

Francesco Posteraro

## *La tutela amministrativa del diritto d'autore online*

SOMMARIO: 1. La tutela dei diritti sulla rete Internet. – 2. Il Regolamento AGCOM in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica: a) fondamento normativo; b) contenuto. – 3. La legge europea 2017. – 4. I risultati dell'intervento dell'AGCOM. – 5. Conclusioni: come andare oltre?

### *1. La tutela dei diritti sulla rete Internet*

La rivoluzione informatica rappresenta, senza dubbio, una tappa fondamentale della storia del progresso umano. Internet ha trasformato il pianeta in un'unica, immensa agorà, nella quale tutti possono mettersi in contatto gli uni con gli altri e scambiare fra loro opinioni in tempo reale. L'uso della rete ha modificato profondamente il nostro modo di lavorare, di vivere, perfino di pensare. La giusta esaltazione delle potenzialità di questo straordinario strumento ha fatto sovente dimenticare, però, che si tratta, appunto, di uno strumento, di un mezzo di comunicazione, come tale neutro, indifferente rispetto ai contenuti di cui si fa di volta in volta veicolo: può diffondere la cultura come l'odio, l'informazione come il suo contrario. Ed è un mezzo infinitamente più potente e incisivo di qualsiasi altro, per la rapidità e l'ampiezza di diffusione che lo caratterizzano.

In una prima fase ha prevalso l'intento di assicurare l'assoluta libertà della rete, per favorirne lo sviluppo. Un quadro normativo non adeguato alla tumultuosa evoluzione della tecnologia e al veloce mutamento degli assetti di mercato ha così favorito l'affermazione di modelli di *business* innovativi, grazie ai quali alcuni motori di ricerca e social network, cresciuti in maniera esponenziale in un breve volger di tempo, hanno ormai

acquisito posizioni di assoluta dominanza nell'ambito dei settori economici nei quali operano. Questo stesso stato di cose ha reso più agevole la violazione di alcuni diritti e più difficoltosa la repressione degli illeciti. La rete amplifica a dismisura gli effetti nefasti delle violazioni; l'anonimato e l'assenza di un adeguato regime di responsabilità ostacolano l'azione di contrasto.

La proprietà intellettuale è sicuramente fra i diritti soggettivi che hanno sofferto e soffrono le più gravi lesioni a causa dello sviluppo delle comunicazioni in rete. La pirateria digitale sottrae ingenti risorse all'industria culturale, a tutto vantaggio della criminalità. E se a ciò indubbiamente concorrono anche gli utenti che fruiscono dei contenuti illegalmente diffusi, le dimensioni del fenomeno portano a concludere che evidentemente manca, negli utenti stessi, la consapevolezza del profondo disvalore delle violazioni del diritto d'autore. Disvalore che non è soltanto giuridico, ma è altresì economico, dato che l'industria culturale è un settore di importanza strategica, che può assumere un ruolo trainante ai fini della crescita. Disvalore che è prima di tutto sociale, in quanto ledere il diritto d'autore significa indebolire la tutela della creatività e inaridire le fonti che alimentano il patrimonio culturale. La difesa del diritto d'autore è quindi innanzi tutto una battaglia culturale. Non basta mettere in campo gli strumenti atti a reprimere le violazioni: occorre in ugual misura approfondire ogni impegno per far diventare patrimonio comune, fra gli utenti della rete, l'esigenza di tutelare adeguatamente la proprietà intellettuale.

## *2. Il Regolamento AGCOM in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*

### *a) fondamento normativo*

Con il Regolamento adottato nel dicembre 2013 ed entrato in vigore il 31 marzo dell'anno successivo l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha inteso perseguire entrambi questi scopi: offrire ai titolari dei diritti uno strumento di tutela agile ed efficiente e nel contempo promuovere un uso corretto e responsabile della rete.

Per quanto concerne le violazioni commesse online, il fondamento normativo dell'intervento dell'Autorità è rappresentato dal d.lgs. 9 aprile

2003, n. 70, ossia dall'atto di recepimento della direttiva europea sul commercio elettronico (2000/31/CE). La direttiva ha offerto agli Stati membri l'opportunità di prevedere, in aggiunta a quella giurisdizionale, anche una tutela di carattere amministrativo: opportunità che l'AGCOM ha il vanto di aver colto per prima in Europa. Riproducendo fedelmente le norme europee, il d.lgs. n. 70 ha così attribuito sia all'autorità giudiziaria, sia all'autorità amministrativa, avente funzioni di vigilanza, il potere di adottare, anche in via di urgenza, provvedimenti inibitori atti a reprimere le violazioni. Di tali provvedimenti sono destinatari, ai sensi degli artt. 14, 15 e 16 d.lgs., gli *internet service provider* (ISP) che esercitano, rispettivamente, attività di *mere conduit*, di *caching* o di *hosting*, ossia che trasportano, memorizzano temporaneamente oppure ospitano contenuti. Considerato che, a norma dell'art. 182-*bis* della legge n. 633/1941, l'AGCOM è l'autorità amministrativa cui spettano le funzioni di vigilanza in materia di diritto d'autore, il Regolamento da essa emanato è dunque lo strumento volto a disciplinare le modalità procedurali di esercizio di un potere espressamente previsto da disposizioni di rango legislativo.

