



**CONSULTAZIONE PUBBLICA SULLO SCHEMA DI REGOLAMENTO IN MATERIA DI TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE SULLE RETI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA E PROCEDURE ATTUATIVE AI SENSI DEL DECRETO LEGISLATIVO 9 APRILE 2003, N. 70**

**Osservazioni del Centro Nexa for Internet & Society sullo schema di regolamento di cui all'allegato A) alla delibera n. 452/13/CONS del 25 luglio 2013**

Il Centro Nexa su Internet & Società (nel seguito: Centro Nexa) è un centro di ricerca indipendente del Politecnico di Torino (DAUIN) che dal 2006 studia in maniera quantitativa e multidisciplinare Internet e il suo impatto sulla società.

Il Centro ha aderito alla consultazione sui lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica di cui alla delibera 668/10/CONS, ed alla successiva consultazione sul primo schema di regolamento di cui all'allegato A) alla delibera 398/11/cons.

**PREMESSA**

Ancor prima di entrare nel merito, riteniamo opportuno premettere alcune osservazioni.

L'adozione dello schema di regolamento sottoposto a consultazione è intempestiva e rischia di porsi in contrasto con le iniziative europee in corso di discussione e di approvazione. Più precisamente, il 23 aprile del 2013 la Commissione UE ha pubblicato un Commission Staff Working Document intitolato "E-commerce Action Plan 2012-2015. State of Play 2013".<sup>1</sup> Al punto 3.4 è descritta l'iniziativa orizzontale (main action 12) che la Commissione intende adottare in materia di notice-and-take down. La motivazione di questa iniziativa sta in ciò, che esiste una eccessiva frammentazione e conseguente incertezza giuridica dovuta alla differenza fra le soluzioni adottate in questo campo dagli Stati membri. L'adozione dello schema di regolamento ora proposto dall'AGCOM aumenterebbe questa frammentazione ed incertezza. Inoltre, l'iniziativa si sovrapporrebbe al dialogo strutturato fra gli stakeholders in materia di diritto d'autore (su cui v. <http://ec.europa.eu/licences-for-europe-dialogue/en/content/about-site>), ponendosi così in possibile contrasto con i risultati che vanno maturando in quel contesto. L'iniziativa italiana è anche da questo punto unilaterale ed intempestiva; e rischia di contravvenire ai doveri di lealtà cui sono tenute le istituzioni degli Stati membri.

D'altra parte, l'iniziativa italiana risulta immediatamente inadeguata, fragile e dannosa anche se la si osserva in prospettiva meramente interna. Essa risente

<sup>1</sup> Reperibile a [http://ec.europa.eu/internal\\_market/e-commerce/docs/communications/130423\\_report-e-commerce-action-plan\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/communications/130423_report-e-commerce-action-plan_en.pdf)



## Nexa Center for Internet & Society Politecnico di Torino

infatti dell'assenza di norme di legge che attribuiscono ad AGCOM i poteri necessari per disegnare un sistema di *enforcement* amministrativo dei diritti d'autore e connessi online coerente ed efficace. Il segno più evidente di questo difetto genetico è costituito dalla previsione di procedure e rimedi diversi a seconda che l'autore della violazione sia un "fornitore di servizi di media audiovisivi" oppure qualunque altro *content provider* (sempre che sia davvero questo l'obiettivo perseguito dal regolamento: cosa di cui non si è certi, attesa la nebulosità delle definizioni in esso impiegate e l'impossibilità dunque di stabilire con esattezza destinatari e contenuto delle norme). Ai primi è dedicato il Capo IV, che disegna un procedimento garantista e costruito intorno all'idea, in realtà scontata, che l'Autorità agisca nei confronti dell'autore della violazione, cioè del soggetto che diffonde in rete contenuti protetti senza averne il diritto, ed emani eventualmente nei suoi confronti l'ordine di rimuovere i contenuti illeciti, pena l'applicazione di sanzioni pecuniarie. Tutti gli altri *content provider* sono considerati invece nel Capo III, che traccia procedure assai singolari. A tacer d'altro, qui l'Autorità non procede infatti nei confronti del *content provider* ma contro i fornitori di servizi internet (*access, cache e host provider*) che rendono accessibili in rete le informazioni da lui diffuse. Per conseguenza, anche il provvedimento che conclude la procedura non è diretto contro l'autore dell'illecito e non consiste nell'ordine di cessare la diffusione dei contenuti contestati: è emesso invece nei confronti di soggetti terzi (gli *internet service provider*) e, se eseguito, determina l'inaccessibilità immediata dei contenuti illeciti. Nelle pagine che seguono si avrà modo di tornare più volte sull'illogicità ed inammissibilità di questa differenza di trattamento, così come della separazione dei procedimenti da cui essa deriva. Qui preme tuttavia segnalare *in limine* che essa non è il risultato di una scelta razionale da parte dell'Autorità, ma della sua ostinazione a voler trovare nelle pieghe dell'ordinamento giuridico disposizioni che le attribuiscono esplicitamente od implicitamente poteri normativi e provvedimentali per la tutela del diritto d'autore online, salvo poi accorgersi che questi poteri non li ha o non sono sufficientemente ampi da consentirle di dettare una disciplina unitaria e razionale. Sul piano strettamente giuridico, l'esito è dunque negativo per le ragioni che si indicheranno dettagliatamente di seguito. Sul piano dell'opportunità, della correttezza istituzionale e del rispetto dei principi fondamentali sulla ripartizione dei poteri all'interno dell'ordinamento costituzionale la valutazione d'insieme non può essere meno severa.

### CAPO I Principi generali

**D.1.** Si rileva che la domanda "se si condividano" delle definizioni va correttamente intesa come domanda sulla idoneità della definizione rispetto alla disciplina proposta. Da questo punto di vista va subito osservato che la definizione di cui alle lett. f) e g), che pure potrebbe essere condivisibile in astratto, è origine di ambiguità per il modo in cui essa è impiegata agli artt. 8 e 9. Non vi è dubbio che il Capo III si applichi, secondo la sua stessa intitolazione, alle sole procedure ai sensi del d.lgs. n. 70 del 2003; e che queste procedure abbiano come destinatari (come chiarito al 1° comma dell'art. 9 dello schema) i soli prestatori di servizi di cui alla lett. g) dell'art. 1. Non si vede quindi perché, dopo avere distinto fra prestatori di servizi della



società dell'informazione e prestatori di servizi intermediari, ed avere dedicato ai primi la lett. f) ed ai secondi la lett. g), nell'articolo (v. anche art. 8) si faccia riferimento ad una nozione di "prestatori di servizi" senza chiarire se le diverse norme alludano agli uni, agli altri od ad entrambi. Questo modo di normare si pone sicuramente in contrasto con i doveri di "qualità della legislazione" derivanti dall'art. 52 della Carta Europea dei diritti fondamentali, ricordati dalle parole dell'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón presentate il 14 aprile 2011, nel caso «Scarlet Extended», cit. (corsi aggiunti), per rendersi conto della violazione degli standard richiesti.<sup>2</sup>

In questo caso, infatti, le definizioni contribuiscono ad oscurare anziché chiarire quali siano i destinatari delle norme.

**D.1.2.** Da questo punto di vista, la nozione di "gestore della pagina internet" non fa che aggravare la situazione. E' infatti chiaro che il "gestore della pagina internet" definito alla lett. h) è normalmente un "prestatore di servizi della società dell'informazione" ai sensi della lett. f) e, in un buon numero di situazioni, anche un "fornitore di servizi di media" secondo la lett. o). Queste sovrapposizioni incontrollate conducono ad effetti paradossali. Nelle procedure disciplinate dal Capo III lo stesso soggetto può infatti essere destinatario di un primo set di regole (quelle che si riferiscono al "gestore della pagina internet") e simultaneamente di un secondo gruppo di norme (quelle che si riferiscono al prestatore di servizi). La confusione aumenta se si considerano le procedure di cui al Capo IV. Qui infatti il gestore di pagine internet entra in gioco come "fornitore di servizi di media audiovisivi" ed è potenziale destinatario di misure che perseguono finalità identiche a quelle disciplinate nel capo III ma con modi assai più gentili. Ma, se così è, nei confronti del gestore della pagina internet che sia anche fornitore di servizi di media audiovisivi (ad es. quando egli gestisca il sito internet di una televisione tradizionale), l'Autorità dovrebbe poter procedere ai sensi del capo III oppure secondo le regole del capo IV. Se invece ha di fronte un *uploader* o un gestore di pagine internet che non sia fornitore di servizi media audiovisivi (ad es. se il sito ospita un giornale o un blog), l'unica strada sono le misure draconiane disciplinate nel capo III. A meno che, come si noterà più avanti, i fornitori di servizi di media audiovisivi non siano invece implicitamente sottratti alla disciplina del Capo III (v. D.11.1): ciò che condurrebbe però a riconoscere loro un trattamento di favore apparentemente ingiustificato.

**D.1.3.** La definizione di "opera digitale" aggiunge confusione a confusione. Per le ragioni ora indicate, lo schema di regolamento non consente d'individuare in modo immediato i soggetti ai quali si riferiscono le norme in esso contenute. Come se non bastasse, la definizione di "opera digitale" introduce un elemento di assoluta incertezza anche rispetto all'oggetto della tutela; e getta anzi un'ombra sinistra sulle

---

<sup>2</sup> "95. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato a più riprese che le disposizioni della CEDU che subordinano l'ingerenza nell'esercizio di un diritto o la restrizione all'esercizio di una libertà da essa garantiti alla condizione che essa sia «prevista dalla legge» implicano non solo che il provvedimento abbia un fondamento normativo in quanto tale, abbia «un fondamento di diritto interno», ma impongono altresì esigenze relative, per riprendere l'espressione impiegata da detta Corte, alla «qualità della legge in questione». Tale «legge», infatti, deve essere «sufficientemente accessibile e prevedibile, vale a dire formulata in modo molto preciso per consentire all'interessato – avvalendosi, ove necessario, di consulenti esperti – di regolare il proprio comportamento», di «prevederne le conseguenze per sé» e «di prevedere, con sufficiente grado di ragionevolezza nelle circostanze del caso di specie, le possibili conseguenze di un determinato atto»".



## Nexa Center for Internet & Society

Politecnico di Torino

modalità complessive di funzionamento dei rimedi previsti dall'articolato.

Anzitutto, il concetto stesso di "opera digitale" è frutto di un fraintendimento. Non esistono infatti opere digitali ed opere analogiche: se mai, esistono esemplari analogici o digitali di opere dell'ingegno.

