente ai dati e ai contenuti immessi in rete. Può senz'altro affermarsi che la immissione di un contenuto, protetto da diritti d'autore, in un sito web equivale ad una sua comunicazione o diffusione al pubblico, e per di più ad un pubblico indeterminato e indeterminabile. Chi dunque compia tale operazione senza il consenso degli aventi diritto commette evidentemente una violazione. Ma a tale violazione concorrono (concorrendo a renderla possibile) il soggetto che appresta e gestisce il sito nel quale i contenuti vengono immessi, nonché i soggetti che rendono accessibile agli utenti il sito medesimo, prestando i servizi di connessione alla rete e di ricerca e selezione dei contenuti.

Naturalmente, ai fini di determinare le rispettive responsabilità, si dovrà distinguere fra chi scientemente e senza il consenso degli aventi diritto immette in rete un contenuto protetto, e gli altri operatori che possono essere o meno consapevoli del contenuto dell'operazione e della sua illiceità. E' aperta, come si sa, la discussione sui limiti entro i quali si può pretendere da parte degli operatori dei diversi servizi che rendono possibile o facilitano l'uso della rete un controllo sui contenuti a cui essi si limitano a rendere possibile o più facile l'accesso. Ma non occorre in questa sede esaminare a fondo questo problema. E' sufficiente infatti chiarire che tutti i soggetti coinvolti, ove resi edotti della violazione e in grado dal punto di vista tecnico di controllare l'accesso e la fruizione dei contenuti protetti, in quanto soggetti ai poteri di vigilanza dell'Autorità possono essere destinatari di ordini amministrativi intesi ad evitare che la violazione persista, e se del caso di sanzioni per non avervi ottemperato.

Del resto i già citati artt. 14, 15 e 16 del d. lgs. n. 70 del 2003 precisano analiticamente, con riguardo alle diverse tipologie di

attività (c.d. *mere conduit*, *caching* e *hosting*), le condizioni verificandosi le quali il prestatore del servizio rispettivo non è responsabile del contenuto delle informazioni trasmesse o memorizzate. A sua volta l'art. 17 dello stesso d. lgs. n. 70 del 2003 afferma che il prestatore dei servizi "*non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite*", ma aggiunge che il prestatore è comunque tenuto "*ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione*" e a "*fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite*" (comma 2. lettere *a* e *b*); e infine dispone che il prestatore è civilmente responsabile del contenuto

dei servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa di vigilanza, *“non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente”*. La legge dunque consente di individuare i limiti entro i quali i prestatori di ciascun servizio possono essere chiamati in corresponsabilità per le violazioni commesse utilizzando i servizi medesimi.

Nel caso di immissione in rete, senza il consenso degli aventi diritto e dunque in violazione dei diritti d'autore, di contenuti protetti, la prima misura evidentemente adottabile è l'ordine di rimuovere dal sito interessato, e quindi dalla rete, i singoli contenuti protetti medesimi: ordine che può riguardare sia direttamente il soggetto che ha proceduto alla loro immissione in rete, sia i soggetti che controllano dal punto di vista tecnico tale immissione e possono perciò, una volta resi edotti della violazione e quindi resi destinatari dell'ordine, disporre la rimozione dei contenuti in questione (salve ovviamente le

garanzie procedurali intese ad assicurare il contraddittorio con il soggetto che ha proceduto alla immissione e che potrebbe contestare l'esistenza della violazione). Tale ordine di misure può in via di principio apparire sufficiente nel caso in cui il gestore del sito abbia sede nel territorio nazionale, posto che, ai sensi dell'art. 3, comma 1, del d. lgs. n. 70 del 2003 *"i servizi della società dell'informazione forniti da un prestatore stabilito sul territorio italiano si conformano alle disposizioni nazionali applicabili nell'ambito regolamentato e alle norme"* dello stesso decreto legislativo.

Ma le cose si complicano nel caso di siti creati e gestiti fuori dal territorio nazionale, in quanto tali non soggetti alla legislazione nazionale e i cui gestori sono comunque difficilmente in grado di essere destinatari di ordini (e soprattutto di ordini efficaci) provenienti dalle autorità nazionali. D'altra parte, per le caratteristiche tecniche della rete, l'immissione in questa di contenuti protetti, senza il consenso degli aventi diritto, dà accesso a tali contenuti ad un pubblico indeterminato, anche nel territorio nazionale, e alle stesse condizioni alle quali sono

accessibili i siti "nazionali". Sarebbe dunque incongruo che non si potesse intervenire efficacemente nei confronti dei gestori di siti ubicati all'estero (fra i quali, com'è noto, si annida prevalentemente la "pirateria informatica").