Per quanto riguarda, a loro volta, le violazioni che si verificano nel settore audiovisivo, l'art. 32-*bis* del testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici dispone che l'AGCOM emani disposizioni regolamentari per la protezione del diritto d'autore nell'ambito dei predetti servizi.

Sebbene saldamente ancorato a norme di legge, l'intervento dell'AGCOM ha dato luogo, in una prima fase, a vivaci contestazioni. Il percorso che avrebbe portato all'adozione del Regolamento è stato infatti accompagnato da reazioni che oscillavano sovente fra la dichiarata ostilità e il malcelato scetticismo. Gli oppositori hanno fatto leva su una distorta concezione della libertà della rete, intesa come rifiuto di ogni regola e come licenza di violare impunemente i diritti di proprietà intellettuale, avvalendosi magari della copertura dell'anonimato. Fantasiose *fake news* sono arrivate addirittura a preconizzare che il provvedimento dell'AGCOM avrebbe segnato, nel nostro Paese, la fine di internet come spazio di libero dibattito. Due ricorsi giurisdizionali, presentati subito dopo l'entrata in vigore del Regolamento, hanno avanzato svariate censure di illegittimità intese a ottenerne l'annullamento.

I verdetti giudiziari finora intervenuti hanno fatto giustizia di queste censure, spazzando via ogni dubbio sulla piena legittimità dell'iniziativa

dell'AGCOM. Le voci critiche tacciono da tempo. Il Regolamento è ormai divenuto, per comune ammissione, una *best practice* anche a livello internazionale.

b) *contenuto*

Alla base dell'intervento dell'AGCOM sta la consapevolezza che, per contrastare efficacemente la pirateria, è necessario non solo disporre di adeguati strumenti repressivi, ma anche creare condizioni che favoriscano la fruizione legale delle opere digitali. Il Regolamento ha previsto, a questo fine, l'istituzione di un'istanza permanente, un Comitato di cui fanno parte rappresentanti di tutte le categorie interessate e delle istituzioni dotate di competenza nella materia. Tra i compiti del Comitato vi è innanzi tutto quello di incentivare, attraverso il costante confronto fra gli *stakeholders*, lo sviluppo dell'offerta legale, onde far sì che i contenuti possano essere accessibili in rete a prezzi ragionevoli, tali da scoraggiare il ricorso ai siti pirata. Il Comitato è chiamato inoltre a promuovere l'adozione, da parte dei *provider*, di strumenti di contrasto, come il c.d. *follow the money*, fondati sull'analisi delle transazioni economiche e dei modelli di *business* che caratterizzano l'offerta *online* di contenuti in violazione del diritto d'autore.

L'azione del Comitato si svolge anche dal lato dei consumatori, allo scopo di diffondere e rafforzare la cultura della legalità. Tra le iniziative adottate in questo ambito spicca, per l'ampiezza della partecipazione e l'incisività del messaggio, una campagna educativa promossa dal Nuovo IMAIE (Istituto mutualistico per la tutela degli artisti interpreti ed esecutori) e patrocinata dall'AGCOM, alla quale hanno aderito la SIAE, l'AFI (Associazione dei fonografici italiani), l'ANICA (Associazione nazionale industrie cinematografiche audiovisive e multimediali), UNIVIDEO (Unione italiana dell'editoria audiovisiva), la FAPAV (Federazione per la tutela dei contenuti audiovisivi e multimediali) e la MPA (Motion Picture Association, che raggruppa le principali *major* dell'industria cinematografica statunitense). "Rispettiamo la creatività" si rivolge agli studenti delle scuole secondarie di primo grado, ai loro insegnanti e alle loro famiglie, nel giusto convincimento che la scuola è il luogo chiamato a formare i cittadini di domani, educandoli al rispetto delle regole e dei diritti di chi lavora e di chi produce.

Il procedimento di *enforcement* mira a coniugare efficienza e garanzia, fornendo una tutela celere ed efficace ai titolari dei diritti e nel contempo assicurando a tutti i soggetti interessati la possibilità di far valere le proprie ragioni. La procedura è completamente gratuita e non richiede l'assistenza di un difensore. Essa ha carattere alternativo, e non sostitutivo, rispetto ai procedimenti giudiziari: il che vale a dimostrare la totale infondatezza dell'asserzione critica, contenuta nei ricorsi di cui s'è parlato, secondo cui le previsioni del Regolamento integrerebbero una violazione della riserva di giurisdizione. Non è infatti possibile adire l'AGCOM se è pendente dinanzi all'autorità giudiziaria un procedimento avente il medesimo oggetto. Qualora l'autorità giudiziaria venga invece adita quando è già in corso un procedimento dinanzi all'AGCOM, gli atti di quest'ultimo sono archiviati e trasmessi al magistrato procedente.