Siccome poi tutte le opere dell'ingegno possono essere tradotte in bit, è due volte sbagliato definire il concetto di "opera digitale" a partire dal suo carattere, ed in particolare dalla circostanza che esso sia "sonoro, audiovisivo, videoludico ed editoriale". Perché mai una fotografia, un disegno o un progetto espressi in bit non dovrebbero essere "opere digitali"? Se l'Autorità, come si è sin qui assunto, intende in realtà tutelare tutte le categorie di opere dell'ingegno e prestazioni oggetto di diritti d'autore o connessi, non c'è motivo che elabori una sua definizione di "opera digitale": è sufficiente che rinvii alle norme di legge in cui si trova la nozione di "opera dell'ingegno"; ed anzi dovrebbe rendere opportunamente manifesto che l'oggetto della protezione non sono solo le creazioni protette dal diritto d'autore, ma anche i contenuti protetti (anche o soltanto) da diritti connessi, come ad es. le emissioni radiotelevisive, i fonogrammi, le sequenze di immagini in movimento o gli audiovisivi sportivi. Se, viceversa, l'Autorità intende selezionare alcune categorie di opere e prestazioni protette per applicare soltanto ad esse il regolamento, dovrebbe però considerare che nessuna norma dell'ordinamento sembra attribuirle il potere di offrire un trattamento giuridico diverso (a seconda dei punti di vista migliore o peggiore) ad alcune categorie di opere. Atteso che la legge tutela allo stesso modo tutte le opere dell'ingegno, l'introduzione di un regime differenziato per mezzo di un regolamento violerebbe il principio di legalità, tanto più se la discriminazione non è fondata su ragioni obiettive, solide e trasparenti. In ogni caso, non sarebbe comunque saggio perseguire questo obiettivo con il ricorso a categorie dai contorni vaghi, peraltro prive di riscontro nelle fonti sovraordinate. Così, ad esempio, è tutt'altro che chiaro che cosa sia un'opera "editoriale", a maggior ragione se si considera che la legge sul diritto d'autore intende per editore colui che pubblica un'opera a stampa (art. 118 l.a.): un'opera che per definizione non è "digitale"!

A nulla giova l'ulteriore riferimento nella definizione al fatto che deve trattarsi di opere "diffuse su reti di comunicazione elettronica". Un conto è infatti la natura dell'opera o del supporto che la ospita, un altro conto sono le modalità di circolazione: ed infatti nulla impedisce di utilizzare come sorgente di una comunicazione elettronica un'opera ospitata su un supporto analogico o di trasmettere via internet una copia fotografica di un dipinto. Si può peraltro immaginare che l'Autorità abbia inteso manifestare con questa parte della definizione che le norme del regolamento si riferiscono soltanto ad alcune utilizzazioni di qualunque opera dell'ingegno; se così è, la sede opportuna non è però l'art. 1, ma l'art. 2, che definisce per l'appunto finalità ed ambito di applicazione del regolamento.

Da ultimo, se la logica e le categorie ordinarie del diritto d'autore suggeriscono effettivamente che il concetto di "opera" includa anche quello di "parte di opera", desta assoluta sorpresa la possibilità di considerare "opera" una "pluralità di opere". Qui l'intento perseguito dal regolamento appare davvero oscuro. Non occorre infatti una norma regolamentare per dire che un'opera dell'ingegno può essere il risultato di una pluralità di apporti creativi, eventualmente distinguibili ed autonomamente protetti (come avviene nel caso delle opere composte o collettive). Da questo punto di vista, la definizione è dunque certamente pleonastica. Se invece il



## Nexa Center for Internet & Society Politecnico di Torino

regolamento intende così maldestramente dire che la violazione di una pluralità di diritti (omogenei o eterogenei) su "opere" diverse può essere fatta valere nell'ambito del medesimo procedimento (siccome esse sono considerate convenzionalmente come una sola "opera"), la disposizione risulta davvero mal congegnata. E' infatti evidente che non è la definizione di "opera" la sede opportuna per risolvere una questione che attiene invece al procedimento davanti all'Autorità.

Si ha talora l'impressione che i redattori della bozza di regolamento abbiano voluto dare la prova liquida e documentale delle frontiere estreme cui si può pervenire nel disattendere il precetto della "qualità della legge" che ci è imposto dalla nostra partecipazione all'Unione europea. Dimenticando in questo modo, fra l'altro, che la richiesta di chiarimenti dalla Commissione europea, effettuata con la missiva 31/10/2011 a firma del Commissario Kroes pervenuta in seguito alla notifica del testo precedente del 2011, aveva avuto per oggetto proprio l'innumerabile quantità di previsioni imprecise, talora oscure, talora incomprensibili di cui già la bozza precedente ci aveva voluto gratificare.

**D.1.4.** Quanto alla definizione di *link* o *tracker*, vale l'osservazione iniziale. La definizione è tecnologicamente corretta; ma è usata in un contesto che non considera che l'esistenza di un *link* di per sé non costituisce mai né trasmissione né comunicazione al pubblico di opera e quindi non può mai assumere rilievo come violazione diretta del diritto d'autore, ma solo nella prospettiva del concorso nell'illecito di contraffazione di diritto d'autore (sul punto v. lo scritto, un *Amicus Curiae brief*, cui ha contribuito uno degli autori di questa risposta, *The Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson*, in *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 6/2013*, disponibile a [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2220326](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2220326)).

**D.1.5.** Dal canto suo la definizione di disabilitazione dell'accesso mostra al massimo grado l'equivoco sopra segnalato. Qui l'equivoco concerne addirittura il nucleo centrale della definizione: che concerne l'accesso "al sito internet"; ed ignora che le stesse norme europee che si assumono essere facoltizzanti questa disabilitazione, non discorrono mai di disabilitazione dell'accesso ad un sito ma di una "disabilitazione dell'accesso alle informazioni" (par. 3 dell'art. 14 della direttiva *e-commerce*). Quindi, la definizione è corretta: ma solo nel senso che indica assai chiaramente che cosa la direttiva non consente.

### CAPO II

#### Misure per favorire lo sviluppo e la tutela delle opere digitali

**D.3.1** (ma anche **D.2.1** e **D.4.4**). Esprimiamo il più netto dissenso rispetto alla posizione assunta dall'art. 3.1 (ma anche dall'art. 2.1) nell'individuare fra le competenze dell'Autorità la promozione dell'educazione degli utenti alla legalità nella fruizione delle opere, con particolare riferimento ai più giovani.

È universalmente riconosciuto che il passaggio dal formato analogico a quello digitale ha comportato, accanto ad innumerevoli benefici, uno specifico problema relativo alla disponibilità di strumenti educativi nel processo formativo delle giovani generazioni. In passato, non era necessario fare copie di un libro, per poterlo



## Nexa Center for Internet & Society

Politecnico di Torino

leggere. Tantomeno era necessario fare una copia di un testo, per poterlo prendere come base per un'attività formativa. Oggi per un verso la formazione delle generazioni presenti e future richiede l'apprendimento di tecniche di manipolazione non solo di testi scritti, ma anche di immagini e di suoni; e per altro verso tutti e ciascuno degli ingredienti che costituiscono il necessario punto di partenza dei nuovi percorsi formativi devono essere oggetto di riproduzione tramite strumenti digitali, prima di potere essere rielaborati. Questo nuovo contesto crea senza dubbio anche un problema incidentale ma non secondario: e cioè che, se gli ingredienti di questi percorsi di apprendimento sono coperti dal diritto d'autore, la loro riproduzione anche all'interno di un percorso formativo può rendere necessario il conseguimento di un'autorizzazione degli aventi diritto (in particolare se non siano applicabili le limitazioni ed eccezioni al diritto d'autore). Vi è però un problema primario che deve essere visualizzato con assoluta precedenza: che nelle nostre società ed in particolare nel nostro paese i percorsi formativi sono ancora totalmente dominati dalla componente scritta e testuale, che gli stessi insegnanti, che tutti si collocano al di qua del *digital divide*, non hanno dimestichezza con il lavoro basato sulle componenti non testuali. In questo contesto, i paesi più attenti agli obblighi delle generazioni presenti nei confronti delle generazioni future hanno già da tempo incominciato ad interrogarsi su come sia possibile ri-orientare apprendimento, formazione a mansioni coerenti con la nuova realtà socio-economica e pensiero critico in modo che questi processi siano calibrati su contenuti anche a-testuali. Così, si è compreso come la capacità di dominio del linguaggio HTML deve partire da età assai ridotta; che gli stessi insegnanti debbono essere condotti a rimettere a punto le proprie capacità di governo degli strumenti digitali e così via. Significative sono sotto questo profilo le iniziative del governo Cameron in Gran Bretagna, che, pur non essendo particolarmente caratterizzato da forme di radicalismo ideologico o culturale, ha attribuito priorità alla ridefinizione degli obiettivi di apprendimento a-testuale ed al radicale riposizionamento del capitale di conoscenze tecnologiche dei formatori oggi in servizio e da assumere nei prossimi anni.

Questo è il grande compito che ci troviamo di fronte; non quello di ottenere le *copyright clearances* che fossero necessarie nel compimento dei percorsi, anche se non si può negare che le nuove modalità di insegnamento dovranno necessariamente, come è giusto, fare i conti anche con questo aspetto.

Da questo punto di vista, il richiamo al "riconoscimento della centralità del ruolo dell'educazione degli utenti alla legalità nella fruizione delle opere digitali nel contrasto alle violazioni del diritto d'autore nelle opere digitali" non coglie nel segno. Pensiamo al periodo successivo alla caduta del regime fascista. Il compito che si poneva allora di fronte a tutti era quello di dare nuovo spazio e fiato alla libertà di espressione; a modalità democratiche e civili di dialogo e di confronto. Sarebbe stato ben curioso che il Ministero dell'Università o dell'Istruzione avesse, in quel contesto, assunto una "centralità del ruolo dell'educazione" degli studenti ad evitare i reati di calunnia e diffamazione. In quel momento, in quel contesto centrale era la educazione alla libertà di espressione ed al dialogo (tant'è che vennero inseriti di lì a poco corsi di educazione civica e sulla Costituzione). Così anche oggi ci sono temi centrali (l'educazione all'uso di strumenti digitali; la formazione dei formatori) e poi ci sono altri temi che non sono centrali, rispetto al precedente, ma che ne costituiscono un corollario sacrosanto ma marginale.



## Nexa Center for Internet & Society

Politecnico di Torino

Ora, è perfettamente comprensibile – e doveroso – che gli aventi diritto e le loro organizzazioni insistano anche su questi profili. Non è però accettabile che questo punto di vista, che è un punto di vista parziale e derivato, venga assunto come centrale da un'Autorità indipendente, che dovrebbe secondo le sue stesse leggi istitutive proporsi a) di rappresentare l'interesse generale; e b) in un'ottica di indipendenza dagli interessi sezionali. In questo caso la norma – e la motivazione che la sorregge – mostrano un completo fraintendimento di entrambi questi punti ed un palese tradimento della missione istituzionale dell'Autorità.

