

CREATIVITA' REMUNERATA, CONOSCENZA LIBERATA: FILE SHARING E LICENZE COLLETTIVE ESTESE

**Centro NEXA su Internet e Società
Politecnico di Torino¹**

URL permanente di questo documento:

<http://nexa.polito.it/licenzecollettive>

Il bisogno

Le reti digitali permettono di diffondere contenuti in modo particolarmente efficiente grazie alle tecnologie *peer-to-peer* (BitTorrent, Gnutella, eDonkey, ecc.)², anche note con l'espressione *file sharing* (ovvero, condivisione di *file*).

Tuttavia, il diritto d'autore³ – che pur dovrebbe favorire la diffusione della cultura, l'innovazione ed il progresso sociale – in assenza dell'autorizzazione preventiva di tutti i titolari dei diritti, autorizzazione estremamente onerosa da ottenere, proibisce, quando si abbia a che fare con contenuti tutelati dal diritto d'autore, tale pratica di *file sharing*.

E nonostante che tale problema si ponga ormai da molti anni, è un fatto che, fino ad oggi, i titolari dei diritti non si sono organizzati per rendere disponibili delle licenze globali⁴.

Questo stato di cose causa un pesante sacrificio alla libertà di accesso alla cultura previsto dall'art. 27 co. I della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo⁵, con impatto

1 Questo testo è il risultato, ampliato e esteso, del dibattito emerso nel corso del 3° “Mercoledì di Nexa” del 12 Novembre 2008 (per maggiori informazioni sui “mercoledì di NEXA”, v. <http://nexa.polito.it/events>).

2 Lo scambio di *files* digitali in modalità *peer-to-peer*, utilizzando il potenziale di spontanea collaborazione e condivisione di risorse tra gli utenti, riduce il costo di diffusione dei contenuti (sul punto vedi Y. BENKLER, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, in *The Yale Law Journal*, 2004, 272 ss. e Y. BENKLER, *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, Yale University Press, 2006 New Haven and London, in particolare 83-90). La rete Internet è disegnata secondo il principio *end-to-end* (vedi “RFC 1958 - Architectural Principles of the Internet” - <http://www.ietf.org/rfc/rfc1958.txt>) e quindi è strutturalmente idonea ad abilitare comunicazioni *peer-to-peer*.

3 Nel seguito si tratterà esclusivamente del diritto d'autore. Ma si sottolinea una volta per tutte che, *mutatis mutandis*, le considerazioni esposte con riferimento al diritto d'autore valgono anche per i diritti connessi previsti dalla legge sul diritto d'autore (diritto del produttore di fonogramma: art. 72 l.d.a., diritto del produttore di opere cinematografiche o audiovisive o sequenze di immagini in movimento: art. 78-ter l.d.a., diritto sulla emissione radiofonica e televisiva: art. 79 l.d.a., diritto degli artisti interpreti ed esecutori: art. 80 l.d.a., ecc.) e per gli altri diritti che limitano la diffusione dei contenuti di archivi digitali (per es., le norme sulla circolazione dei beni culturali di cui agli artt. 106 e seg. D. Lgs. 42/2004 - Codice dei beni culturali e del paesaggio).

4 Per licenza globale in questo testo si intende una licenza che copre una pluralità di tipologie di opere e, per ciascuna tipologia, la generalità delle opere di quel tipo.

5 Il quale stabilisce:

Ogni individuo ha diritto a partecipare liberamente alla vita culturale della comunità, a godere delle arti ed

difficile da valutare in maniera quantitativa, ma molto probabilmente ingente in termini di mancato sviluppo culturale ed economico delle nostre società.

Secondo alcuni⁶, i titolari dei diritti incontrano difficoltà insormontabili ad organizzarsi spontaneamente per offrire agli utenti una licenza globale in quanto si trovano in una condizione del tipo “dilemma del prigioniero”: non riescono ad accordarsi per offrire una licenza globale e quindi, non solo rinunciano ai ricavi di questo potenziale mercato, ma costringono anche gli utenti in una condizione subottimale.

Negli ultimi anni, mentre il numero di utenti di reti *peer-to-peer* continuava a crescere, non si è cercato di trovare meccanismi che agevolassero l'incontro della domanda con l'offerta di contenuti digitali, ma di contenere il fenomeno facendo leva sulla forza dissuasiva delle sanzioni penali⁷.