L'AGCOM si attiva esclusivamente a seguito di un'istanza presentata da un soggetto legittimato: il titolare del diritto d'autore o di un diritto connesso o un licenziatario oppure un'associazione di gestione collettiva o di categoria cui sia stato conferito mandato dal titolare o da un licenziatario. Non può mai esservi pertanto procedibilità *ex officio*, per cui non si dà luogo ad alcuna forma di monitoraggio preventivo della rete, diversamente da quanto paventato a suo tempo dai sedicenti paladini della libertà del web.

Gli uffici dell'Autorità dispongono l'archiviazione delle istanze in via amministrativa, oltre che nel caso di ritiro, qualora le stesse siano irricevibili per difetto di informazioni essenziali, improcedibili a causa della pendenza di un procedimento giudiziario o per intervenuta cessazione della violazione denunciata, inammissibili in quanto non riconducibili all'ambito di applicazione del Regolamento ovvero manifestamente infondate. In ogni altro caso, gli uffici danno avvio al procedimento, inviando la relativa comunicazione, al presentatore dell'istanza e al soggetto destinatario, degli eventuali provvedimenti inibitori da adottare nel caso di accertamento della violazione: il fornitore di servizi di media, per le violazioni commesse nell'ambito di questi ultimi; relativamente a quelle commesse *online*, l'*internet service provider* stabilito in Italia che svolge attività di *hosting*, per i siti ubicati nel territorio nazionale, ovvero di *mere conduit*, per i siti esteri.

La procedura ha termini ragionevolmente brevi, in considerazione della rapidità con la quale si propagano nella rete gli effetti pregiudizievoli delle violazioni. Il procedimento deve infatti concludersi entro trentacinque giorni lavorativi dalla ricezione dell'istanza, che si riducono a dodici

in presenza di un'ipotesi di violazione di carattere massivo ovvero di una fattispecie di grave lesione dei diritti di sfruttamento economico dell'opera digitale.

I tempi brevi, peraltro, non pregiudicano in alcun modo le esigenze di partecipazione alla procedura dei soggetti interessati, che per quanto concerne le violazioni commesse *online* non si identificano solo negli ISP e ai quali tutti l'Autorità ha inteso assicurare la più ampia tutela. La comunicazione di avvio del procedimento è pertanto inviata anche all'*uploader*, ai gestori della pagina e del sito internet, nonché al soggetto che ha registrato il nome di dominio, i quali possono intervenire presentando controdeduzioni oppure possono adeguarsi spontaneamente alla richiesta del soggetto istante. Ciò può avvenire rimuovendo il contenuto protetto da diritto d'autore oppure disabilitando l'accesso al sito che ospita tale contenuto, nel caso di violazioni commesse *online*; non procedendo alla diffusione del programma inserito in palinsesto, per i servizi di media lineari, ovvero eliminando il programma dal catalogo, per i servizi di media non lineari. L'adeguamento spontaneo dà luogo all'archiviazione del procedimento in via amministrativa.

Non è invece previsto – diversamente da quanto stabilisce la legge francese c.d. Hadopi – alcun coinvolgimento degli utenti finali che fruiscono di opere digitali in *downloading*, in *streaming* o in *peer-to-peer*.

Acquisite le eventuali controdeduzioni dei soggetti interessati, gli uffici trasmettono gli atti alla Commissione servizi e prodotti dell'Autorità (formata dal Presidente e da due commissari e competente nella materia ai sensi della legge 31 luglio 1997, n. 249, istitutiva dell'AGCOM), formulando proposta di archiviazione o di adozione di un provvedimento inibitorio.

La Commissione servizi e prodotti, esaminati gli atti, ne dispone l'archiviazione se non ritiene sussistente la violazione denunciata. Qualora la violazione del diritto d'autore o di un diritto connesso sia invece ritenuta sussistente, e la fattispecie riguardi un servizio di media audiovisivo, la Commissione diffida il fornitore dal trasmettere il programma, se si tratta di un servizio lineare, ovvero gli ordina di rimuovere il programma dal catalogo, se si tratta di un servizio non lineare.

Riguardo alle violazioni commesse *online*, perché possa procedersi all'irrogazione delle misure inibitorie occorre che le stesse rispondano ai criteri di gradualità, di proporzionalità e di adeguatezza sanciti dalla normativa europea ed espressamente richiamati dal Regolamento. Qualora

così non sia, la Commissione archivia gli atti e dà notizia della violazione accertata alla polizia giudiziaria, ai sensi dell'art. 182-ter della legge n. 633/1941. Se si ritiene che le misure rispettano i suddetti criteri, e se il sito su cui si è verificata la violazione è ospitato su un *server* ubicato nel territorio nazionale, l'Autorità può adottare, nei confronti degli *hosting provider* italiani, un ordine di rimozione selettiva dei contenuti caricati in violazione del diritto d'autore. In presenza di violazioni di carattere massivo, l'ordine ha invece per oggetto la disabilitazione dell'accesso al sito mediante il blocco del nome a dominio (DNS). Se il sito è ospitato su un *server* ubicato all'estero, la rimozione comporterebbe l'impiego di tecniche che la Corte di giustizia ritiene contrastanti con il diritto europeo, per cui è giocoforza ricorrere in ogni caso all'ordine di disabilitazione dell'accesso, rivolto al *provider* italiano che esercita attività di *mere conduit*.