**D.3.3.** Il tema dei codici di condotta che potrebbero essere adottati dai soggetti indicati alle lett. f), g) ed h) dell'art. 1 apre scenari che non sono particolarmente noti in Italia, ma che hanno conosciuto una discussione piuttosto intensa in alcuni paesi (Irlanda, USA: in argomento N. Suzor-B. Fitzgerald, *The Legitimacy of Graduated Response Schemes in Copyright Law*, in *University of New South Wales Law Journal*, 2011, 1 ss., a 25 ss.) e contano di qualche prima esperienza pratica di applicazione nel campo dei marchi (v. [http://ec.europa.eu/internal\\_market/iprenforcement/docs/memorandum\\_04052011\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/memorandum_04052011_en.pdf); il report del 18 aprile 2013 è disponibile a [http://ec.europa.eu/internal\\_market/iprenforcement/docs/memorandum\\_04052011\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/memorandum_04052011_en.pdf)), con cui varrebbe la pena di confrontarsi per verificarne la rilevanza nel campo del diritto d'autore. Da questo punto di vista ci permetteremmo di suggerire che l'Autorità si astenga dal "promuovere l'elaborazione di codici di condotta", visto che la materia, come è implicitamente riconosciuto dal testo dell'art. 4 e dalle domande relative, merita di essere inizialmente esplorato prima di prendere iniziative. Buttare il cuore oltre l'ostacolo può essere segno di coraggio degli individui, ma non è buona pratica per le istituzioni.

**D.4.2. e 3.** Valgono anche per il Comitato le osservazioni formulate al punto **D.3.3.**: è prematuro l'incoraggiamento di intese tra le categorie menzionate alla lett. a) del 1° comma dell'art. 4, in assenza di un retroterra di studi e di riflessioni.

A questo proposito, va comunque compiuta una distinzione fondamentale. Immaginiamo che si segua l'idea, che si sta affacciando, di contrastare le violazioni in rete non tanto sanzionando gli ISP ma seguendo l'approccio noto con lo slogan "*follow the money*". Esplorando questa premessa, è indispensabile rendersi conto che il coinvolgimento degli operatori di pubblicità e dei prestatori di servizi di pagamento operano con modalità assai diverse fra di loro. Un operatore di rete che avesse perso l'abilità di ricevere pagamenti attraverso i prestatori di servizi di pagamento sarebbe condannato a morte: subirebbe un vero e proprio infarto finanziario, irreversibile anche se poi si accertasse che l'operato che aveva dato luogo alle contestazioni era in tutto od in parte legittimo. Da questo punto di vista, l'accesso ai prestatori di servizi di pagamento va considerato come componente della **infrastruttura** degli ecosistemi digitali. Diverso è il caso della pubblicità: non necessariamente la sospensione della pubblicità significa lo strangolamento dell'operatore di rete, che potrà avere modelli di business più articolati o rivolgersi ad operatori pubblicitari anche diversificati.

Da questo punto di vista la raccomandazione del Centro Nexa è quella di far precedere la riflessione all'azione, per le ragioni poc'anzi esposte; ma anche di promuovere la consultazione di soggetti istituzionali pubblici e privati (come l'AGCM ed



il Giurì di autodisciplina pubblicitaria) che non si sono improvvisati competenze in queste materie ma le hanno formate lungo diversi decenni.

**D.4.4.** In stretto collegamento con le riflessioni di cui al precedente punto **D.3.1.** riteniamo che anche solo ipotizzare "un ruolo attivo del Comitato nel curare la realizzazione di campagne informazione e di educazione alla legalità" sia, per usare un eufemismo, assolutamente fuori luogo e fuori tempo.

### **CAPO III**

#### **Procedure a tutela del diritto d'autore online ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70**

**D.5. e D.6.** L'introduzione di procedure che attuino le generiche previsioni contenute agli artt. 14, 15 e 16 del d.lgs. 70/2003 dovrebbe fondarsi sull'individuazione dei diversi interessi meritevoli di protezione e realizzarsi attraverso regole che siano capaci di garantire i diritti fondamentali principalmente dei soggetti nei confronti dei quali si intende far valere la protezione, costituiti nel caso che ci occupa dagli eventuali autori della violazione di diritti d'autore e dagli *internet service providers* cui si chiede d'impedire la circolazione dei contenuti illeciti. Come noto, le regole di un procedimento, nel formalizzare i rapporti tra "autorità" e "libertà", sono usualmente lo specchio dei valori e delle finalità perseguite da chi le promulga.

A fronte delle condivisibili, e fin anche ovvie, enunciazioni di principio portate dall'art. 2, comma 2, del regolamento, che individua i diritti fondamentali potenzialmente "toccati" dai provvedimenti proposti, le procedure sottoposte a consultazione paiono assolutamente inadeguate alla loro genetica funzione di "garanzia".

Le direttive 2001/29/CE – sostanzialmente coeva alla direttiva *e-commerce* – e soprattutto la c.d. IPRED 2004/48/CE – attuata in Italia con il d.lgs. 140/2006 – con specifico riferimento alla tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi hanno espressamente riservato all'Autorità Giudiziaria gli interventi "nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un diritto d'autore o diritti connessi" mantenendo ferme ovviamente le disposizioni di limitazione della responsabilità di cui alla direttiva 2000/31/CE. E tale scelta di "giurisdizionalizzazione", di cui era conscio anche il nostro legislatore in sede di attuazione delle predette direttive "verticali" nonché negli interventi che si sono susseguiti sulla l.d.a., trovava e trova ragione nelle maggiori garanzie procedurali e di terzietà intimamente connesse all'attività giudiziaria. La necessità di prevedere procedure ad alto livello di garanzia, in cui siano correttamente individuati tutti i portatori di interesse, deriva dalla complessità della materia – che ha portato in molti paesi dell'Unione all'istituzione di sezioni specializzate nei Tribunali– e dalla costante necessità di bilanciare i molteplici diritti fondamentali che sulle reti di comunicazione e in particolare nel web ricadono su soggetti diversi, in geometrie variabili, nella costante evoluzione dei servizi della società dell'informazione.

Purtroppo la procedura inventata *ex novo* e disciplinata dall'Autorità nel Capo III dell'articolato, che come si vedrà appare una semplice formalizzazione di una sorta di "linee guida" per il perseguimento di fini *a priori* individuati, non solo non conferisce alcuna garanzia effettiva a tutela dei soggetti coinvolti portatori di diritti fondamentali,





## Nexa Center for Internet & Society

Politecnico di Torino

ma non è neppure in grado di individuare correttamente i soggetti stessi, essendo incentrata unicamente sui fornitori di servizi intermediari e relegando gli asseriti autori dell'illecito al ruolo di comparse, peraltro eventuali.

A prescindere dal fondamentale problema delle fonti primarie che dovrebbero legittimare i poteri anche provvedimentali dell'Autorità che come si dirà al punto D.9 paiono assolutamente carenti, la previsione di una (non-)procedura sommaria pare porsi in duplice contraddizione con il quadro testé tratteggiato.

Da un lato, introducendo un procedimento "ad hoc" nei confronti dei "prestatori di servizi intermediari" il regolamento responsabilizza (e sanziona) proprio i soggetti che la disciplina comunitaria del commercio elettronico voleva tutelare al fine di favorire la circolazione dei contenuti in rete. Dall'altro, il regolamento abbassa il livello di garanzia procedimentale di tutti i soggetti coinvolti ad unico beneficio dei titolari dei diritti d'autore e connessi: vanificando così le previsioni e le cautele tanto del legislatore comunitario quanto dello stesso legislatore italiano.

Poiché il regolamento non si limita a fornire utili chiarimenti sulle procedure c.d. di "notice and take down", che anzi perdono ogni valenza nella proposta attuale a differenza di quanto ipotizzato nella precedente bozza posta in consultazione dall'Autorità (vedi D.6. e D.7.), le "procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70" appaiono in netto contrasto con il quadro normativo europeo: tanto in relazione alla tutela del mercato unico e della concorrenza, quanto con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali.

Su quest'ultimo punto, sia consentito richiamare all'attenzione dell'Autorità quanto osservato nel 2011 dal Relatore speciale dell'Onu sulla promozione e la protezione del diritto alla libertà di opinione e di espressione Frank La Rue ai punti 38-48 del "Report of the special rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression", secondo cui:<sup>3</sup>

"38. One of the unique features of the Internet is that the way in which information is transmitted largely depends on intermediaries, or private corporations which provide services and platforms that facilitate online communication or transactions between third parties, including giving access to, hosting, transmitting and indexing content. Intermediaries thus range from Internet service providers (ISPs) to search engines, and from blogging services to online community platforms. With the advent of Web 2.0 services, individuals can now publish information without the centralized gateway of editorial review common in traditional publication formats. The range of services offered by intermediaries has flourished over the past decade, mainly due to the legal protection that they have enjoyed from liability for third-party content that Internet users send via their services. However, the Special Rapporteur notes that in recent years, intermediaries' protection from liability has been eroding. [Omissis]

41. Several States have sought to protect intermediaries through adopting variations on what is known as a "notice-and-takedown" regime. Such a system protects intermediaries from liability, provided that they take down unlawful material when they are made aware of its existence. For example, under the European Union-wide E-Commerce Directive, a provider of hosting services for user-generated content can avoid liability for such content if it does not have actual knowledge of illegal

<sup>3</sup> [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27\\_en.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf)



## Nexa Center for Internet & Society

Politecnico di Torino

Politecnico di Torino - DAUIN  
Corso Duca degli Abruzzi, 24  
10129 Torino, Italy

<http://nexa.polito.it>  
t +39 011 090 7217 (fax 7216)  
info@nexa.polito.it

Directors  
Prof. Juan Carlos De Martin  
Prof. Marco Ricolfi

activity and if it expeditiously removes the content in question when made aware of it. Similarly, the Digital Millennium Copyright Act of the United States of America also provides safe harbour for intermediaries, provided that they take down the content in question promptly after notification.

42. However, while a notice-and-takedown system is one way to prevent intermediaries from actively engaging in or encouraging unlawful behaviour on their services, it is subject to abuse by both State and private actors. Users who are notified by the service provider that their content has been flagged as unlawful often have little recourse or few resources to challenge the takedown. **Moreover, given that intermediaries may still be held financially or in some cases criminally liable if they do not remove content upon receipt of notification by users regarding unlawful content, they are inclined to err on the side of safety by over-censoring potentially illegal content.** Lack of transparency in the intermediaries' decision-making process also often obscures discriminatory practices or political pressure affecting the companies' decisions. Furthermore, intermediaries, as private entities, are not best placed to make the determination of whether a particular content is illegal, which requires careful balancing of competing interests and consideration of defences".

La preoccupazione dell'alto rappresentante dell'ONU – che gli ISP siano indotti ad aderire acriticamente alla semplice richiesta di rimozione del privato per evitare responsabilità con conseguenti rischi di rimozioni errate e censure – diviene certezza a fronte di un ordine dell'Autorità amministrativa, a maggior ragione se tale ordine è emesso all'esito di una procedura che non lascia spazio adeguato al contraddittorio con gli asseriti autori dell'illecito e con i prestatori di servizi intermediari<sup>4</sup>.

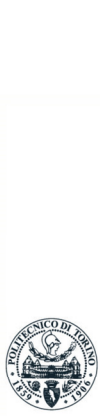
**D.5.1.** La domanda presuppone che sia chiaro qual è l'intervento dell'Autorità a cui essa è riferita. Se AGCOM si fosse limitata a predisporre un procedimento garantito per le notifiche delle richieste di rimozione tra le parti private, in particolare nei confronti degli intermediari per le violazioni commesse da terzi, (come avviene in alcuni paesi europei o come normato dal DMCA statunitense), la risposta sarebbe certamente positiva.