Da ultimo, di fronte all'evidente inadeguatezza di questo approccio, che ha costi sia sociali sia di implementazione troppo alti, si cerca di spostare il funzionamento del meccanismo sanzionatorio dal livello penale a quello amministrativo, coinvolgendo i fornitori di accesso (ISP) nelle attività di controllo⁸.

a partecipare del progresso scientifico ed ai benefici che da questo risultino.

Lo stesso principio è contenuto anche all'articolo 15(1) lett. a) e b) del Patto Internazionale dei Diritti Economici, Sociali e Culturali.

6 Vedi W. PAGE, K. McMAHON, D. TOUVE, *Shadow pricing P2P's: economic impact*, in *Economic Insight*, MCPS-PRS Alliance, 12 del 30.10.08 (per un articolo che ne riporta il contenuto vedi A. ORLOWSKY, *A new economics of P2P file sharing*, in *The Register*, 30.10.08, http://www.theregister.co.uk/2008/10/30/shadow_pricing_p2p/).

7 In Italia, l'art. 171, co. I, lett. a-bis, introdotto con L. 43/2005 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 gennaio 2005, n. 7, recante disposizioni urgenti per l'università e la ricerca, per i beni e le attività culturali, per il completamento di grandi opere strategiche, per la mobilità dei pubblici dipendenti, nonché per semplificare gli adempimenti relativi a imposte di bollo e tasse di concessione. Sanatoria degli effetti dell'articolo 4, comma 1, del decreto-legge 29 novembre 2004, n. 280), sanziona penalmente “*chiunque, senza averne diritto, a qualsiasi scopo e in qualsiasi forma...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*”. Sanzioni più gravi sono previste all'art. 171-ter co. 2 lett. a-bis per chi svolge attività di *file sharing* per fini di lucro. La L. 43/2005 è intervenuta a correggere norme già introdotte con L. 128/04 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 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): il primo atto normativo che ha previsto in Italia sanzioni penali per le attività di *file sharing*.

In Europa, la proposta originaria della Direttiva Europea 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale prevedeva sanzioni penali per il *file sharing*, ma queste venivano omesse nella versione finale. La proposta di Direttiva Europea sulle misure penali in merito all'applicazione dei diritti di proprietà intellettuale (COM/2006/0168 final - COD 2005/0127), non ancora approvata, prevede sanzioni penali per la violazione intenzionale su scala commerciale, tra l'altro, del diritto d'autore e quindi si applica anche alle attività di *file sharing* di contenuti tutelati dal diritto d'autore.

8 L'esempio più noto di questo modello normativo è quello votato dal Senato Francese il 30 Ottobre 2008 ed ora all'attenzione dell'Assemblea nazionale, noto come legge “*Création et Internet*”.

Questa proposta di legge mira ad instaurare un meccanismo di “risposta graduale” contro gli utenti che scambiano opere tutelate ed è il risultato delle raccomandazioni formulate nel rapporto cd. “*Olivennes*” dal titolo “*Sur la lutte contre le téléchargement illicite*”. Ove adottata, la proposta porterebbe all'istituzione di un'autorità amministrativa indipendente, l'HADOPI, alla quale i titolari dei diritti potrebbero rivolgere le loro istanze nel caso di asserite violazioni del diritto d'autore. L'autorità, a seguito di ricerche sui dati di connessione registrati dai fornitori d'accesso (ISP), invierebbe comunicazioni agli utenti avvisandoli del rischio di sanzione. In caso di recidiva, l'HADOPI potrebbe adottare delle sanzioni ivi inclusa la disconnessione coattiva da Internet.

Questo approccio è comunque strutturalmente inadeguato: da una parte, infatti, è in diretto contrasto con diritti fondamentali e di rango costituzionale⁹, dall'altra, non dà soluzione al fallimento del mercato di cui si è fatto cenno sopra.

È quindi doveroso domandarsi come ripensare il regime giuridico del *file sharing* di contenuti tutelati dal diritto d'autore in modo da restituire alla legalità l'enorme potenziale di libertà e di sviluppo sociale, culturale ed economico offerto dalle reti digitali¹⁰.

I termini del problema

In ultima analisi, il problema è collegato alla natura esclusiva dei diritti d'autore. Per realizzare attività di *file sharing* è necessario ottenere autorizzazione all'esercizio di almeno due distinte facoltà:

a) di riproduzione¹¹;

a) di messa a disposizione del pubblico in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente¹².