Gli ordini impartiti dall'AGCOM ai fornitori di servizi di media non lineari e agli *internet service provider* devono essere eseguiti entro tre giorni dalla notifica. In caso di inottemperanza sono previste sanzioni pecuniarie fino a 258 mila euro. Avverso i provvedimenti dell'Autorità è ovviamente possibile proporre ricorso dinanzi al giudice amministrativo.

### 3. La legge europea 2017

L'art. 2 della legge europea 2017 (legge 20 novembre 2017, n. 167) ha previsto, ai commi 1 e 2, che, su istanza dei titolari dei diritti e sulla base di un sommario apprezzamento dei fatti, l'AGCOM possa ordinare ai *provider* di porre fine alle violazioni del diritto d'autore e dei diritti connessi anche in via cautelare. Devono ovviamente ricorrere, ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, i presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, che la legge europea ha reso più stringenti rispetto alle statuizioni del codice di procedura civile. La stessa disposizione ha inoltre autorizzato l'Autorità, al comma 3, ad individuare misure idonee volte ad impedire la reiterazione delle violazioni già accertate.

Le norme integrative del Regolamento necessarie per disciplinare l'esercizio di questi nuovi poteri, approvate dopo un'ampia consultazione pubblica e la notificazione del testo alla Commissione europea, sono entrate in vigore nel novembre 2018. Esse prevedono che l'Autorità deliberi

entro tre giorni lavorativi sia sulle istanze cautelari sia su quelle che segnalano la reiterazione di una violazione già accertata. I relativi provvedimenti sono notificati ai destinatari della comunicazione di avvio del procedimento, i quali possono proporre reclamo entro cinque giorni lavorativi. La decisione definitiva interviene entro sette giorni lavorativi dalla presentazione del reclamo.

Il rafforzamento dei poteri inibitori recato dalla legge europea 2017 ha giovato in maniera significativa all'efficacia dell'azione dell'Autorità. Le misure cautelari consentono ai titolari dei diritti di ottenere in tempi quanto mai rapidi la cessazione delle violazioni. A loro volta, le norme intese a impedire le reiterazioni valgono a contrastare la pratica, messa in atto sovente dai siti pirata colpiti da ordini di disabilitazione, di rigenerarsi sotto mentite spoglie cambiando il DNS, ossia il nome a dominio. Per porvi rimedio, l'industria culturale ha chiesto da tempo all'AGCOM di procedere al blocco non solo del DNS, ma anche dell'indirizzo IP. Le disposizioni introdotte nel Regolamento in attuazione della legge europea possono ora permettere all'Autorità di ottenere risultati quasi equivalenti in termini di efficacia, senza dover ricorrere a una misura – il blocco dell'IP – che potrebbe anche essere ritenuta contrastante con la libertà di comunicazione tutelata dall'art. 15 Cost. e che comporterebbe, allo stato attuale della tecnologia, l'impiego di tecniche di filtraggio giudicate non conformi al diritto dell'Unione dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea.

#### 4. *I risultati dell'intervento dell'AGCOM*

L'intervento dell'Autorità è riuscito a conseguire un primo esito positivo appena pochi giorni dopo l'entrata in vigore del Regolamento, in virtù della quale gli USA hanno espunto l'Italia dalla *watch list*, aggiornata annualmente, degli Stati che non tutelano in maniera adeguata la proprietà intellettuale. Il comunicato ufficiale dell'Amministrazione americana ha attribuito espressamente ed esclusivamente al provvedimento dell'AGCOM questa decisione, che ha rimosso, dopo ben venticinque anni, un ostacolo di non poco conto alla capacità del nostro Paese di attrarre investimenti esteri.

In termini quantitativi, i dati relativi all'attività dell'AGCOM in mate-

ria di tutela del diritto d'autore, pubblicati periodicamente sul sito *www.agcom.it*, indicano che con l'attuazione del Regolamento sono stati bloccati milioni di file illegali. È interessante notare che, su parecchie centinaia di provvedimenti inibitori adottati dall'Autorità, vi è stato soltanto un ordine di rimozione selettiva. Tutti gli altri sono stati ordini di disabilitazione dell'accesso riguardanti siti manifestamente dediti al commercio illegale, ospitati da server ubicati all'estero. Si ricorre alle misure interdittive, dunque, solo dinanzi ai casi conclamati di pirateria.

Quanto all'efficacia concreta di tali provvedimenti, è vero – come si è detto nel paragrafo precedente – che i siti disabilitati cercano sovente di rigenerarsi modificando il DNS. È anche vero, però, che i siti rigenerati, i c.d. *alias*, registrano comunque, nella più parte dei casi, un calo sensibile degli accessi e, dunque, degli introiti pubblicitari. Ciò a prescindere dal rafforzamento dell'azione di contrasto – di cui pure s'è parlato – dovuto alla recente adozione delle misure atte a reprimere le reiterazioni.