Poiché però AGCOM ritiene di aver acquisito "funzioni di vigilanza" su tutte le violazioni di cui alla l.d.a. commesse *online*, così da poter dare autonoma "attuazione" al disposto dei commi 3 degli artt. 14, 15, 16 d.lgs 70/2003, diventa difficile ipotizzare che la stessa Autorità possa tacere o esimersi dal provvedere (non trasmettendo tra l'altro la *notitia criminis*) a fronte delle violazioni autonomamente rilevate, o che debba attendere la sollecitazione di parte per adottare i provvedimenti opportuni. Si genererebbe un chiaro contrasto con quanto stabilito dal legislatore agli artt. 182*bis* e 182*ter* l.d.a.; norme queste che sono peraltro indicate dall'Autorità stessa come la fonte dei propri poteri di vigilanza in materia, proprio nei confronti degli intermediari.

A ciò si aggiunga che gli elementi elencati all'art. 10, comma 2, per individuare le

---

<sup>4</sup> Per le ragioni appena indicate nel testo, sembra farsi strada l'idea che lo stesso meccanismo di "notice and take down" sia inadeguato e vada superato. Un esempio eclatante in questo senso viene dalla recente riforma del Copyright Act canadese (v. <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Language=E&Mode=1&DocId=5697419&File=78#3>), che obbliga ora gli ISP, su richiesta dei titolari di diritti, a notificare la richiesta di rimozione o disabilitazione dell'accesso all'autore dell'asserita violazione (cd. "notice and notice"); e non prevede invece un obbligo per gli ISP di rimuovere o disabilitare l'accesso ai contenuti, visto che esso "could create incentives for ISPs to remove content without warning or evidence of actual infringement, which can potentially lead to a stifling of free expression" (così il resoconto dei lavori preparatori della riforma).



## Nexa Center for Internet & Society Politecnico di Torino

"lesioni (*rectius* violazioni) gravi" che giustificano il rito abbreviato, paiono esser mutuati dalla (tutt'altro che pacifica) giurisprudenza civile e penale in relazione al c.d. hosting attivo, laddove la magistratura tende a "superare" il regime di responsabilità limitata dell'intermediario individuando gli elementi utili ad ipotizzare un concorso dello stesso nella violazione del terzo. In questi casi è difficile pensare che un'autorità di vigilanza debba intervenire solo su richiesta di parte.

L'Autorità, seppur con tutte le buone intenzioni del caso e per ragioni tutto sommato condivisibili, non può qualificarsi come una Autorità di vigilanza "a richiesta di parte" senza scardinare in un sol colpo il rigoroso e severo sistema di tutela giurisdizionale contenuto nella l.d.a.

Si badi che non dissimili preoccupazioni parrebbero esser emerse anche in sede europea, là dove la Commissione, con la missiva 31/10/2011 a firma del Commissario Kroes, richiedeva di valutare alcune norme della precedente proposta notificata che prevedevano l'archiviazione o l'estinzione del procedimento, affinché ne fosse chiarita la compatibilità con le normative europee "verticali" citate al punto che precede (dir. 2001/29/CE e 2004/48/CE).<sup>5</sup>

D'altra parte, la scelta di sanzionare penalmente ed amministrativamente, d'ufficio, ogni possibile violazione dei diritti conferiti dalla l.d.a., per qualsivoglia scopo e da chiunque commessa, estendendo la responsabilità anche agli intermediari, è un'infruttuosa battaglia degli stessi soggetti che oggi chiedono all'Autorità di procedere con discrezione, a richiesta di parte e al di fuori degli obblighi di legge, purché celermente.

Il punto nodale, e crediamo insuperabile, che emerge dalla questione posta al punto D.5.1, è che un regolamento amministrativo, privo di riferimenti legislativi e di coordinamento, non può porsi in contrasto con un sistema normativo definito e compiuto, derogando a chiare disposizioni di legge. E ciò per quanto si possa esser concordi nel ritenere tale sistema eccessivo e soprattutto inefficace. Il regolamento non riesce ad inserirsi armonicamente nel quadro normativo di tutela del diritto d'autore predisposto dal legislatore.

**D.6.1.** Con riferimento alla domanda **D.6.1.**, confessiamo la tentazione di rispondere con un'altra domanda: quale procedura?

Perché prevedere che un titolare che veda lesa una propria privata possa richiedere la rimozione a chi appare responsabile della violazione non è in tutta evidenza una procedura.

L'Autorità ha ritenuto di non disciplinare in alcun modo la fase di notifica e rimozione tra le parti a differenza di quanto aveva fatto nella precedente bozza di regolamento di cui alla delibera n. 398/11/cons del 6 luglio 2011, in ciò perdendo occasione per un utile intervento.

La predisposizione di linee guida volte a garantire la corretta individuazione dei soggetti richiedenti la rimozione e una minima garanzia di contraddittorio e trasparenza nelle scelte di rimozione da parte dei gestori dei siti che si configurino come *host provider* (ad es. i gestori di siti che si limitino ad ospitare *user generated contents*) avrebbe da un lato garantito i destinatari dei servizi e gli utenti, e dall'altro

<sup>5</sup> Cfr. pag. 6, punto 2 della lettera.



## Nexa Center for Internet & Society Politecnico di Torino

avrebbe offerto maggiori certezze nella valutazione delle condizioni di irresponsabilità previste dal d.lgs. 70/2003 per questa categoria di intermediari.

**D 7.1.** L'assenza di una "procedura" di rimozione nell'art. 6 rende singolare anche la domanda D.7.1.

Senza una qualche indicazione circa le modalità con cui deve esser svolta una valida procedura di notifica e rimozione tra le parti, e senza una chiara individuazione delle parti stesse, ogni valutazione circa "l'espletamento" della procedura (basterà una telefonata o una e-mail? La richiesta può esser generica? Quali evidenze debbono esser allegate per provare titolarità e violazione? La valutazione è rimessa al gestore del sito anche là dove costui non sia il responsabile del contenuto messo a disposizione, e dunque della asserita violazione? L'*uploader* deve esser coinvolto?), così come l'adeguatezza dei termini previsti (7 giorni se vi è autoregolamentazione e 2 giorni - sic! - in assenza) risulta arbitraria e priva di significato.

La Commissione Europea con la missiva 31/10/2011 a firma del Commissario Kroes aveva richiesto diversi chiarimenti in ordine alla "procedura di NTD a livello delle parti individuali" prevista nella precedente bozza di regolamento (notifica 2011/403/I), in ciò rivelando particolare attenzione a questa preliminare fase "privata". L'attenzione della Commissione rivela la consapevolezza che una procedura di tal fatta, se normativamente prevista, reca con sé significative conseguenze in termini di certezza dei diritti di tutte le parti coinvolte. È eloquente la preoccupazione della Commissione a che sia tenuto, da parte dei fornitori di servizi, un registro delle notifiche e sia garantita una piena trasparenza tanto delle notifiche quanto dei provvedimenti conseguentemente adottati.<sup>6</sup>

L'attuale proposta salta a piè pari l'ostacolo, ed omette *tout court* qualsivoglia regolamentazione della procedura di notifica e rimozione tra le parti, salvo all'articolo in commento subordinare l'intervento dell'Autorità al semplice "invio" della richiesta, ma statuendo l'improcedibilità di una richiesta di intervento "per mancato esperimento delle procedure di cui all'articolo 6". Solo che le procedure non ci sono, con buona pace delle richieste di chiarimento della Commissione Europea.

**D.7.2.** Il termine per l'avvio del procedimento fissato in giorni 10 può esser congruo o meno, ma è difficile comprendere la richiesta di parere sul punto. Assai più stimolante ed utile sarebbe stata una richiesta di parere sul termine per ritenere conclusa la fase di notifica e rimozione volontaria indicato in giorni due (commi 1 e 2 del medesimo articolo), che evidentemente appare termine del tutto incongruo per consentire a chicchessia, gestore del sito o prestatore di servizio, una qualsiasi valutazione della fondatezza della richiesta. Evidentemente, non avendo l'Autorità ritenuto utile normare tale fase, diventava difficile chiedere la congruità di un termine per un procedimento privo di regolamentazione. L'Autorità pare aver rimosso ogni problematica su tale delicata fase e si concentra su di un termine ordinatorio, fissato ad esclusivo beneficio dei soggetti istanti (posto che nessuna facoltà degli altri soggetti coinvolti nel procedimento è legata a tale termine), la cui violazione non pare foriera di conseguenze. Tale termine, e la richiesta di parere specifico su tale termine rischia di

<sup>6</sup> Cfr. pag. 4, punto 3 della lettera.



## Nexa Center for Internet & Society Politecnico di Torino

rivelare unicamente le preoccupazioni dell'Autorità di assicurare i soggetti istanti circa la celerità del procedimento. Si rammenta sommessamente all'Autorità che l'unico termine che deve esser previsto per legge o regolamento nell'ambito dell'attività della P.A. è quello finale, di conclusione del procedimento, e non quello iniziale (art. 2 comma 2 l. 241/90).

**D.7.3.** Quanto alla predisposizione del modulo, valgano le perplessità già avanzate dalla Commissione nella citata lettera del 31/10/2011.<sup>7</sup>

Anche in questo caso vi è da rilevare un singolare approccio nella formulazione delle domande. Il problema infatti non è valutare se il modulo in sé sia correttamente redatto, ma stabilire quali siano i requisiti minimi che rendono (im)procedibile l'istanza, ovvero quali i contenuti della stessa in termini di legittimazione e prova della violazione e quali le modalità di trasmissione. Solo così la norma assume una valenza sostanziale e regolatoria.

Qualche considerazione può esser forse fatta circa l'inutile previsione di una "dichiarazione di veridicità" con il richiamo al T.U. s.m.a. prevista al punto g) del modello.

Se la "dichiarazione di veridicità" voleva esser l'omologo della dichiarazione di veridicità ed accuratezza previsto al par. 512 del DMCA americano, allora il punto può esser tranquillamente eliminato. L'art. 76 T.U. sulla documentazione amministrativa (d.P.R. 445/2000), rinviando alla disciplina generale del codice penale, riserva una particolare responsabilità unicamente per le dichiarazioni sostitutive (art. 46) e per le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà (art. 47) che sono parificate nella norma alle dichiarazioni al Pubblico Ufficiale. Ammesso che le informazioni di cui al modulo, riguardanti i fatti che determinano la violazione, rientrino nell'atto di notorietà di cui all'art. 47 T.U. 445/2000 (cosa di cui si dubita posto che raramente chi agisce è direttamente l'autore o il titolare di diritti connessi e vi è usualmente una rappresentanza mediata), comunque non vi sarebbe sanzione alcuna in caso di falsità in fatto, stante lo stretto margine di punibilità dell'art. 495 c.p.

In realtà ciò che rende efficace la notifica nella procedura americana, che per altro interessa la fase "privatistica" della richiesta di rimozione e non prevede l'intervento dell'autorità, è la previsione di una responsabilità patrimoniale per danni in caso di "Misrepresentations"<sup>8</sup>. Sotto questo profilo il regolamento proposto è assolutamente carente e la "dichiarazione di veridicità" risulta una mera clausola di stile, incapace di bilanciare e tutelare i soggetti coinvolti da infondate richieste di rimozione.