9 Diritto di privacy, d'accesso alla cultura e d'informazione; vedi, in particolare, la decisione del Garante per la Protezione dei Dati Personali adottata il 28 febbraio 2008 nel caso Peppermint - <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1495246> – nella quale si legge che le società private non possono svolgere attività di monitoraggio sistematico per individuare gli utenti che si scambiano file musicali o giochi su Internet, e la sentenza della Corte di Giustizia europea del 29.01.08 in causa C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) / Telefónica de España SAU* che statuisce: *gli Stati membri, in occasione della trasposizione delle direttive in materia di proprietà intellettuale e di tutela dei dati personali, sono tenuti a fondarsi su un'interpretazione di queste ultime tale da garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario. Inoltre, in sede di attuazione delle misure di recepimento di tali direttive, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme alle dette direttive, ma anche provvedere a non fondarsi su un'interpretazione di esse che entri in conflitto con i summenzionati diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto comunitario, come il principio di proporzionalità* - <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en&Submit=Rechercher&alldocs=alldocs&docj=docj&docop=docop&docor=docor&docjo=docjo&numaff=C-275/06&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100>.

10 In tal senso conclude J.A. POUWELSE, P. GARBACKI, D.H.J. EPEMA, H.J. SIPS, *Pirates and samaritans: a decade of measurements on peer production and their implications for net neutrality and copyright*, in *Telecommunications Policy*, 2008, 701 ss.. Vedi anche W.W. FISHER III, *Promises to keep. Technology, law, and the future of entertainment*, Stanford University Press, Stanford, 2004.

11 La riproduzione consiste nella moltiplicazione in copie in qualsiasi forma, e quindi anche digitale, dell'opera ed è normata in modo omogeneo in tutti i paesi Europei. Per esempio, in Italia, il diritto di riproduzione è previsto all'art. 13 l.d.a. e, ai sensi dell'art. 12 comma 2 l.d.a., è un diritto esclusivo dell'autore. Non va tuttavia dimenticato che vi sono norme che autorizzano la riproduzione dell'opera anche senza il consenso dei titolari dei diritti. Per esempio, l'art. 71-sexies che autorizza *la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi su qualsiasi supporto, effettuata da una persona fisica per uso esclusivamente personale, purché senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali*.

12 L'art. 16 l.d.a. stabilisce che la messa a disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente è una modalità di comunicazione al pubblico e, ai sensi dell'art. 12 comma 2 l.d.a., è un diritto esclusivo dell'autore.

In via generale, le norme di diritto internazionale¹³ e comunitario¹⁴ ammettono delle deroghe alla natura esclusiva del diritto di riprodurre e mettere a disposizione del pubblico in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente sempre che sia garantita la remunerazione dei titolari dei diritti.

Possibili soluzioni

In linea di principio possono soddisfare l'esigenza di liberalizzare l'accesso e la diffusione dei contenuti tutelati dal diritto d'autore, garantendo la remunerazione dei titolari dei diritti, tre diversi approcci:

a) fiscalità generale

Lo stato remunera i titolari dei diritti utilizzando risorse raccolte attraverso l'imposizione fiscale generale¹⁵;

b) tassa di scopo

Viene prevista una tassa specificamente destinata ad attribuire un equo compenso ai titolari dei diritti per le attività liberalizzate¹⁶;

c) licenza

Si stabilisce che i diritti siano esercitati dagli enti di gestione collettiva che rendono disponibile una licenza che autorizza a svolgere attività di *file sharing*.

La licenza istituita dalle norme può consistere in una:

- licenza obbligatoria¹⁷;
- licenza collettiva estesa¹⁸.

13 In particolare, l'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (detto anche Accordo TRIPS) agli artt. 13, la Convenzione di Berna agli artt. 9.2, 11.2, ed il Trattato OMPI sul diritto d'autore (WCT) agli artt. 8 e 10 (e v. anche le dichiarazioni concordate n. 9 relativa all'art. 8 e n. 10 relativa all'art. 10).

14 In particolare la Direttiva Europea CE del 22-05-2001, n. 2001/29 *Sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione* (o Direttiva 2001/29/CE). Vedi nota 19.

15 Per esempio, si è proceduto secondo questo modello normativo fiscalizzando in via generale la remunerazione dei titolari dei diritti per il prestito da parte delle biblioteche e discoteche dello stato (vedi L. 286/2006 art. 2, comma 132).

