

ENRICO BUONO

**IL REGOLAMENTO AGCOM IN MATERIA DI TUTELA
DEL DIRITTO D'AUTORE: L'UNILATERALE
E INTEMPESTIVA INIZIATIVA ITALIANA**

Osservatorio CIRSFID di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie

Il CIRSFID (Centro Interdipartimentale di Ricerca in Storia del Diritto, Filosofia e Sociologia del Diritto e Informatica Giuridica dell'Università degli Studi di Bologna "Guido Fassò - Augusto Gaudenzi") venne istituito con decreto rettorale n. 1751 del 1° ottobre 1986.

Il CIRSFID è un Centro di Ricerca in cui confluiscono competenze di docenti e ricercatori delle Facoltà di Giurisprudenza (Dipartimento Giuridico "A. Cicu"), Ingegneria (Dipartimento di Elettronica, Informatica e Sistemistica), Lettere e Filosofia (Dipartimento di Filosofia), Scienze Matematiche, Fisiche e Naturali (Dipartimenti di Matematica e di Scienze dell'Informazione), Scienze Statistiche (Dipartimento di Scienze Statistiche "P. Fortunati") dell'Ateneo bolognese. Le linee di ricerca del CIRSFID interessano l'informatica giuridica, il diritto dell'informatica e delle nuove tecnologie, la storia del diritto, la filosofia, teoria e sociologia del diritto, la bioetica, aree nelle quali il CIRSFID esplica un'intensa attività di pubblicazioni, iniziative editoriali e scientifiche, didattica universitaria e post-universitaria, consulenze e servizi, in collaborazione con organismi di ricerca nazionali e internazionali.

L'Autore

Enrico Buono, laureato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna, ha conseguito il Master Universitario di I livello in Diritto delle nuove tecnologie e informatica giuridica organizzato dal CIRSFID nell'A.A. 2012-2013. È iscritto presso l'Ordine degli avvocati di Bologna e nella stessa città svolge la professione forense.



Il regolamento Agcom in materia
di tutela del diritto d'autore:
l'unilaterale e intempestiva
iniziativa italiana



ENRICO BUONO

Indice

L'Autore	2
Introduzione	5
Parte Prima <i>Le competenze di Agcom: presunzioni fallaci</i>	7
Parte Seconda <i>Il prestatore di servizi</i>	15
Parte Terza <i>Il gestore della pagina e del sito internet</i>	21
Parte Quarta <i>Le opere digitali: l'incerto oggetto di tutela</i>	24
Parte Quinta <i>Procedure a tutela del diritto d'autore online</i>	26
Parte Sesta <i>Modalità di intervento e procedure di notifica e rimozione</i>	30
Parte Settima <i>Il procedimento abbreviato</i>	37
Parte Ottava <i>Il dado non tratto</i>	40
Bibliografia	44

Introduzione

L'opportunità di distribuire e scambiare con facilità più e più contenuti attraverso sempre nuovi canali digitali rende possibile che la diffusione avvenga senza che i legittimi titolari siano in condizione di esercitare un reale controllo.

L'incrocio dei differenti interessi in gioco contribuisce a creare contrasti sempre più frequenti tra il diritto degli utenti di accedere liberamente a tutti i contenuti e il diritto dell'autore ad essere remunerato per la creazione e la circolazione dell'opera. L'interesse umano e unanime di accedere alla cultura e di poter partecipare alle relazioni sociali e commerciali online liberamente si contrappone con le esigenze degli autori di svolgere liberamente la propria iniziativa economica (in rete e non) e di ricevere un equo compenso per le opere di cui detengono i diritti di sfruttamento. Le nuove opportunità offerte dal progresso tecnologico accrescono il conflitto, sempre più attuale, fra diritto d'autore e libertà di espressione. Conflitto alimentato altresì dalle frequenti azioni legali intentate dalle case produttrici o distributrici di prodotti culturali o d'intrattenimento nei confronti degli utenti che commettono cosiddetti atti di "pirateria".