**D.8.** Non si condivide il percorso procedurale, ma soprattutto ci si chiede quali "garanzie procedurali" (così in **D.8.2.**) l'Autorità ravvisi nella norma, ed a beneficio di chi siano previste queste ipotetiche garanzie.

A dispetto della rubrica, l'articolo 8 non pare disciplinare affatto la formazione garantita di un percorso valutativo, ma semplicemente scandisce alcuni passaggi burocratici, fissando termini del tutto arbitrari per incombenze meramente eventuali riferite a soggetti anche loro eventuali o "all'uopo individuati" dalla stessa Autorità.

<sup>7</sup> Cfr. pag. 3, par.2 della lettera.

<sup>8</sup> V. sul punto anche la risposta ai quesiti D.9.2. e D.9.3.



## Nexa Center for Internet & Society Politecnico di Torino

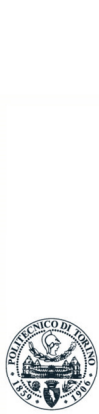
Senza dover richiamare all'Autorità le perplessità rilevate da più parti nella precedente consultazione e dalla stessa Commissione europea in sede di verifica del precedente regolamento notificato che pure risultava assai più articolato, la difficoltà ad individuare con chiarezza i soggetti necessariamente o eventualmente coinvolti e fin anche i destinatari dei provvedimenti finali determina l'assoluta inadeguatezza della pseudo-procedura formalizzata che non pare conferire alcuna garanzia ai soggetti coinvolti.

A mero titolo di esempio, basti rileggere gli artt. 7 e segg. l. 241/2000 circa la comunicazione di avvio del procedimento per poter svolgere alcune considerazioni. *i)* Come dice la parola stessa, l'avviso segna l'avvio, non l'esito, del procedimento, e dunque è singolare che nell'atto sia esposto "l'esito degli accertamenti svolti". Quali? *ii)* E' singolare che tale avviso già contenga un "invito" alla rimozione, con una presunzione circa l'illegittimità del contenuto prima ancora che si sia potuta instaurare una qualche forma di (sempre eventuale) contraddittorio. *iii)* L'amministrazione è tenuta ad eseguire notifiche nei confronti di tutti i soggetti direttamente o indirettamente interessati dai provvedimenti qualora siano individuati o facilmente individuabili. L'espressione "ove rintracciabili" in relazione ai soggetti destinatari dell'avviso pare errata e del pari la richiesta di informazioni riservata unicamente al gestore del sito e non all'*uploader*. *iv)* L'avviso deve contenere anche i rimedi esperibili avverso il provvedimento: ma sul punto non è semplice capire quali essi siano per soggetti quali l'*uploader* o il gestore del sito che non sono i destinatari dei provvedimenti, sebbene siano i probabili responsabili della violazione (se sussistente) e certamente i primi interessati a contrastare una richiesta di rimozione o una rimozione, se ingiustificata.

Al di là di queste criticità, la "esigenza di assicurare garanzie procedurali", su cui si chiede parere al D.8.2., non può che discendere dalla previsione espressa di tali garanzie nell'ambito del procedimento. Nella proposta però non è dato ravvisare alcun diritto in capo ai soggetti destinatari dell'avviso, in particolare *uploader* e gestore del sito, ma solo la possibilità di "controdedurre" nell'esiguo termine di giorni 3: termine che per altro non pare neppure contenuto come elemento essenziale nell'avviso inviato a tali soggetti. Di fatto il procedimento è un non-procedimento, all'esito, o meglio all'inizio del quale la Direzione sulla base di quanto asserito dall'istante, dopo aver esperito alcune formalità non essenziali, trasmette all'organo collegiale la richiesta di un provvedimento inibitorio che nell'ordinamento italiano è però riservato, in tema di diritto d'autore e connessi, solo all'autorità giudiziaria, nell'ambito delle garanzie previste dal codice di procedura civile (art. 156 comma 3 l.d.a.) e, forse è proprio il caso di ricordarlo, dalla Costituzione.

**D.9.** Preliminarmente va osservato (ancora una volta) che l'AGCOM non possiede i poteri normativi e provvedimentali che questa norma presuppone. Questo per le ragioni esposte qui di seguito (per la verità già fatte valere anche in precedenti sedi).

1. *Assenza di competenze in materia di violazioni del diritto d'autore online dell'AGCOM basate sulla previsione dell'art. 182bis l.d.a.* Per incominciare, non ci pare di potere scorgere un potere regolamentare e tanto meno provvedimentale dell'AGCOM in materia di rispetto dei diritti di proprietà in rete da parte dei c.d. *internet service providers* nella previsione dell'art. 182bis l.d.a., introdotta dalla l. n.



## Nexa Center for Internet & Society Politecnico di Torino

248 del 2000.

Questa disposizione recita:

"1. All'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE) è attribuita, nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge, al fine di prevenire ed accertare le violazioni della presente legge, la vigilanza:

a) 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;

b) sulla proiezione in sale cinematografiche di opere e registrazioni tutelate dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi al suo esercizio;

c) sulla distribuzione, la vendita, il noleggio, l'emissione e l'utilizzazione in qualsiasi forma dei supporti di cui alla lettera a);

d) sui centri di riproduzione pubblici o privati, i quali utilizzano nel proprio ambito o mettono a disposizione di terzi, anche gratuitamente, apparecchi per fotocopia, xerocopia o analogo sistema di riproduzione;

d-bis) sull'attività di fabbricazione, importazione e distribuzione degli apparecchi e dei supporti di cui all'art. 71-septies;

d-ter) sulle case d'asta, le gallerie e in genere qualsiasi soggetto che eserciti professionalmente il commercio di opere d'arte o di manoscritti".

Ora, è facile avvedersi che nessuna attinenza con la materia delle violazioni del diritto d'autore *online* può avere la "vigilanza" di cui alla lett. b), che concerne le "sale cinematografiche", quella della lett. c) che concerne la vendita o il noleggio di "supporti", quella delle lett. d) e d-bis), che concernono gli apparecchi di riproduzione a mezzo di fotocopia e xerocopia dei supporti medesimi e la fabbricazione, importazione e distribuzione di apparecchi e di supporti, e tantomeno quella della lett. d-ter), che concerne case d'asta e simili.

Si potrebbe però supporre che i poteri dell'AGCOM in materia di violazioni del diritto d'autore *online* possano derivare dalla lett. a), non certo nella sua seconda parte, che prevede la vigilanza "su impianti di utilizzazione in pubblico, via etere e via cavo" e riguarda l'esecuzione di opere e prestazioni protette davanti ad un pubblico presente (non a distanza, come avviene tipicamente via internet); e neppure nella terza, che concerne gli impianti e la diffusione radiotelevisiva, e quindi non certamente l'ambiente digitale *online*, ma piuttosto nella sua prima parte, che concerne "l'attività di riproduzione e duplicazione con qualsiasi procedimento"; e si potrebbe avvalorare questa supposizione sulla base del rilievo che anche la messa a disposizione e diffusione di opere *online* presuppone il caricamento di *files* oggetto di *riproduzione* in fase di predisposizione ed in occasione della loro fruizione da parte dell'utilizzatore finale. L'ipotesi però sarebbe subito smentita dal rilievo che, a ben vedere, la "riproduzione e duplicazione" considerata dalla previsione della lett. a) del 1° comma dell'art. 182bis è circoscritta agli atti di riproduzione e duplicazione che si realizzano "su supporto audiovisivo, fonografico e qualsiasi altro supporto"; dove il riferimento è da intendersi limitato ai supporti stabili, fissi, materiali e permanenti, che sono suscettibili di noleggio ai sensi della lett. c) medesima. Da questo punto di vista, la previsione di riferimento è assolutamente chiara: la lett. c), nel discorrere di supporti, chiarisce di riferirsi ai supporti di cui alla lett. a); e quindi per reciproca e per



necessaria inferenza i supporti di cui alla lett. a) non sono altri che quelli che possono poi trovare disciplina nella lett. c).

Da questo punto di vista, il parere *pro veritate* espresso a suo tempo dal prof. V. Onida, *in tema di misure per contrastare la c.d. "pirateria informatica"* del 27 ottobre 2011 al § 6, ci pare del tutto carente, in quanto non si avvede in alcun modo che *l'ambito oggettivo della "vigilanza" sulla riproduzione facoltizzata dalla norma è circoscritta ai "supporti" nel senso ora precisato*. E la carenza si rivela tanto più fatale per la plausibilità delle conclusioni proposte da questo scritto, ove si consideri che nella dottrina specialistica si dà da sempre per assodato che in ambito digitale ed interattivo non siano affatto e per definizione configurabili "supporti".<sup>9</sup>

Del resto, vi è una seconda e concorrente ragione che impedisce di scorgere nella previsione dell'art. 182**bis** l.d.a. un potere provvedimentale o regolamentare dell'AGCOM. Infatti, chi si è occupato della materia negli anni ha sempre avuto chiaro che il potere di "vigilanza" di cui discorre la norma è finalizzato ad un'attività di ispezione di funzionari delle due autorità (3° comma della previsione), destinato a sfociare *non in un provvedimento delle medesime autorità*, ma in accertamenti da trasmettersi alla polizia giudiziaria per eccitare l'azione della magistratura competente (art. 182**ter**).<sup>10</sup>

Sotto questo primo profilo, dunque, non vi è traccia di un potere provvedimentale o regolamentare di AGCOM.

2. *Assenza di competenze in materia di violazioni del diritto d'autore online dell'AGCOM basate sulle previsioni dei 3° commi degli artt. 14, 15 e 16 del d. lgs. n. 70 del 2003*. La stessa conclusione si impone in relazione alle previsioni dei 3° commi delle norme ora citate, le quali statuiscono che "l'autorità giudiziaria o quella amministrativa, avente funzioni di vigilanza, può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 2, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse".<sup>11</sup>

Come è ben noto, il d. lgs. n. 70 del 2003 ha dato attuazione alla direttiva comunitaria sull'*e-commerce* n. 2000/31, la quale, ai parr. 3 dei corrispondenti artt. 12, 13 e 14, prevede la "possibilità, secondo l'ordinamento degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione".<sup>12</sup>

Visto che il legislatore italiano aveva il dovere – e si è proposto – di dare attuazione alla direttiva, vi è da chiedersi se con i 3° commi degli artt. 14, 15 e 16 il nostro diritto abbia inteso determinare ed individuare l'autorità amministrativa

<sup>9</sup> In questo senso R. ROMANO, *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, Cedam, Padova, 2001, 152, che esattamente osserva che nel campo della trasmissione interattiva a mancare non è tanto la materialità – che sopravvive nei limiti indicati ivi alla nota 5 – quanto la configurabilità di un atto di trasmissione di supporti autonomi rispetto alla macchina che li rende disponibili all'uomo (con le conseguenze, di ordine ricostruttivo generale, ben illustrate poi alla nota 35 di 224 s.). Per altri conformi richiami sia consentito rinviare a M. RICOLFI, *Comunicazione al pubblico e distribuzione*, in *AIDA* 2002, 48 ss. a 72-73 e nota 82.