16 Per esempio, per il *file sharing*, una norma potrebbe assoggettare l'accesso ad Internet ad un prelievo a carico di ciascun utente, individuando il provider come sostituto di imposta, e destinare la parte del corrispettivo di accesso ad Internet corrispondente al prelievo a favore dei titolari dei diritti.

17 Con la licenza obbligatoria la contrattazione collettiva è imposta per legge come modalità obbligatoria di negoziazione dei diritti. In questo caso il diritto perde la sua natura di diritto esclusivo e si trasforma in diritto a compenso. Tale tecnica legislativa degrada il diritto esclusivo in diritto a compenso e può, pertanto, essere adottata solo nei casi in cui è ammessa dal diritto internazionale e comunitario applicabile.

18 La norma istituisce un meccanismo in forza del quale enti di gestione collettiva (sufficientemente rappresentativi dei titolari dei diritti, come per esempio, la S.I.A.E.) gestiscono per conto degli aventi diritto la licenza dei diritti.

Gli enti di gestione collettiva negoziano i termini della licenza con enti esponenziali dei potenziali licenziatari, di modo che la licenza negoziata viene offerta a questi ultimi per la loro adesione.

La licenza si estende *ex lege* alle opere di titolari dei diritti non iscritti all'ente di gestione collettiva che partecipa all'accordo.

Le licenze collettive estese

In riferimento alle soluzioni possibili sopra delineate, la domanda che si pone è: un paese membro dell'Unione Europea può adottare norme che abilitano il *file sharing* secondo una (o più) delle tecniche normative di cui sopra ?

Per rispondere a questa domanda è necessario verificare la legittimità della tecnica normativa alla luce del diritto internazionale e comunitario.

L'adozione di una norma nazionale che autorizzi a riprodurre contenuti protetti nel quadro di attività di *file sharing* legittime, perlomeno per alcune categorie di opere, non sembrerebbe porre problemi particolari¹⁹.

Una norma che ponga limiti o eccezioni al diritto esclusivo di messa a disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente dovrebbe fare i conti col disposto della Direttiva 2001/29/CE²⁰.

Alla luce della Direttiva 2001/29/CE sarebbero quindi illegittime sia una norma nazionale che autorizzasse una riproduzione non limitata a singole categorie di opere, sia una norma che degradasse il diritto esclusivo di messa a disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti

Ciò nonostante, questa tecnica normativa non incide sulla natura esclusiva dei diritti: essa infatti prevede espressamente che i titolari dei diritti possano optare di non autorizzare l'applicazione della licenza alle loro opere.

I titolari di diritti non iscritti agli enti di gestione collettiva che gestiscono i proventi delle licenze hanno facoltà di richiedere il corrispettivo per l'uso delle loro opere entro un certo periodo. Non pare che la tecnica della licenza collettiva estesa violi il disposto dell'art. 5.2 di Berna (ai sensi del quale è vietato istituire delle formalità che condizionano l'esercizio dei diritti): infatti, anche a ritenere che la comunicazione di *opt-out* integri gli estremi della formalità ai sensi del suddetto art. 5.2, il che è tutt'altro che sicuro, va considerato che la stessa non è obbligatoria ma opzionale, essendo sempre possibile per i titolari dei diritti esercitare i propri diritti per tramite degli enti di gestione collettiva senza alcuna formalità.

19 Infatti la Direttiva Europea 2001/29/CE, mentre all'art. 2 fissa il principio secondo cui il diritto di riproduzione è un diritto esclusivo, all'art. 5.2(b) dispone:

Gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione di cui all'articolo 2 per quanto riguarda:

(omissis)

b) le riproduzioni su qualsiasi supporto effettuate da una persona fisica per uso privato e per fini né direttamente, né indirettamente commerciali a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso che tenga conto dell'applicazione o meno delle misure tecnologiche di cui all'articolo 6 all'opera o agli altri materiali interessati.

Questa deroga potrebbe essere utilmente utilizzata, entro i limiti in essa previsti, per autorizzare la riproduzione posta in essere nel quadro di attività di *file sharing* legittime.

Ma è necessario tenere conto anche dei limiti previsti all'art. 5.5 della stessa direttiva che dispone:

Le eccezioni e limitazioni di cui ai paragrafi 1, 2, 3 e 4 sono applicate esclusivamente in determinati casi speciali che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare.