Un altro elemento molto significativo messo in evidenza dagli stessi dati è l'alto numero di procedimenti, pari circa al trenta per cento del totale, conclusi per adeguamento spontaneo alla richiesta di rimozione dei contenuti illegalmente immessi nel web. Ciò vale a dimostrare che, al di fuori delle ipotesi in cui ci si trova in presenza della criminalità informatica, il Regolamento dell'AGCOM svolge un'utile funzione di *moral suasion*, a cui la rete sta dando una risposta largamente positiva. I soggetti che in essa operano hanno dimostrato di essere disponibili a farsi carico delle esigenze di tutela della legalità, smentendo le apocalittiche previsioni dei profeti di sciagure che avevano annunciato, quale inevitabile reazione all'entrata in vigore del Regolamento, una generalizzata protesta del c.d. popolo di internet.

Si è in effetti registrata, negli ultimi anni, una progressiva evoluzione del sentire comune, anche a causa dell'emergere di fenomeni negativi, quando non addirittura delinquenziali – le *fake news*, il cyberbullismo, l'*hate speech*, il traffico illecito di dati personali – che hanno reso evidenti i pericoli derivanti dall'assenza di regole adeguate allo sviluppo e alla diffusione delle comunicazioni in rete. È oggi più diffusa di prima, nella pubblica opinione, la consapevolezza che la libertà del *web* non è un feticcio intangibile, ma un principio che deve coesistere con il rispetto dei diritti individuali. E anche l'AGCOM può forse attribuirsi una piccola parte di merito, grazie al costante impegno profuso per la tutela dei diritti,

se non è più messo in discussione, nel dibattito pubblico, l'elementare assioma secondo cui ciò che non è lecito nel mondo fisico non può diventare lecito nello spazio virtuale.

### 5. Conclusioni: come andare oltre?

La tutela amministrativa del diritto d'autore e dei diritti connessi, per quanto celere ed efficace, incontra ovviamente precisi limiti e non può verosimilmente ottenere risultati maggiori di quelli conseguiti mediante gli strumenti messi in campo dall'AGCOM in attuazione del vigente quadro normativo primario. Per far progredire le frontiere della legalità in rete, per ridimensionare sensibilmente la piaga della pirateria, occorrono interventi del legislatore, sia europeo sia nazionale.

La principale questione irrisolta è quella della responsabilità editoriale. Da essa sono in linea di principio esenti le piattaforme digitali in virtù del regime di *safe harbour* previsto dalla direttiva sul commercio elettronico. Un regime risalente al 2000, e quindi a un'epoca ormai remota in termini di sviluppo tecnologico e di evoluzione dei modelli di *business*. Un regime di esenzione che non tiene conto di come le grandi piattaforme – attraverso funzioni di ricerca basate su algoritmi da esse stesse elaborate in funzione dei loro profitti – esercitino sulle scelte e sugli orientamenti del pubblico un'influenza certo non inferiore a quella attribuibile ai mezzi di comunicazione tradizionali. Le piattaforme si battono strenuamente, in Europa, perché sia mantenuto questo regime. Il che peraltro non ha impedito al difensore di Facebook, in un procedimento giudiziario celebratosi in California nel luglio 2018, di sostenere che il suo cliente ha il diritto di decidere cosa pubblicare, perché è un *publisher*, un editore.

Con la comunicazione del maggio del 2015 sulla strategia per il *Digital Single Market* e poi con quella del maggio del 2016 sulle piattaforme, la Commissione europea ha riconosciuto che queste ultime hanno ormai acquisito un ruolo incomparabilmente più ampio di quello che avevano al tempo dell'emanazione della direttiva sul commercio elettronico. La Commissione ha opportunamente sottolineato, a sostegno di questa affermazione, che le piattaforme digitali accumulano un enorme volume di dati sui clienti, hanno un assoluto controllo dell'accesso ai mercati *online* e influiscono sulla remunerazione degli altri operatori ai quali fanno con-

correnza. Concludendo in maniera dissonante rispetto a queste premesse, la Commissione ha tuttavia deciso di non intervenire sul regime di responsabilità, da un lato facendo presente di volersi attenere a un approccio settoriale – di cui non possono tacersi le possibili implicazioni negative per la certezza del diritto – e d'altro lato confidando sull'autoregolamentazione, a dispetto degli scarsissimi risultati finora conseguiti attraverso questo strumento.