In questi casi non v'è altra possibilità, per intervenire efficacemente, che agire nei confronti, oltre che dei diretti autori della violazione, se individuati, nei confronti di coloro che vi concorrono prestando i servizi di accesso e connessione alla rete utilizzati sul territorio nazionale. In tal modo, anche se resta sempre la possibilità che il pubblico nazionale acceda alla rete, e quindi ai contenuti protetti, per altre vie, è assai probabile, date le caratteristiche dell'utenza e dei servizi della "società dell'informazione", che l'intervento nei confronti dei prestatori nazionali di tali servizi abbia successo nell'evitare o quanto meno nel ridurre enormemente l'accesso di fatto ai contenuti protetti e dunque la loro diffusione, e di conseguenza l'impatto concreto della violazione.

Poiché i prestatori dei servizi di accesso alla rete sono conosciuti e in numero limitato, è possibile contare sull'efficacia

di un ordine a loro diretto. Ma poiché normalmente tali prestatori di servizi non sono in grado di selezionare i contenuti immessi nei siti a cui essi rendono possibile l'accesso, ma solo di rendere o meno accessibile un sito in quanto tale, sembra evidente che l'unica forma praticabile ed efficace di intervento nei loro confronti sia quella di ordinare l'adozione delle misure tecniche che precludono, agli utenti che si servano di tali servizi, lo stesso accesso ai siti in questione (c.d. "oscuramento" dei siti). Tale genere di ordini, evidentemente, dovrebbe intervenire sulla base dell'accertamento, con le debite procedure, non di una occasionale presenza nel sito di contenuti protetti diffusi in violazione dei diritti d'autore, ma della sistematica diffusione di siffatti contenuti da parte di un determinato sito, così da consentire di qualificarne l'attività come vera e propria pratica di "pirateria informatica".

Non a caso si tratta di misure che sono state esplicitamente previste da norme specifiche intese a impedire la diffusione *on line* di altri contenuti vietati. Così l'art. 1, comma 50, della legge n. 296 del 2006, stabilisce che "*al fine di contrastare la*

diffusione del gioco irregolare ed illegale (.....), con uno o più provvedimenti del Ministero dell'economia e delle finanze - Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato sono stabilite le modalità per procedere alla rimozione dell'offerta, attraverso le reti telematiche o di telecomunicazione, di giochi, scommesse o concorsi pronostici con vincite in denaro in difetto di concessione, autorizzazione, licenza od altro titolo autorizzatorio o abilitativo o, comunque, in violazione delle norme di legge o di regolamento o delle prescrizioni definite dalla stessa Amministrazione", e si sono previste sanzioni per l'inosservanza di tali provvedimenti. Parimenti, l'art. 14-quater della legge n. 269 del 1998, aggiunto dall'art. 19, comma 1, della legge n. 38 del 2006, e rubricato "Utilizzo di strumenti tecnici per impedire l'accesso ai siti che diffondono materiale pedopornografico", ha disposto che "i fornitori di connettività alla rete INTERNET, al fine di impedire l'accesso ai siti segnalati dal Centro, sono obbligati ad utilizzare gli strumenti di filtraggio e le relative soluzioni tecnologiche conformi ai requisiti individuati con decreto del Ministro delle comunicazioni, di concerto con il

Ministro per l'innovazione e le tecnologie e sentite le associazioni maggiormente rappresentative dei fornitori di connettività della rete INTERNET'.

L'obiezione che si potrebbe muovere ad un siffatto modo di ragionare è che nella specie manchi, a differenza che nelle ipotesi appena richiamate, una specifica disposizione di rango legislativo che esplicitamente preveda il potere di emanare siffatti ordini di "oscuramento" di siti. L'obiezione non è priva di peso, e tuttavia, a mio giudizio, si può ritenere superabile in base alle considerazioni che seguono.

Va premesso che in materia di limiti e restrizioni alle libertà, e dunque anche della libertà di diffusione del pensiero, vale certamente il principio costituzionale della riserva di legge, per cui occorre una base legislativa che sorregga gli interventi limitativi e repressivi. Tuttavia la riserva di legge non è sempre di tipo "assoluto", tale cioè da escludere totalmente la possibilità di interventi di fonti subordinate alla legge, ma è spesso "relativa", nel senso che è soddisfatta quando sussista una sufficiente base di legge che può essere integrata e specificata da

fonti subordinate. Nell'ambito qui considerato, mentre è probabilmente da qualificarsi come "assoluta" la riserva di legge per quanto riguarda le modalità degli interventi repressivi della stampa di cui al secondo, terzo e quarto comma dell'art. 21 (a cui per le note ragioni il Costituente ha attribuito particolare importanza e specifica tutela), non altrettanto è a dirsi per tutte le misure riguardanti interventi nei confronti di altri mezzi di diffusione, per le quali la Costituzione non contiene una disciplina, e si può ritenere ragionevolmente sufficiente, a seconda dei casi, anche una base di legge suscettibile di essere intergrata da fonti subordinate.