Il dibattito sull'adeguatezza degli attuali sistemi di tutela del diritto d'autore rispetto agli sviluppi tecnologici è in corso in tutto il mondo. Nonostante le leggi e i regolamenti nazionali in materia di diritto d'autore siano fortemente influenzati dalle discipline internazionali e comunitarie che hanno definito un quadro comune di armonizzazione delle misure stabilite in ambito WIPO¹, la direttiva UE 2001/29/CE lascia in realtà larghi spazi di discrezionalità e manovra ai singoli legislatori circa l'adozione delle misure giurisdizionali adeguate per assicurare un'efficace tutela delle opere protette, fermi restando i diritti fondamentali di riservatezza delle comunicazioni e accesso ad Internet.

¹ La World Intellectual Property Organization (WIPO), Organizzazione mondiale per la proprietà intellettuale, è una delle agenzie specializzate delle Nazioni Unite. Creata nel 1967 con la finalità di incoraggiare l'attività creativa e promuovere la protezione della proprietà intellettuale nel mondo.

Le differenti soluzioni adottate dagli Stati membri in questo campo tuttavia hanno acuito la già eccessiva frammentazione causando un'incertezza giuridica che rimane in attesa di soluzione. A tal fine il 23 aprile 2013 la Commissione UE ha pubblicato un Commission Staff Working Document intitolato "E-commerce action plan 2012-2015. State of Play 2013"².

L'obiettivo è quello di intervenire con misure volte a superare l'attuale frammentazione dei mercati che ostacola gli utilizzi leciti e innovativi: una semplificazione delle procedure di liberatoria e gestione dei diritti di autore e il rilascio di licenze transfrontaliere sono le soluzioni più palpabili. In linea più generale, si cerca il miglioramento della governance e la trasparenza nella gestione collettiva dei diritti, incentivando soluzioni tecnologicamente neutre per le licenze transfrontaliere e paneuropee, nel rispetto della libertà contrattuale dei titolari dei diritti. Per funzionare, la strategia europea necessita però di una maggiore cooperazione delle pubbliche amministrazioni nella gestione delle informazioni e delle banche dati di servizi e applicazioni. Da tale prospettiva l'adozione del regolamento da parte dell'Agcom rischia di porsi inevitabilmente in contrasto con l'iniziativa europea in corso di discussione e approvazione, risultando pertanto, ancora prima di entrare nel merito, unilaterale, intempestiva e, forse, addirittura capace di contravvenire ai doveri di lealtà cui sono tenute le istituzioni degli Stati Membri.

D'altro canto l'inadeguatezza del regolamento appare manifesta anche alla luce degli obiettivi che Agcom avrebbe dovuto perseguire: "un'efficace applicazione delle norme a garanzia del diritto di libertà di espressione e all'equa remunerazione dell'autore, e un'adeguata tutela dei diritti dei cittadini in termini di accesso alla cultura e ad internet, nonché di garanzia di privacy"³. L'iniziativa italiana risente inevitabilmente dell'assenza di norme di legge che attribuiscono all'Autorità stessa i poteri necessari per perseguire i fini auto-prefissati.

La previsione di procedure e rimedi differenti, a seconda che l'autore della violazione sia un "fornitore di servizi media-audiovisivi" o qualsiasi altro "content provider", è il punto focale di un progetto irrazionale che si pone in palese contrasto con l'ordinamento nazionale ed europeo. L'inevitabile risultato dell'ostinata ricerca nell'ordinamento giuridico di disposizioni che attribuiscono all'Autorità, esplicitamente o meno, poteri normativi e provvedimenti per la tutela del diritto d'autore online mai attribuiti. Sul piano strettamente giuridico, per le ragioni che si indicheranno nel proseguo, non si può che osservare come l'iniziativa dell'Autorità risulti un vero e proprio fallimento.

² Reperibile a http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/communications/130423_report-ecommerce-action-plan_en.pdf.

³ F. BASSAN - E. TOSI, *Diritto degli audiovisivi*, 2012 Giuffrè.