<sup>10</sup> S. LAVAGNINI, *sub artt. 182bis e ter l.d.a.*, in L.C. Ubertazzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2007, 2018-2019.

<sup>11</sup> In realtà, il riferimento al comma 2, contenuto nel 3° comma dell'art. 14, si trasforma – per ragioni di numerazione della norma – in riferimento al "comma 1" nelle previsioni degli artt. 15 e 16; ma questa differenza di richiamo è ovviamente ininfluenza sulle considerazioni svolte nel testo.

<sup>12</sup> La dizione di queste tre norme è letteralmente identica.





## Nexa Center for Internet & Society

Politecnico di Torino

Politecnico di Torino - DAUIN  
Corso Duca degli Abruzzi, 24  
10129 Torino, Italy

<http://nexa.polito.it>  
t +39 011 090 7217 (fax 7216)  
info@nexa.polito.it

Directors  
Prof. Juan Carlos De Martin  
Prof. Marco Ricolfi

competente (ad esigere dal prestatore di impedire o por fine a violazioni, ai sensi delle previsioni citate) oppure si sia limitato a riconfermare la riserva di competenza normativa degli Stati membri di attribuire poteri ad "un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa", senza né individuarla né presupporre che questa sia determinabile *aliunde*.

A prima vista il parere del Prof. Onida (pp. 16-17) parrebbe propendere per la prima lettura, perché vede nelle norme una base per fondare la competenza dell'AGCOM. A ben vedere però il Prof. Onida sembra piuttosto propendere per la seconda lettura: visto che per due volte l'illustre A. afferma che l'autorità amministrativa competente sarebbe "per noi l'AGCOM" (p. 16) e "in specie... l'AGCOM", senza indicare però in quali loro segmenti normativi, espressi od impliciti, queste disposizioni normative individuerebbero l'AGCOM come autorità competente, bisogna concludere che l'illustre A. ritenga che le norme in questione non fondano la competenza dell'AGCOM ma la presuppongono.

Se non che questo presupposto è smentito dai dati normativi disponibili. Il d. lgs. n. 70 – come la direttiva *e-commerce* cui esso dà attuazione – costituisce normativa orizzontale, che disciplina qualsiasi violazione *online*, dalla diffamazione al gioco di azzardo; e quindi le previsioni del d. lgs. non possono individuare una specifica autorità che abbia competenze su fenomeni così diversi. Inoltre, all'epoca dell'emanazione del d. lgs. 70 del 2003, l'unica norma che avrebbe potuto essere invocata per fondare la competenza dell'AGCOM in materia di violazioni *online* era l'art. 182**bis** l.d.a., che però, come abbiamo visto, era – ed è – chiaramente, manifestamente ed inappellabilmente inadeguata alla bisogna.

Per cui non resta che concludere che anche le previsioni dei 3° commi degli artt. 14, 15 e 16 del d. lgs. n. 70 del 2003 non individuano affatto l'AGCOM come autorità competente per prendere i provvedimenti delineati in quelle norme, limitandosi a riconfermare che al legislatore nazionale è in effetti riservata una facoltà di individuazione e di determinazione dell'autorità competente, che potrà essere esercitata dal sistema giuridico interno con le modalità a questo proprie.

È appena il caso di ricordare come questa facoltà di individuare un'autorità amministrativa competente a reagire alle violazioni *online* non sia stata esercitata neppure dalla successiva c.d. legge Urbani (d. l. n. 72 del 2004 e l. 128 del 2004). Infatti, come è stato più di una volta osservato,<sup>13</sup> questo strumento normativo ha segnato una netta e decisa svolta nel senso di una "penalizzazione" delle violazioni, ancorché nel corso dei dibattiti che hanno poi condotto all'adozione del testo definitivo si fosse ad un certo punto presa in seria considerazione la possibilità di configurare le violazioni che qui interessano della l.d.a. alla stregua di illeciti amministrativi. Certo è che coloro che proponevano di attribuire poteri in materia al "Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno" non si sono prospettati per un solo momento di stare "invadendo" competenze dell'AGCOM, perché all'epoca nessuno si sognava neppure che questa autorità fosse dotata dei poteri che oggi si afferma con certezza le competano.

Eppure il testo degli artt. 182**bis** l.d.a. e dei 3° commi degli artt. 14, 15 e 16 del d. lgs. n. 70 del 2003 erano allora gli stessi che sono oggi. E se allora nessuno

<sup>13</sup> E v. i parr. 61-66 delle prime *Osservazioni* del Centro Nexa <http://nexa.polito.it/risposta-consultazioneAGCOM-dirittoautore>.



pensava che queste previsioni attribuisse potere all'AGCOM, non si vede in virtù di quale magia possa essere espressa oggi l'opinione diametralmente opposta.

3. *Assenza di competenze in materia di violazioni del diritto d'autore online dell'AGCOM basate sulle previsioni dell'art. 32bis del T.U. servizi media audiovisivi (s.m.a.)*. La situazione non è mutata anche dopo l'introduzione con il d. lgs. n. 44 del 2010 (c.d. decreto Romani) di un art. 32bis del TU s.m.a., che ribadisce l'obbligo dei fornitori di servizi media audiovisivi di rispettare la legge sul diritto d'autore ed al suo 3° comma dispone: "L'Autorità" – che nel contesto del T.U. s.m.a. è senza dubbio l'AGCOM: v. l'art. 10 del T.U. stesso – emana le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e dei divieti di questo articolo".

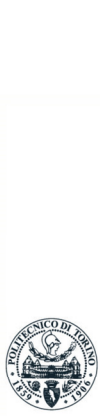
Ciò per due ragioni. In primo luogo la norma in questione è costituzionalmente illegittima in quanto in eccesso di delega. Infatti la l. 7 luglio 2009 n. 88, c.d. legge comunitaria 2008, delegava il governo ad adottare decreti legislativi per varie direttive, fra cui la direttiva 2007/65 sui media audiovisivi; ma la direttiva non tocca affatto il tema dell'*enforcement* dei diritti di proprietà intellettuale.

Sotto un secondo profilo, va rilevato che in ogni caso l'art. 32bis concerne i fornitori di servizi di media audiovisivi; e che l'art. 2, 1° comma, lett. b) del T.U. definisce questi soggetti facendo riferimento a prestatori di servizi media che svolgono una funzione editoriale: radio e televisioni, dunque, anche operanti su internet e con modalità non lineare. Soggetti dunque che rivestono il ruolo di *content provider*, ben diversi dagli intermediari o *service provider* presi in considerazione dal d. lgs. n. 70 del 2003.<sup>14</sup> L'art. 32bis del T.U. s.m.a. introdotto dal decreto, al 3° comma della previsione, dispone: "L'Autorità" – che, come si è detto, nel contesto del T.U. è senza dubbio l'AGCOM – emana le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e dei divieti di questo articolo", che si riferisce solo ai *content* e non agli *internet service provider*. Quindi la norma non può attribuire alcun potere regolamentare all'AGCOM in materia di *service provider*; e, del resto, se lo facesse (il che sicuramente non è) questa sarebbe limitata ai "media audiovisivi" e quindi sicuramente non a musica, immagini fisse e testi.

L'opinione ora da ultimo espressa pare essere condivisa dalla stessa AGCOM, che ha adottato la dicotomia fra il Capo III ed il Capo IV probabilmente sull'assunto che solo quest'ultimo possa trovare la propria base normativa nell'art. 32bis del T.U. s.m.a. o che, al più, questa norma possa legittimare indirettamente il Capo III solo per la parte relativa ai fornitori di servizi media audiovisivi. Se infatti l'Autorità avesse ritenuto davvero di avere competenze generali per assicurare il rispetto dei diritti d'autore *online*, come conseguenza dei propri (presunti) compiti di vigilanza in questo campo, allora avrebbe potuto e dovuto ragionevolmente applicare il Capo IV a tutti i *content provider* o, come si osserverà nella risposta al quesito D.11.1., avrebbe potuto e dovuto più semplicemente prevedere una sola procedura, diretta nei confronti degli autori delle violazioni e con possibilità di ordinare la collaborazione degli *internet service provider* per assicurare l'attuazione dei propri provvedimenti repressivi. Ma AGCOM questi poteri non li ha; e certamente, per sua stessa ammissione, non le derivano, quanto meno con l'ampiezza necessaria, dall'art. 32bis T.U. s.m.a.

4. *Alcune conferme testuali e sistematiche dell'assenza di competenze*

<sup>14</sup> Per uno sviluppo di questa posizione v. i parr. 84 delle prime *Osservazioni* del Centro Nexa <http://nexa.polito.it/risposta-consultazioneAGCOM-dirittoautore>.



## Nexa Center for Internet & Society Politecnico di Torino

dell'AGCOM. Vero è che il nostro ordinamento prevede una serie di ipotesi nelle quali *altre* autorità amministrative, diverse dall'AGCOM, sono provviste di poteri provvedimentali e regolamentari nei confronti di violazioni avvenute *on line* che si estendono anche alla possibilità di adozione nei confronti degli *internet service providers* che svolgono i ruoli contemplati dalle previsioni degli artt. 14, 15 e 16 del d. lgs. n. 70 del 2003.

Tale è innanzitutto il caso della competenza in materia di pratiche scorrette di cui di recente si è valsa l'AGCM con i provvedimenti n. 24166, «Gucci-siti contraffatti» e 24167, «Prada-siti contraffatti».<sup>15</sup>

Ma basta leggere con attenzione il dispositivo che l'ordine di impedire l'accesso indirizzato al *provider* in questi casi trovava una precisa base normativa nei commi 2° e 3° dell'art. 27 del Codice del consumo, che attribuisce all'AGCM in termini circostanziati proprio quei poteri provvedimentali di cui invece l'AGCOM difetta.

Considerazioni non dissimili valgono per le competenze in materia di pedopornografia e di gioco d'azzardo attribuite rispettivamente dall'art. 14 *quater* della l. n. 269/98 e dall'art. 1, comma 50, della l. n. 296/06 al Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia ed all'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato. Dove non è sfuggito al parere del Prof. Onida (pp. 25-27) che in entrambi i casi esiste, a differenza che in materia di violazioni *on line* del diritto d'autore, "una specifica disposizione di rango legislativo che esplicitamente prevede il potere di emanare siffatti ordini di 'oscuramento' di siti".

Le tre disposizioni di legge citate suonano dunque a conferma della conclusione in precedenza raggiunta: e cioè che l'esercizio dei poteri previsti dai 3° commi degli artt. 14, 15 e 16 del d. lgs. n. 70 del 2003 presuppone una norma primaria di rango legislativo che attribuisca i poteri corrispondenti ad un'Autorità amministrativa individuata come competente; che è presente nei casi ora considerati e che invece difetta nel caso dell'AGCOM; e che la norma di rango legislativo è richiesta dal principio costituzionale della riserva di legge, per cui occorre una base legislativa che sorregga gli interventi limitativi e repressivi.

L'obiezione è parsa non insuperabile al Prof. Onida (p. 27 s.). Ci permettiamo, rispettosamente, di dissentire.