20 L'art. 3 della Direttiva Europea 2001/29/CE fissa il principio secondo cui il diritto di comunicazione al pubblico, ivi incluso il diritto di messa a disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, è un diritto esclusivo. Non è però prevista la facoltà per gli stati membri di disporre eccezioni o limitazioni a questa facoltà esclusiva simili a quelle previste all'art. 5.2(b) per il diritto di riprodurre.

individualmente a mero diritto a compenso.

Pertanto, alla luce del vigente quadro normativo le tecniche della fiscalità generale, della tassa di scopo e della licenza obbligatoria non possono essere adottate da uno stato membro dell'UE.

La tecnica della licenza collettiva estesa potrebbe invece essere presa in considerazione come soluzione, in quanto:

- già oggi è utilizzata diffusamente e con grande successo nei paesi nordici²¹,
- essa non incide sulla natura (esclusiva) del diritto in quanto consiste in una modalità di gestione del diritto che non è obbligatoria²² e quindi non degrada il diritto esclusivo in diritto a mero compenso,
- realizza un equilibrato bilanciamento del diritto fondamentale degli autori alla tutela dei loro interessi morali e materiali con quello di tutti all'accesso alla cultura²³,
- è indicata come soluzione al problema delle opere orfane nel “*Final report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works*” adottato dall'High Level Expert Group – Copyright Subgroup²⁴, e, soprattutto,
- è espressamente prevista e fatta salva dalla direttiva 2001/29/CE al considerando 18²⁵.

Le licenze collettive estese sembrano pertanto utilizzabili da parte d'uno Stato Membro dell'Unione Europea per liberalizzare il *file sharing* di contenuti tutelati dal diritto d'autore.

Conclusioni

E' ora che il dibattito sul *file sharing* si liberi dal veleno dello sterile scontro sulla cosiddetta pirateria per approfondire, con spirito inclusivo, soluzioni che permettano di

21 Nei paesi nordici le licenze collettive estese sono utilizzate, per esempio, per licenziare i diritti di *broadcasting* di opere letterarie e musicali, per autorizzare il *re-broadcasting*, la riproduzione di opere per fini educativi, la distribuzione di opere digitalizzate da parte delle biblioteche, ecc.

Per una descrizione del modello delle licenze collettive estese nei paesi nordici vedi: T. KOSKINEN-OLSSON, *Collective Management in the Nordic countries*, in D. Gervais (a cura di), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, Kluwer Law International, BV, The Netherlands, 2006, 257 ss.; H. OLSSON, *The Extended Collective License as Applied in the Nordic Countries* (<http://www.kopinor.org/layout/set/print/content/view/full/2090>) e AA. VV., *Extended Collective License. The nordic solution to complex copyright questions*, (<http://www.kopinor.org/layout/set/print/content/view/full/1605>).

22 Vedi nota 18.

23 La necessità di contemperare questi due principi è chiaramente espressa dall'art. 27 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948. Infatti, se l'art. 27 comma II della stessa stabilisce che “*Ogni individuo ha diritto alla protezione degli interessi morali e materiali che gli spettano in ragione delle produzioni scientifiche, letterarie ed artistiche delle quali sia autore*”, il I comma dello stesso articolo 27 recita: “*Ogni individuo ha diritto a partecipare liberamente alla vita culturale della comunità, a godere delle arti ed a partecipare del progresso scientifico ed ai benefici che da questo risultano*”.

24 http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/reports/copyright/copyright_subgroup_final_report_26508-clean171.pdf

25 Recita il considerando 18 della Direttiva 2001/29/CE: *La presente direttiva lascia impregiudicate le modalità di gestione dei diritti, quali le licenze collettive estese, in vigore negli Stati membri.*

conciliare la remunerazione dei detentori dei diritti con un ampio accesso alla conoscenza da parte di tutti. Le licenze collettive estese possono contribuire a far sì che il *file sharing*, da problema, si trasformi in opportunità di crescita sociale ed economica per il nostro Paese.

Torino, 15 marzo 2009

Hanno contribuito a questo documento:

Marco Ciurcina, *NEXA fellow*

Juan Carlos De Martin, *NEXA co-director*

Thomas Margoni, *NEXA fellow*

Federico Morando, *NEXA managing director & fellow*

Marco Ricolfi *NEXA co-director*

© NEXA, 2009 – Alcuni diritti riservati

Quest'opera è utilizzabile secondo i termini della licenza [Attribuzione-Condividi allo stesso modo 2.5 Italia](#)²⁶.

²⁶ Il testo della licenza è disponibile al sito <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/2.5/it/>.