Le competenze di Agcom: presunzioni fallaci

Un'adeguata protezione dei diritti di proprietà intellettuale, osserva l'Autorità per le garanzie della comunicazione, è "decisiva per la salvaguardia e lo sviluppo della creatività: e ciò non solo nell'interesse privatistico degli autori, ma anche in quello pubblicistico dei consumatori/utenti. A tale riguardo, tenuto conto che il decreto legislativo numero 44/2010 ha introdotto tra i principi fondamentali del sistema dei servizi di media audiovisivi e della radiofonia la tutela del diritto d'autore e di proprietà intellettuale, nel bilanciamento tra quest'ultima e il valore costituzionalmente tutelato della libertà di espressione, appare proporzionato all'interesse che si vuole garantire individuare una procedura che, guardando anche alle best practices esistenti a livello internazionale, coniughi al tempo stesso la semplicità, l'efficacia e celerità con la garanzia di un equo procedimento⁴". Per ciò che concerne questo studio è bene ricordare l'art. 17 del d.lgs. 70/2003 che prevede il "non obbligo generale di sorveglianza" per i prestatori di servizi della società dell'informazione. Quest'ultimi, ai sensi della norma predetta, sono civilmente responsabili quando, a richiesta dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzione di vigilanza, non agiscono prontamente per impedire l'accesso ai contenuti illeciti, ovvero se (avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio offerto) non abbiano provveduto ad informarne l'autorità competente. È l'Agcom stessa a qualificarsi quale Autorità amministrativa competente avente funzione di vigilanza, legittimando i propri poteri normativi e provvedimenti attraverso un complesso articolato normativo:

- Preliminarmente l'Agcom distingue tra l'ambito dei servizi di media audiovisivi/radiofonici e la rete internet precisando poi che alla luce del disposto dell'articolo 32-*bis*, comma 3, del TUSMAR⁵, la competenza dell'Agcom a emanare disposizioni regolamentari per garantire il rispetto del diritto d'au-

⁴ Delibera del 17 dicembre 2010, numero 668/CONS "Lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica".

⁵ Testo Unico dei Servizi di media audiovisivi e radiofonici, d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177 come modificato dal d.lgs. 15 marzo 2010, n. 44.

tore da parte dei fornitori dei servizi di media audiovisivi/radiofonici non sarebbe materia di dibattito.

- Quanto alle comunicazioni via internet un primo dato di carattere sistematico è offerto dalla competenza nella materia delle comunicazioni elettroniche attribuita all'Autorità dal relativo Codice, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, e dai poteri regolatori ad essa conferiti in via generale dalle leggi 14 novembre 1995, n. 481 e 31 luglio 1997, n. 249. Nell'ambito di questa vasta cornice, viene in evidenza l'articolo 182-*bis* della legge sul diritto d'autore, che assegna all'Autorità e alla SIAE, nell'ambito delle rispettive competenze, funzioni di vigilanza intese a prevenire e ad accertare le violazioni. Oggetto della vigilanza è, in primo luogo, l'attività di riproduzione e duplicazione "con qualsiasi procedimento, su supporto audiovisivo, fonografico e qualsiasi altro supporto". Questa formulazione è ritenuta coerente con il disposto dell'articolo 13 della stessa legge, che disciplina il contenuto del diritto di riproduzione. A parere dell'Agcom apparirebbe pertanto priva di fondamento ogni interpretazione volta a restringere ai soli supporti fisici, con esclusione di quelli digitali, lo spettro delle attribuzioni dell'Autorità.
- Agcom, poi, basa le proprie funzioni di vigilanza in materia di diritto d'autore sul presupposto ermeneutico delle disposizioni del decreto legislativo n. 70 del 2003, che definiscono i poteri inibitori nei confronti dei prestatori di servizi della società dell'informazione necessari per far cessare le violazioni del diritto d'autore.
- L'applicabilità del decreto legislativo all'argomento in esame si desumerebbe dall'articolo 4, comma 1, lett. a), laddove si statuisce che in materia di diritto d'autore si deroga al principio del Paese di stabilimento del prestatore del servizio, previsto dall'articolo 3, ai commi 1 e 2. Il successivo articolo 5 precisa quindi che – con provvedimento dell'autorità giudiziaria o degli organi amministrativi di vigilanza o delle autorità indipendenti di settore – la libera circolazione di un servizio della società dell'informazione può essere limitata "per l'opera di prevenzione, investigazione, individuazione e perseguimento di reati" (comma 1, lett. a), quali le violazioni del diritto d'autore si configurano a mente del titolo III, capo III, sezione II, della citata legge n. 633 del 1941.
- Gli articoli 14, 15, 16 e 17 del medesimo decreto intervengono poi a disciplinare la responsabilità del prestatore di servizi nell'esercizio delle attività di semplice trasporto (mere conduit), memorizzazione temporanea (caching) e memorizzazione di informazioni (hosting), nonché i poteri ordinatori spettanti al riguardo alle competenti autorità. In particolare, è stabilito che il prestatore non è soggetto a un obbligo generale di sorveglianza sulle in-