Intanto, abbiamo visto come non sia vero che nella materia che qui interessa sia presente "una sufficiente base di legge che può essere integrata e specificata da fonti subordinate". L'analisi in precedenza condotta ai parr. 1-3 della risposta alla domanda ora considerata mostra però che in questo caso *non è presente alcuna base di legge* e quindi le fonti subordinate non possono integrare e specificare alcunché, se non valendosi del gesto del barone di Munchausen, che raccontava di essersi sollevato dalla palude tirandosi per le stringhe degli stivali.

Quindi, anche accettando la premessa da cui muove il parere del Prof. Onida, si dovrebbe giungere alla conclusione diametralmente opposta a quella cui perviene l'illustre giurista.

Ma è la stessa premessa che risulta inaccettabile nel contesto specifico in cui questa è applicata. Non si può dimenticare infatti che, nella materia della responsabilità dei *providers*, si fronteggiano diritti di segno opposto ma diseguale

<sup>15</sup> In Bollettino n. 2 del 24 gennaio 2013, edizione speciale, pp. 5 ss. e 12 ss.



## Nexa Center for Internet & Society Politecnico di Torino

rango costituzionale. La protezione dei diritti di proprietà intellettuale, che riceve specifica tutela dalla previsione dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza il 7 Dicembre 2000 e resa vincolante dall'art. 6, par. 1 del Trattato di Lisbona, va controbilanciata – secondo quanto insegna la giurisprudenza della Corte UE –<sup>16</sup> con diritti fondamentali di rango almeno eguale, fra cui vengono nel presente contesto in considerazione il diritto di cui beneficiano alcune fra le libere utilizzazioni delle opere protette, il cui esercizio può condurre alla creazione di opere a loro volta meritevoli non solo di tutela di diritto d'autore ma anche protette dal principio di libertà di espressione<sup>17</sup> come anche il diritto alla libertà di iniziativa economica dei *providers*.<sup>18</sup>

È questa la ragione per la quale la materia che qui interessa è governata dal precetto della "necessaria previsione legale", in ossequio alla prima condizione definita all'art. 52, n. 1, della Carta, quella dell'essere «prevista dalla legge», che coincide letteralmente con gli artt. 8, n. 2, e 10, n. 2, della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (CEDU). Vale la pena di soffermarsi ad ascoltare al riguardo le parole dell'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón nel caso "Scarlet" per rendersi conto che il richiamo alla riserva di legge relativa è qui del tutto fuori luogo.<sup>19</sup>

Ci pare dunque che, in un contesto normativo come quello analizzato, l'esercizio di poteri provvedimenti e regolamentari in materia di violazioni *online* come quelli ipotizzati si porrebbe in palese e frontale contrasto (anche) con i precetti degli artt. 52, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali e degli artt. 8, n. 2, e 10, n. 2,

<sup>16</sup> V. Corte UE 24 novembre 2011 (Terza Sezione), causa C-70/10, Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs (Sabam) e nei confronti di Belgian Entertainment Association Video ASBL (BEA Video), Belgian Entertainment Association Music ASBL (BEA Music) e Internet Service Providers Association ASBL (ISPA), caso «Scarlet Extended».

<sup>17</sup> Corte UE 24 novembre 2011 (Terza Sezione), caso «Scarlet Extended», cit., par. 50-52.

<sup>18</sup> Corte UE 24 novembre 2011 (Terza Sezione), caso «Scarlet Extended», cit., par. 46.

<sup>19</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale M. Pedro Cruz Villalón presentate il 14 aprile 2011, caso «Scarlet Extended», cit. (corsivi aggiunti): "95. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato a più riprese che le disposizioni della CEDU che subordinano l'ingerenza nell'esercizio di un diritto o la restrizione all'esercizio di una libertà da essa garantiti alla condizione che essa sia «prevista dalla legge» implicano non solo che il provvedimento abbia un fondamento normativo in quanto tale, abbia «un fondamento di diritto interno», ma impongono altresì esigenze relative, per riprendere l'espressione impiegata da detta Corte, alla «qualità della legge in questione». Tale «legge», infatti, deve essere «sufficientemente accessibile e prevedibile, vale a dire formulata in modo molto preciso per consentire all'interessato – avvalendosi, ove necessario, di consulenti esperti – di regolare il proprio comportamento», di «prevederne le conseguenze per sé» e «di prevedere, con sufficiente grado di ragionevolezza nelle circostanze del caso di specie, le possibili conseguenze di un determinato atto».

<sup>19</sup> 95. La «legge» deve quindi essere sufficientemente chiara e prevedibile per quanto riguarda il significato e la natura delle misure applicabili, nonché definire con sufficiente chiarezza l'estensione e le modalità dell'esercizio del potere di ingerenza nell'esercizio dei diritti garantiti dalla CEDU. Una legge che conferisce un potere discrezionale non è incompatibile di per sé con tale esigenza, a condizione che l'estensione e le modalità di esercizio di un siffatto potere vengano definite con sufficiente chiarezza, in considerazione del legittimo obiettivo in gioco, per fornire all'individuo una protezione adeguata contro l'arbitrio. Una legge che conferisce un potere discrezionale deve quindi stabilirne la portata.

<sup>19</sup> 96. Conseguentemente, una limitazione è possibile solo se trova sostegno in un fondamento normativo del diritto interno, fondamento che deve essere accessibile, chiaro e prevedibile, tutte condizioni derivanti dal principio della preminenza del diritto. È da tale principio di preminenza che discenderebbe l'esigenza dell'accessibilità e della prevedibilità della legge per l'interessato.

<sup>19</sup> 97. La condizione secondo cui le eventuali limitazioni devono essere «previste dalla legge» implica quindi, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che l'azione dei titolari dell'autorità pubblica rientri nei limiti previamente definiti dalle norme giuridiche, il che «comporta talune condizioni che devono essere soddisfatte sia dalle stesse norme giuridiche sia dalle procedure intese a garantirne l'effettivo rispetto».



## Nexa Center for Internet & Society Politecnico di Torino

della CEDU.

5. *L'erroneità del riferimento alla presenza della garanzia ultima data dalla possibilità dell'intervento del potere giudiziario.* Si rende necessaria una precisazione, vista l'affermazione formulata da chi ha sostenuto che il potere provvedimentale dell'AGCOM sarebbe confermato dalla disponibilità della garanzia ultima fornita dalla possibilità dell'intervento dell'autorità giudiziaria avverso i provvedimenti in questione. Il rilievo non è condivisibile. Nell'assetto normativo attuale l'impugnativa di un provvedimento dell'AGCOM sarebbe conosciuta solo dal giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133 del d. lgs. del 2 luglio 2010; ora è un dato istituzionale che il giudice amministrativo conosce della legittimità del provvedimento sanzionatorio amministrativo ma non delle posizioni di diritto soggettivo e quindi non può pronunciarsi sul conflitto interpretato che contrapponga il titolare del diritto di proprietà intellettuale e l'*uploader*. Quindi i sopra rilevati difetti di costituzionalità sarebbero non rimediati ma aggravati dall'attuale assetto di giurisdizione relativa ai provvedimenti amministrativi.<sup>20</sup>

6. *Sulla giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di poteri delle Autorità.* Nel corso della discussione sui poteri *in subiecta materia* dell'AGCOM si è fatto frequente riferimento alla giurisprudenza del supremo organo della giurisprudenza amministrativa ed in particolare alla sentenza del Consiglio di Stato 17 ottobre 2005, n. 5827 (Sesta Sezione), Comitato Italiano per il Gas c. Confedilizia, Autorità Energia Elettrica e Gas e altri. In quel caso si è ritenuto che la legge istitutiva dell'Autorità in questione, l'Autorità per l'Energia Elettrica e Gas, la n. 481 del 1995, fornisse la copertura legislativa richiesta dall'art. 23 Cost. ad una delibera dell'Autorità medesima che aveva imposto la garanzia assicurativa per gli infortuni derivanti dall'uso del gas fornito da un impianto di distribuzione a carico degli utenti, prevedendone la copertura attraverso una componente addizionale della tariffa di distribuzione.

Il richiamo a quella sentenza non può in alcun modo influire sulla conclusione negativa in ordine ai poteri dell'AGCOM. In primo luogo, la l. n. 481 del 1995 istitutiva della Autorità Elettrica, è, diversamente dalla l. n. 249 del 1997, istitutiva dell'AGCOM, legge di indirizzo; e con la delibera contestata l'Autorità aveva "esercitato un compito attribuito dal legislatore: la tutela della sicurezza degli impianti". Ma soprattutto nel caso deciso dal Consiglio di Stato non si assisteva al contrasto fra diritti interpretati confliggenti e di equal rango, come nel caso da noi fin qui esaminato: esisteva ed esiste un interesse (non privatistico, ma) pubblico alla garanzia di copertura assicurativa degli infortuni derivanti da impianti potenzialmente pericolosi, come sono quelli di erogazione del gas, cui non si contrapponevano affatto altri diritti di equal rango costituzionale, salva, si intende, la legittima pretesa del privato cittadino di non vedersi gravato da un esborso se non nei limiti determinati dalle regole di settore.

Occorre poi aggiungere che la pretesa di scorgere poteri impliciti attribuiti dalla legge n. 249 del 1997 istitutiva dell'AGCOM in materia di diritto d'autore contrasta con il quadro complessivo nel quale è intervenuta la normativa: la quale per un verso dava all'AGCOM una pluralità di funzioni in settori diversi e fra di loro disomogenei come *la par condicio* e le frequenze radiotelevisive, senza alcun riferimento ed addentellato al diritto d'autore; e per altro verso partiva dall'assunto che la dimensione

<sup>20</sup> Ciò a tacere della circostanza che l'AGCOM non possiede poteri di sorta nei confronti degli *uploader* e quindi vi è persino da dubitare di una loro legittimazione *ad processum*.



## Nexa Center for Internet & Society Politecnico di Torino

pubblicitaria del diritto d'autore fosse completamente affidata ad altro organismo, la SIAE. È solo in epoca successiva, e di molto successiva, che la l. n. 248 del 2000 ha attribuito i poteri (condivisi con la SIAE) di cui *supra* al punto 1.

\*\*\*

A queste osservazioni occorre ora aggiungere un punto ulteriore e fondamentale. Mentre il 1° comma discorre – correttamente, a parte la rilevata mancanza di poteri dell'AGCOM – di rimozione selettiva e di "disabilitazione all'accesso delle medesime" (opere digitali in violazione), il 2° comma incorre in un ulteriore e distinto infortunio normativo, riferendo la "disabilitazione" non alle informazioni contenute nel sito ma al sito medesimo.