In attuazione dell'annunciato approccio settoriale, un'attenuazione dell'esonero da responsabilità delle piattaforme è stata prevista nell'ambito della direttiva *copyright*, approvata definitivamente nel marzo 2019, quasi al termine della legislatura europea. L'*iter* che ha portato all'adozione della direttiva è stato, per usare un eufemismo, quanto mai travagliato. In occasione dell'esame del testo da parte del Parlamento europeo è stata messa in atto un'attività di *lobbying* di un'ampiezza e di un'aggressività senza precedenti, accompagnata e sostenuta da interpretazioni scorrette delle norme, quando non da vere e proprie *fake news*. Si è parlato del tutto impropriamente di *link tax* con riferimento a una disposizione che si limita a riconoscere agli editori un diritto connesso per lo sfruttamento in rete di opere da essi prodotte. Si è cercato di far passare addirittura per un bavaglio imposto alla libertà del web l'obbligo per le piattaforme di concludere accordi di licenza con i titolari dei diritti oppure, in mancanza di tali accordi, di collaborare attivamente con i titolari medesimi per evitare la diffusione in rete di opere protette da *copyright*. Wikipedia ha chiuso per protesta le sue pagine in Italia e in altri Paesi dell'Unione europea, nonostante l'esclusione esplicita delle enciclopedie gratuite *online* dall'ambito di applicazione della direttiva. Youtube ha mobilitato gli *influencer* per indurre gli utenti più giovani a credere che la direttiva avrebbe causato la chiusura della piattaforma.

Anche alla luce di queste vicende, appare ormai ineludibile una approfondita riflessione sul ruolo attualmente svolto dalle grandi piattaforme digitali, non solo nell'ottica della tutela della proprietà intellettuale.

Non soggetti a responsabilità editoriale, se non in limitati ambiti e comunque in forma attenuata, questi operatori hanno tra l'altro dimostrato di essere estremamente restii a riconoscere una remunerazione men che simbolica a coloro che producono i contenuti di cui si appropriano traendone ingenti ricavi. Stabiliti in Stati dell'UE con regimi fiscali quanto mai favorevoli, grazie al principio del Paese d'origine essi sono, nella

sostanza, quasi del tutto immuni da obblighi tributari e contrastano nondimeno con energia anche l'ipotesi di una *web tax* contenuta nella modesta quota del tre per cento. Soprattutto, dispongono di una quantità smisurata di dati personali, acquisiti attraverso ogni singolo passaggio in rete di ciascun utente. Ciò consente alle piattaforme di profilare uno per uno tutti i milioni di individui che si connettono ad internet, il che ha tra l'altro indotto una riconsiderazione della tradizionale nozione di dati sensibili ai fini della tutela della riservatezza. Da tale mole di dati – che rappresentano il petrolio della nuova economia – le piattaforme ricavano enormi profitti, facendone un uso non sempre trasparente e, talora, neppure troppo corretto (si pensi al noto caso di *Cambridge Analytica*).

I mercati digitali hanno ormai acquisito un assetto rigidamente oligopolistico. Ed è in corso un rapido processo di digitalizzazione, che investe, in prospettiva, non solo l'intero settore terziario. Le piattaforme, insomma, detengono un potere economico senza uguali, che si traduce per ciò stesso in potere politico e che rischia di incidere perfino sui meccanismi di formazione del consenso, come recenti vicende lasciano fondatamente supporre.

Lo strapotere degli algoritmi e l'uso dei dati ai danni di coloro che li producono sono stati denunciati, mesi or sono, addirittura dal ceo di Apple, Tim Cook. Ancor più autorevolmente, lo stesso inventore del *web*, Tim Berners-Lee, ha manifestato le sue preoccupazioni per la deriva che rischia di prendere la sua creatura e per il fatto che alcuni *software* sono stati progettati – ha detto testualmente – “per fornire incentivi perversi a chi sacrifica i propri dati personali”.

Il tema della tutela del diritto d'autore si iscrive, dunque, nel più vasto quadro della necessità di dettare regole adeguate per disciplinare la rete e l'attività dei soggetti che in essa operano. Internet deve divenire uno spazio dove regna la forza del diritto, e non il diritto della forza. Sono in questione diritti fondamentali della persona e, non da ultimo, le stesse basi su cui poggiano i nostri sistemi democratici.

Anna Papa

*La tutela del pluralismo informativo in Rete.  
Il ruolo e le prospettive della direttiva europea 2019/790*

SOMMARIO: 1. Libertà di manifestazione del pensiero e democrazia. – 2. La libertà di manifestazione del pensiero nella Costituzione italiana. – 2.1. La declinazione generale della libertà di pensiero. – 2.2. La libertà di informare. – 2.3. Il diritto di essere informati. – 3. Libertà di informazione e formazione dell'opinione pubblica. – 4. Il ruolo della Rete nella formazione dell'opinione pubblica. – 5. Gli strumenti di tutela del pluralismo informativo nella direttiva europea. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Libertà di manifestazione del pensiero e democrazia*

Il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero (e più in generale la libertà di espressione) si pone senza dubbio tra le situazioni giuridiche soggettive che assumono maggiore rilievo ai fini della realizzazione e dello sviluppo di una società democratica<sup>1</sup>. L'esercizio di tale diritto