formazioni che trasmette o memorizza, né a un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite (articolo 17, comma 1). Tuttavia, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un destinatario dei suoi servizi, egli è tenuto a informarne immediatamente l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, fornendo ad esse senza indugio le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del predetto destinatario con cui abbia accordi di memorizzazione dei dati (articolo 17, comma 2). A loro volta, l'autorità giudiziaria e quella amministrativa – quest'ultima definita come “avente funzioni di vigilanza” agli articoli 14 e 15 e “competente” all'articolo 16 – possono esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore impedisca le violazioni o vi ponga fine, agendo prontamente, nelle attività di caching e di hosting, per rimuovere le informazioni illecite o per disabilitare l'accesso ad esse.

- Pertanto, il decreto non solo disciplina in maniera compiuta gli obblighi che gravano sui prestatori di servizi, ma istituisce anche un doppio binario tra procedura giudiziaria e procedura amministrativa, la cui ragione ispiratrice risiede nell'esigenza di fornire ad alcuni diritti – fra i quali rientra il diritto d'autore – una tutela più tempestiva considerata l'immediatezza con cui si propagano le informazioni sulle reti di comunicazione elettronica.
- L'attribuzione all'Autorità del potere di ordinare ai prestatori di servizi della società dell'informazione di porre fine alle violazioni del diritto d'autore comporta, come inevitabile corollario, il conferimento alla stessa Autorità del compito di dettare le conseguenti disposizioni attuative, senza le quali il suddetto potere ordinatorio resterebbe privo delle garanzie necessarie per assicurare nell'ambito della procedura il rispetto del principio del contraddittorio.

Sintetizzando, a detta dell'Agcom, le norme primarie il cui combinato disposto determina l'area di competenza dell'Autorità sono da individuare nell'articolo 182-*bis* della legge sul diritto d'autore, introdotto dalla legge n. 248/2000 che ha attribuito all'Autorità poteri di vigilanza in materia; nel decreto legislativo n. 70 del 2003, di recepimento della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, che detta specifiche disposizioni in tema di servizi della società dell'informazione, così ponendo un doppio binario di tutela – amministrativa e giudiziaria –, e prevede agli articoli 14, comma 3, 15, comma 2, e 16 comma 3, che l'Autorità amministrativa avente funzioni di vigilanza possa esigere, al pari di quella giudiziaria, che il prestatore di servizi impedisca o ponga fine alle violazioni commesse, una volta che lo stesso è stato reso edotto della illiceità dei contenuti trasportati o diffusi; e infine, con specifico riferimento al settore audiovisivo, nell'articolo 32-*bis* del decreto legislativo n. 177/2005, come

introdotto dal decreto legislativo n. 44/2010 che, nell'imporre ai fornitori di servizi di media il rispetto dei diritti d'autore e dei diritti connessi nell'esercizio della propria attività, ha affiancato al generale potere di vigilanza e di ispezione dell'Autorità il potere di emanare le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e dei divieti previsti dalla norma.