Analogamente, si può richiamare il fatto che il principio espresso nel citato art. 10, paragrafo 2, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che subordina la legittimità delle restrizioni alla libertà di manifestazione del pensiero "*necessarie in una società democratica*" al fatto che siano "*previste dalla legge*" è pacificamente interpretato nel senso che devono sussistere previsioni normative univoche e sufficientemente precise, tali cioè da fondare la "prevedibilità" degli interventi

autoritativi, ma non necessariamente contenute solo in atti di rango legislativo. Esse dunque sono suscettibili di essere disciplinate anche da regolamenti, purchè con norme sufficientemente determinate .

In ogni caso, non mancano, nell'attuale ordinamento, norme legislative che prevedono interventi del tipo che si è accennato, al fine di realizzare una efficace protezione dei diritti d'autore nei confronti del fenomeno della "pirateria informatica": interventi in mancanza dei quali sussisterebbe una vera carenza di tutela per tali diritti.

Non è senza significato che il già citato art. 17, comma 3, del d. lgs. n. 70 del 2003, riferendosi a tutti i prestatori di servizi delle varie tipologie previste nei precedenti artt. 14, 15 e 16, affermi la responsabilità civile dei prestatori per il contenuto dei servizi resi *"nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura*

l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente". Ciò che si può chiedere ai prestatori dei servizi è dunque di "agire prontamente", nel quadro della disponibilità di mezzi tecnici di cui dispongono o devono disporre, per "impedire l'accesso" ai contenuti protetti: e, nel caso qui contemplato, l'impedimento all'accesso ai contenuti non può che esplicarsi nell'impedimento, su ordine dell'autorità, all'accesso ai siti "pirati".

In ogni caso, come si è ricordato, la legge attribuisce espressamente all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni il potere di vigilanza per la tutela dei diritti d'autore su tutte le forme di diffusione di contenuti protetti (art. 182-*bis*, comma 1, lettera *a*, della legge n. 633 del 1941, e art. 1, comma 6, numero 4-*bis* della legge n. 249 del 1997), nonché un potere regolamentare, sia in generale, attraverso la previsione di "specifici regolamenti" diretti a garantire "l'applicazione delle norme legislative sull'accesso ai mezzi e alle infrastrutture di comunicazione" (art. 1, comma, 6, lettera *c*, numero 2, della legge n. 249 del 1997), sia attraverso la previsione di disposizioni

regolamentari dell'Autorità *"necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti"* posti in materia di media audiovisivi e radiofonici per la protezione dei diritti d'autore (art. 32-bis, comma 3, d. lgs. n. 177 del 2005).

D'altronde, per le caratteristiche stesse della diffusione attraverso gli strumenti della rete, e le connesse implicazioni tecniche, le misure ipotizzabili in questa materia non consistono in interventi diretti dell'autorità sui contenuti di cui si vieta la diffusione o sul mezzo di diffusione in quanto tale (come potrebbe essere un sequestro o misura consimile, attinente al contenuto o all'insieme dei contenuti di una manifestazione di pensiero): misure per le quali si potrebbe forse ritenere necessaria una specifica disciplina di legge. Esse consistono piuttosto in interventi ordinatori diretti a conformare, con la statuizione di "obblighi di fare", l'attività dei soggetti che intervengono nel processo di diffusione, come i prestatori di servizi di memorizzazione, di connettività e di accesso: provvedimenti che, in conformità ai principi generali, dovranno fondarsi sull'accertamento e la contestazione della violazione (che deve

dunque essere portata a conoscenza del prestatore di servizi), essere debitamente motivati e suscettibili di essere opposti e sindacati in sede giurisdizionale. Si tratta, dunque, di misure meno "invasive" delle libertà, e tali da assicurare un livello di garanzie, anche procedurali, sufficiente per i soggetti coinvolti; onde anche il grado di specificazione del contenuto delle misure stesse, necessario per soddisfare le esigenze di riserva di legge, può essere ragionevolmente minore.

Si può dunque concludere che il regolamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni può prevedere, nel caso in cui si accertino violazioni sistematiche dei diritti d'autore conseguenti alla diffusione in rete, senza il consenso degli aventi diritto, di contenuti protetti, misure di tipo ordinario e interdittivo che prescrivano ai prestatori dei servizi di connettività e di accesso alla rete di precludere ai loro utenti l'accesso a siti, ubicati fuori dal territorio nazionale, i quali praticino sistematicamente la "pirateria informatica".

Milano, 27 ottobre 2011

Avv. prof. Valerio Onida