---

<sup>1</sup>L'origine del diritto di manifestazione del pensiero è risalente e, quindi, precede l'affermarsi delle moderne democrazie, nelle quali tuttavia trova la sua attualmente più compiuta valorizzazione. Secondo molti la libertà di parola trova le proprie origini nell'antica Grecia, nella quale gli uomini liberi avevano il diritto di esprimersi nelle assemblee pubbliche (παρρησία), seppure nella declinazione morale del "dire la verità". Tale diritto ha poi trovato spazio nelle Carte dei diritti dell'età moderna a partire dal *Bill of Rights* inglese, dal Primo Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti d'America e dalla francese Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. È tuttavia con le Carte internazionali del XX secolo e con l'affermarsi delle moderne democrazie che la libertà di espressione ha assunto, come è noto, la sua connotazione più completa. Ne è un primo esempio la Dichiarazione ONU del 1948 nella quale si legge che "Ogni individuo ha diritto alla libertà di opinione e di espressione, incluso il diritto di non essere molesta-

consente, infatti, a tutti gli individui non solo di esplicitare – con la parola, lo scritto o ogni altro mezzo di diffusione – la propria personalità, il proprio “sentire”, ma anche di partecipare alla formazione dell’opinione pubblica e della cultura diffusa, intesa quest’ultima quale complesso di idee e di principi che rappresentano il sostrato delle comunità di cui ciascuno fa parte. Appare quindi evidente che le dinamiche della loro formazione – e in particolare dell’opinione pubblica – presentano, in un sistema democratico, una indubbia rilevanza stante il ruolo di “pilastro” che esse rivestono nella legittimazione delle istituzioni e delle regole della comunità, dalle quali vengono peraltro, a loro volta, influenzate, in ragione dei diversi elementi politici ed istituzionali che le compongono e

---

to per la propria opinione, e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere”. I lavori preparatori di questa risoluzione internazionale influenzarono certamente – e furono presumibilmente a loro volta influenzati – dalle Carte costituzionali che in quegli anni venivano elaborate. Il riferimento è in particolare alla Costituzione italiana, entrata in vigore il 1 gennaio 1948, che dedica l’art. 21 alla libera manifestazione del pensiero e alla libertà di stampa, e alla Legge fondamentale tedesca, promulgata il 23 maggio 1949. In quegli stessi anni, e precisamente nel 1950, veniva anche approvata dal Consiglio d’Europa la Convenzione europea dei diritti dell’uomo che garantisce, all’art. 10, il diritto di manifestazione del pensiero e costituisce un punto di riferimento fondamentale nella tutela multilivello di questa situazione giuridica soggettiva, grazie alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Questa pluralità di atti della prima metà del XX secolo ha ispirato, a sua volta, le Costituzioni europee degli anni successivi, come ad esempio quella spagnola del 1978, e la stessa Unione europea che, nel 2000, ha approvato la propria Carta dei diritti fondamentali, nella quale, all’art. 11, riprendendo in buona parte il testo della CEDU, si stabilisce che “Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere e comunicare informazioni o idee senza che vi possa ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati”. Come appare evidente, tutte queste disposizioni, nazionali e sovranazionali, hanno in comune il generale oggetto della tutela, il diritto di espressione, e il suo riconoscimento a tutti. Al tempo stesso, però, è possibile ravvisare in ciascuna di esse una peculiare visione del suo contenuto mediante l’esplicitazione o meno delle diverse situazioni giuridiche soggettive che lo compongono (manifestare il pensiero, informare, essere informati) e la espressa previsione di limiti. A titolo esemplificativo può sin d’ora sottolinearsi come, ad esempio, la Costituzione spagnola definisca espressamente la principale caratteristica del diritto di informare – ossia la diffusione di informazioni veritiere – e preveda esplicitamente con quali diritti la manifestazione del pensiero vada primariamente bilanciata, mentre invece la Costituzione italiana ha optato per la massima estensione costituzionale della tutela, rimettendo ai giudici, caso per caso, il compito di porre in essere il necessario bilanciamento tra i diversi interessi costituzionalmente garantiti.

caratterizzano<sup>2</sup>. Ne consegue che ogni Stato democratico presenta caratteristiche peculiari di opinione pubblica e formazione del consenso, mentre permane comune e incontrovertibile l'esigenza che la decisione popolare – nella forma delle elezioni, del referendum o delle sempre più numerose esperienze partecipative e deliberative<sup>3</sup> – rappresenti il precipitato di volontà formatesi in modo “politico”, e quindi consapevole, in una delle tante *ἀγοραί* (politiche, di comunità, televisiva, virtuale) nelle quali si sviluppa il dibattito nelle odierne società occidentali<sup>4</sup>. Anzi, può dirsi che quanto