Resta, pertanto, impregiudicato il potere della magistratura di esercitare, in sede penale, i suoi poteri repressivi e sanzionatori relativamente alle condotte vietate e, in sede civile, su istanza degli interessati, i poteri inibitori e di condanna al risarcimento dei danni che conseguono all'applicazione delle norme generali e speciali applicabili in materia. Il rispetto del doppio binario trova riscontro nell'impossibilità di rivolgersi all'Agcom e nella previsione della cessazione dell'attività amministrativa ove adita l'Autorità giudiziaria. Agcom, sostanzialmente, ritiene che l'attuale impianto normativo sul diritto d'autore possa essere utilmente integrato da un'azione di vigilanza e garanzia, attraverso la configurazione di un procedimento autonomo davanti alla stessa Autorità.

Preliminarmente va osservato come nel dettato normativo dell'art. 182-*bis* l.d.a. introdotto dalla legge n. 248 del 2000 non si possa rintracciare alcuna previsione che riconosca all'Agcom i poteri normativi e provvedimenti che essa stessa si attribuisce. La disposizione in esame, infatti, recita al comma 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”.

Agcom suppone che i propri poteri in materia di violazioni del diritto d'autore online derivino dalla terza parte del dettato normativo della lettera a), comma 1 dell'art. 182-*bis* ovvero "sull'attività di riproduzione e duplicazione con qualsiasi procedimento". Tale supposizione potrebbe essere avvalorata dal rilievo che anche la messa a disposizione e diffusione di opere online presuppone il caricamento dei file oggetto di riproduzione in fase di predisposizione e in occasione della loro fruizione da parte dell'utilizzatore finale. L'ipotesi però è immediatamente smentita dal rilievo che gli atti di riproduzione/duplicazione cui fa riferimento la norma in esame si realizzino solo su "supporto audiovisivo, fonografico e qualsiasi altro supporto" dove il riferimento è obbligatoriamente da intendersi limitato ai supporti stabiliti, fissi, materiali e permanenti che sono suscettibili di noleggio ai sensi della lettera c) medesima. Infatti, come osservato correttamente dal Nexa Center for Internet & Society del Politecnico di Torino⁶: "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)"⁷.

D'altronde è un dato assodato nella dottrina specialistica che in un ambiente digitale non siano, per definizione, configurabili i "supporti"⁸.

Esiste inoltre una concorrente ragione che impedisce di scorgere nella previsione dell'art. 182-*bis* l.d.a. un potere provvedimentale o regolamentare dell'Agcom. Il potere di vigilanza dell'Autorità di fatto si concretizza in un'attività di ispezione i cui esiti potranno tutt'al più sfociare in una conseguente azione della magistratura competente e non certo in un provvedimento della medesima Autorità (art. 182-*ter*).⁹

Identiche le conclusioni anche in relazione alle previsioni dei 3 commi degli artt. 14, 15 e 16 del d.lgs. n. 70 del 2003: "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".

Il d.lgs. n. 70 del 2003 ha dato attuazione alla direttiva comunitaria sull'e-commerce n. 2000/31, la quale, al par. 3 dei corrispondenti artt. 12, 13 e 14, prevede la "possibilità, secondo l'ordinamento degli Stati membri, che un organo

⁶ Il Centro Nexa su Internet e Società del Politecnico di Torino (Dipartimento di Automatica e Informatica), fondato nel novembre 2006 e diretto dai Professori Marco Ricolfi e Juan Carlos De Martin, è un centro di ricerca indipendente, che studia le componenti della forza di Internet e i suoi effetti sulla società.

⁷ Così in Osservazioni del Centro Nexa Center for Internet Society sullo schema di regolamento di cui all'allegato A) alla delibera n. 452/13/CONS del 25 luglio 2013, p.14 e ss..

⁸ In questo senso R. ROMANO, *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, Cedam, Padova, 2001, 152. Per altri conformi richiami: M. RICOLFI, *Comunicazione al pubblico e distribuzione*, in AIDA, 2002, 48 ss..