Ora, come si è ricordato (nelle osservazioni al punto **D.1.5**), le norme europee che si assumono essere facoltizzanti questa disabilitazione, non discorrono mai di disabilitazione dell'accesso ad un sito ma di una "disabilitazione dell'accesso alle informazioni" (par. 3 dell'art. 14 della direttiva *e-commerce*). Questo per una ragione molto semplice. La disabilitazione integrale di un sito comporta un rischio assai grave: che sulla piattaforma siano presenti, oltre alle opere ed alle informazioni in violazione del diritto d'autore e/o di diritti connessi, altri contenuti perfettamente legittimi. Questa è la ragione per la quale si è dubitato che anche la magistratura penale sia facoltizzata ad ordinare la chiusura integrale di un sito, senza considerare la possibilità che su di esso siano presenti contenuti legittimi, la cui messa a disposizione può essere oggetto della garanzia costituzionale della libertà di espressione; e si è aperto un dibattito consistente sulla possibilità di dissequestri parziali.

In questa prospettiva, è da escludersi che all'autorità amministrativa possano essere attribuiti poteri addirittura maggiori a quelli che competono alla magistratura penale.

Da questo punto di vista è appena il caso di sottolineare (rispondendo così ai quesiti **D.9.2.** e **D.9.3.**) che il reindirizzamento automatico comporta come conseguenza ineluttabile il diniego all'accesso al sito che subisce il reindirizzamento stesso.

Sempre dal punto di vista dei provvedimenti, va rilevato che nello schema di regolamento non è assolutamente affrontato il tema, centrale in tutte le legislazioni sulla tutela del diritto d'autore nei confronti delle violazioni *online*, della possibilità di abuso da parte dei soggetti che effettuano le richieste di rimozione di materiali, nel caso in cui la segnalazione si riveli non fondata per negligenza o dolo del segnalante. Va a questo riguardo ricordato che 17 US Code, Sec. 512, lett. f), introdotto dal DMCA prevede che:

(f) Misrepresentations. - Any person who knowingly materially misrepresents under this section —

(1) that material or activity is infringing, or

(2) that material or activity was removed or disabled by mistake or misidentification,

shall be liable for any damages, including costs and attorneys' fees, incurred by the alleged infringer, by any copyright owner or copyright owner's authorized licensee, or by a service provider, who is injured by such misrepresentation, as the result of the service provider relying upon such misrepresentation in removing or disabling access to the material or activity claimed to be infringing, or in replacing the removed material or ceasing to disable access to it.



## Nexa Center for Internet & Society Politecnico di Torino

Una parte della dottrina ha suggerito che l'AGCOM, in quanto interprete dell'interesse pubblico, assumesse il ruolo di verificare – e sanzionare – le segnalazioni a carattere abusivo (M. Bertani, *Internet e la "amministrativizzazione" della proprietà intellettuale*, in *AIDA* 2012, 129 ss., a 167 ss.).

È con disappunto che riveliamo che nello schema l'AGCOM, che si è arrogata tanti poteri che non le competono, ha ommesso di assumere alcuna responsabilità in una materia che invece avrebbe corrisposto in pieno alla sua vocazione di salvaguardia dell'interesse pubblico in un procedimento che per ogni altro profilo si pone a salvaguardia di posizioni di diritto soggettivo.

**D.10.1 e D.10.3** La norma dà conferma di quanto sin qui affermato, ovvero che il presente regolamento di fatto non contiene alcuna garanzia procedimentale effettiva a tutela dei destinatari diretti ed indiretti delle misure repressive amministrative dall'Autorità. La disciplina del procedimento si riduce infatti all'elencazione di alcuni passaggi burocratici privi di valenza sostanziale, scanditi da termini assolutamente arbitrari e inadeguati a consentire l'esercizio effettivo del diritto di difesa.

Vale ricordare ancora le perplessità della Commissione Europea nella missiva di chiarimento circa l'esiguità del termine previsto nel precedente regolamento (48 ore!) per le contro-deduzioni dell'*uploader*.

**D.10.2 e D.10.4** Con "prima sommaria cognizione dei fatti" l'Autorità dovrebbe in poche ore valutare la gravità della lesione sulla base di criteri tutt'altro che oggettivi ed univoci.

Alcuni criteri (lett. a, b, c) paiono legati alle modalità della violazione, in relazione all'opera: la persistenza (concetto di non facile esegesi in rete), la quantità (immaginiamo riferita allo stesso titolare o licenziatario istante) ed infine il valore economico e la gravità del danno derivante dalla violazione (concetto questo davvero sorprendente da determinare ad opera dell'Autorità in tre giorni su singole opere, posto che a tutt'oggi, a fronte di generici e catastrofici scenari di danno si contrappongono autorevoli studi che rilevano su determinate tipologie di opere, evidenti benefici per gli autori dalla circolazione anche illegale).

Altri criteri (dalla lett. d, e, f, g) attengono alle modalità del servizio, con non poche incertezze nell'individuare se tali elementi siano riferiti e valutati esclusivamente in relazione alle condotte del responsabile della violazione (*l'uploader* o il *content provider*) o anche ai prestatori dei servizi intermediari o addirittura di terzi. L'incoraggiamento anche indiretto (che confessiamo non riusciamo a concretizzare come concetto) e la messa a disposizione di informazioni sulle modalità tecniche di accesso, così come il carattere ingannevole dei messaggi paiono configurare, nella loro genericità, indizi di condotte potenzialmente agevolatorie. La loro valenza e significatività varia a seconda del soggetto cui sono imputate, e in assenza di ulteriori precisazioni, non pare siano criteri in grado di determinare la maggiore o minore gravità di una determinata violazione.

Lo scopo di lucro pare infine potersi riferire esclusivamente al responsabile della violazione, sia esso un utente *uploader* o un *content provider*, dovendo esser il lucro legato alla singola consapevole e volontaria violazione.

Davvero singolare appare in fine il criterio f): per quale ragione sarebbe più grave una violazione se l'istanza proviene da una associazione piuttosto che dal titolare stesso?



## Nexa Center for Internet & Society Politecnico di Torino

La norma nel suo complesso pare davvero inaccettabile ed il "procedimento abbreviato" assolutamente inidoneo a supportare i provvedimenti inibitori ipotizzati.

### Capo IV

#### Disposizioni relative alla tutela del diritto d'autore sui servizi di media

**D.11.1.** Le osservazioni svolte in relazione a **D.I.2. D.9.** suggeriscono peraltro l'esistenza di una possibile disparità di trattamento intollerabile, e comunque non motivata, tra le varie categorie di *content provider* attive *online*. In particolare, l'articolato distingue tre categorie di *content provider*: gli *uploader*, i gestori di pagine internet ed i fornitori di servizi di media audiovisivi. Siccome le prime due sono menzionate soltanto nel Capo III e l'ultima soltanto nel Capo IV, verrebbe da pensare che *uploader* e gestori di siti siano destinatari (indiretti) delle misure draconiane disciplinate nell'un Capo, mentre i fornitori di servizi di media audiovisivi di quelle ben più gentili regolate nell'altro Capo. Ed allora verrebbe però da domandarsi perché l'*uploader* o il gestore di una pagina internet possano subire la rimozione dei contenuti o l'oscuramento del sito ad opera degli *internet service provider* su richiesta dell'Autorità ed all'esito di un procedimento fulmineo che lascia poco spazio all'esercizio del diritto di difesa, per usare un eufemismo; mentre invece il fornitore di s.m.a. potrebbe subire un richiamo, una diffida, al limite l'applicazione di una sanzione amministrativa, al termine di un procedimento lungo e garantista.

Certo, si potrebbe però notare (come si è fatto nella risposta alla D.I.2.) che esiste una parziale sovrapposizione tra gestori di pagine internet e fornitori di s.m.a., per la ragione semplice che anche questi ultimi operano attraverso pagine internet (si pensi ai tanti siti web della Rai, di Mediaset o di Sky). E potrebbe allora sorgere il dubbio che i fornitori di s.m.a. siano invece destinatari di un trattamento peggiore rispetto a quello degli altri *content provider*, siccome sarebbe applicabile nei loro confronti non solo il Capo IV, ma anche il Capo III.

Questo dubbio è però subito fugato dall'art. 11 comma 1 dell'articolato, secondo cui "i fornitori di servizi di media audiovisivi operano nel rispetto dei diritti d'autore e dei diritti connessi, nonché del principio di cui agli articoli 3 e 32-bis del Testo unico e di quanto previsto nel presente Capo". Dunque: solo il Capo IV e non anche il Capo III.

In assenza di ragioni convincenti che possano giustificare e legittimare questa disparità di trattamento, si suggerisce di rimuoverla e di assoggettare tutti i *content provider* allo stesso regime, che a giudizio di chi scrive non prevede in realtà l'applicazione di alcuna norma dello schema di regolamento per le tante ragioni giuridiche e di opportunità sin qui sottoposte.

Se tuttavia l'Autorità non fosse di questo avviso, meglio farebbe comunque ad occuparsi delle sole violazioni commesse dai fornitori di servizi di media audiovisivi, nei confronti dei quali dispone di poteri sufficienti (ammessa e non concessa la legittimità costituzionale dell'art. 32bis T.U. s.m.a.) per poter introdurre una disciplina non palesemente irrazionale. In particolare, potrebbe prevedere che essi siano legittimati passivi di un unico procedimento (quello cioè descritto nel Capo IV), all'esito del quale l'Autorità può emettere un ordine di cessazione del comportamento illecito, con eventuale applicazione della sanzione pecuniaria prevista in caso di inottemperanza





## Nexa Center for Internet & Society

Politecnico di Torino

degli ordini dell'Autorità stessa. Se poi l'Autorità ritenesse davvero di potersi riconoscere nella autorità "amministrativa competente" menzionata al comma 3 degli artt. 14, 15 e 16 d.lgs. 70/2003 (in spregio delle ragioni che ci inducono a ritenere invece il contrario), ella potrebbe rafforzare questo provvedimento ed ordinare ai fornitori di servizi intermediari (*access, cache, host provider*) di attuarlo tramite rimozione o disabilitazione dell'accesso alle informazioni illecitamente diffuse dal fornitore di servizi di media audiovisivi. Più in là di così non potrebbe e non dovrebbe però andare.

\*\*\*

Il Centro NEXA non ritiene di valersi della facoltà di audizione. In tutte le precedenti occasioni di audizione, gli esponenti del Centro che si erano recati nei locali dell'AGCOM hanno preso atto con rammarico che nessuno fra i Commissari era presente. Questa prassi è in contrasto con le buone pratiche seguite dal Parlamento europeo, dal Parlamento italiano e dalla Commissione europea, come gli stessi esponenti possono personalmente testimoniare, essendo essi sempre stati "auditi" in quei contesti dai responsabili delle decisioni di politica legislativa per cui era stata disposta l'audizione. Il Centro NEXA ritiene quindi che sia inutile una ulteriore audizione presso l'AGCOM. Ritiene però utile una riflessione, da parte dell'AGCOM ed in generale da parte dei soggetti e delle istituzioni interessate al buon funzionamento della cosa pubblica, sull'appropriatezza della prassi di cui si è riferito; e sottolinea come quella prassi non paia coerente con i precetti di "qualità della legislazione" su cui ci si è soffermati, visto che questi attengono non solo al contenuto delle norme ma anche alla modalità della loro formazione.

Torino, 23 settembre 2013

Con osservanza

Hanno contribuito alla stesura del presente documento:

Marco Ricolfi

Juan Carlos De Martin

Carlo Blengino

Alessandro Enrico Cogo

Federico Morando