---

<sup>2</sup> I processi di legittimazione democratica delle istituzioni possono essere, come è stato sottolineato, di tipo formale, composti da regole e procedure, come le elezioni e il voto parlamentare, oppure di tipo informale, basati su giudizi in continua evoluzione, quindi sull'opinione pubblica e sugli atteggiamenti di fiducia o sfiducia dei cittadini verso il sistema politico e i suoi rappresentanti. Sul punto cfr. G. SARTORI, *Opinione pubblica*, in *Enciclopedia del Novecento*, 1979; G. REBUFFA, *Opinione pubblica e democrazia*, in *Il Mulino*, 2003; M. BARISONE, *Le trasformazioni della comunicazione politica nella democrazia del pubblico*, in F. SACCA (a cura di), *Culture politiche, democrazia e rappresentanza*, Milano, 2014. Come sottolineato da J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Bari-Roma, 2002, 35, nelle società moderne emerge la tendenza ad una complessità crescente in cui sempre più interazioni vengono gestite dal sistema dei *media* (denaro e potere) e dove, ancora, più sottosistemi sono creati per gestire questa complessità. Le società moderne si presentano quindi come sottosistemi gestiti dai *media*, la cui principale finalità è la riduzione della complessità. In particolare, la comunicazione nello spazio pubblico si caratterizza per la capacità di alcune componenti del sistema sociale di influire sui *media* (si pensi alla tendenza di ogni gruppo di potere – politico, economico, culturale – di dotarsi di un proprio giornale) e per la presenza di *media* in posizione di oligopolisti della diffusione del pensiero, in grado così di influenzare fortemente la conoscenza e la percezione dei fatti da parte della collettività. Su questi aspetti cfr. F. INTROINI, *Comunicazione come partecipazione*, Milano, 2007, *passim*; J. JACOBELLI, *Politica e Internet*, Soveria Mannelli, 2001.

<sup>3</sup> Crescente importanza stanno assumendo nei sistemi democratici le esperienze partecipative, come i bilanci sociali o i sondaggi informati, nei quali si rinviene un elemento fondante del concetto, anch'esso molto attuale, di democrazia partecipativa, ossia “la previa discussione pubblica caratterizzata dallo scambio di informazioni e argomenti, confortati da ragioni”. Su questi aspetti cfr., tra gli altri, U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione*, in *Democrazia e diritto*, 2/2008; R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, 2011, 271.

<sup>4</sup> Come sottolineato da P. BILANCIA, *Democrazia diretta vs democrazia rappresentativa. Profili problematici nel costituzionalismo contemporaneo*, in *Federalismi.it*, 2017, n. 1, “appare evidente che la democrazia in Rete esiga qualcosa di più. Per assumere una posizione è fondamentale partecipare al dibattito, esprimere le proprie idee, criticare le altrui posizioni, proporre emendamenti: un processo “deliberativo”, infatti, necessita di un incontro tra argomentazioni che giustifichino una decisione finale. Per valutare le ra-

più la manifestazione della volontà popolare è chiamata a produrre esiti deliberativi e non solo meramente elettivi, tanto più assume rilevanza non solo la “presenza” di una opinione pubblica libera e plurale, ma anche la “qualità” della stessa<sup>5</sup>, essendo infatti necessario non solo che essa si formi a valle dell’“acquisizione di un sapere e di una competenza sull’oggetto della decisione da adottare” ma anche che questi ultimi (sapere e competenza) si siano formati su contenuti plurali, attendibili e, nella misura massima possibile, imparziali<sup>6</sup>. Da qui la rilevanza che nei sistemi democratici assume non solo il diritto di informare ma anche quello di “essere informati”, sul quale ci si soffermerà *infra*.

## 2. La libertà di manifestazione del pensiero nella Costituzione italiana

In Italia, come è noto, il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero trova disciplina e tutela nell’art. 21 Cost., che rappresenta una delle più qualificanti disposizioni contenute nella Carta. In esso, infatti, si dà in primo luogo piena attuazione al modello personalistico delineato dall’art. 2 Cost. e nel contempo si conferisce centralità alla libertà di espressione sin da subito concordemente considerata, come sottolineato

---

gioni della accettazione e del rifiuto della proposta in condizioni di parità (*isegoria*) e pervenire ad una deliberazione è necessario seguire un percorso logico che porti alla condivisione o meno di un obiettivo. Ciò presuppone una fase di ascolto, di valutazione e di critica: i presupposti per tale procedimento devono pertanto essere la massima inclusività e la parità delle parti in dibattito. Un percorso orizzontale, come quello che si svolge in qualsiasi agorà, e non guidato dal vertice”.

<sup>5</sup> Su questi aspetti si consenta il rinvio, senza pretesa di esaustività, a A. PAPA, *Democrazia della comunicazione e formazione dell’opinione pubblica*, in *Federalismi.it*, 2017, n. 1. Cfr., altresì, B. CARAVITA, *Il consenso ai tempi dei social*, in *Federalismi.it*, 2018.

<sup>6</sup> In questi termini, Corte costituzionale, sentenza n. 112 del 1993. L’esigenza riferita nel testo evidenzia quanto sia fondamentale, in democrazia, la tutela del diritto di cronaca e nel contempo la garanzia della correttezza del suo esercizio. Come si avrà modo di sottolineare *infra*, tale diritto consente, infatti, la narrazione di un fatto per come esso si è svolto o almeno per come è stato percepito dal giornalista o per come gli è stato riferito. Per questo motivo è elemento fondamentale che la cronaca sia veritiera, o almeno attendibile nelle sue fonti, riguardi fatti o persone di pubblico interesse e che venga riferita, a differenza della critica, in modo asettico e imparziale.