⁹ S. LAVAGNINI, sub artt. 182-*bis* e *ter* l.d.a., in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2007.

giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione”.

Il legislatore italiano si è limitato a riconfermare la riserva di competenza normativa, riconosciutagli dalla direttiva, di attribuire poteri ad “un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa” senza tuttavia individuarla. Il d.lgs. n. 70, di fatto, costituisce normativa orizzontale relativa a qualsiasi violazione online, dalla diffamazione al gioco di azzardo. Le previsioni del d.lgs. pertanto non possono individuare una specifica autorità che abbia competenze su fenomeni così diversi.

Neppure in occasione della successiva c.d. Legge Urbani (d.l. n. 72 del 2004 e l. 128 del 2004) il legislatore ha esercitato la facoltà di individuare un'autorità amministrativa competente. Infatti “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 competano¹⁰”.

La conclusione non può che essere univoca: 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 difetta nel caso del regolamento in esame.

Una 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. “Nella materia della responsabilità dei providers, infatti, si fronteggiano diritti di segno opposto ma diseguale 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, § 1 del Trattato di Lisbona, va controbilanciata (secondo quanto insegna la giurisprudenza della Corte UE)¹¹ 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

¹⁰ Così in Osservazioni del Centro Nexa Center for Internet Society sullo schema di regolamento di cui all'allegato A) alla delibera n. 452/13/CONS del 25 luglio 2013, p. 17.

¹¹ 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».

a loro volta meritevoli non solo di tutela di diritto d'autore ma anche protette dal principio di libertà di espressione¹² come anche il diritto alla libertà di iniziativa economica dei providers¹³. 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 luogo¹⁴. Ci pare dunque che, in un contesto normativo come quello analizzato, l'esercizio di poteri provvedimentali 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, della CEDU¹⁵.

Procedendo nel ragionamento, anche nelle previsioni dell'art. 32-*bis* del T.U. servizi media audiovisivi e radiofonici non si riscontrano disposizioni che attribuiscono competenze in materia di violazioni del diritto d'autore online all'Agcom. Neanche le modifiche apportate al 3° comma dell'art. 32 del TU-SMAR dal c.d. decreto Romani (d.lgs. n. 44 del 2010), disposto normativo che ora ribadisce l'obbligo dei fornitori di servizi media audiovisivi di rispettare la legge sul diritto d'autore¹⁶, hanno mutato la situazione. La norma in questione concerne solo ed esclusivamente i fornitori di servizi di media audiovisivi.

L'art. 2, 1° comma, lett. b) del T.U. infatti 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 in-

¹² Ibidem, cit., §§ 50-52.

¹³ Ibidem, cit., § 46.

¹⁴ Conclusioni presentate il 14 aprile 2011: “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». 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 [...]”.

¹⁵ Così in Osservazioni del Centro Nexa Center for Internet Society sullo schema di regolamento di cui all'allegato A) alla delibera n. 452/13/CONS del 25 luglio 2013, p. 20 e ss..

¹⁶ “L'Autorità emana le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e dei divieti di questo articolo”.

intermediari o service provider presi in considerazione dal d.lgs. n. 70 del 2003¹⁷. Il futuro del regolamento non potrà che essere nefasto: è evidente l'assenza di norme di legge che attribuiscono ad Agcom i poteri necessari di enforcement amministrativo.

¹⁷ Per uno sviluppo di questa posizione si vedano i §§ 84 delle prime Osservazioni del Centro Nexa <http://nexa.polito.it/risposta-consultazione-Agcom-diritto-d'autore>.



Il prestatore di servizi

Si parla di “pirateria online” ogni volta che le opere d’ingegno intellettuale circolano online senza un’autorizzazione del legittimo titolare: a chi rivolgersi in questo caso per far terminare l’illecito sfruttamento del proprio lavoro? L’impossibilità di identificare gli attori dell’attività illecita ha spinto gli autori a sollecitare l’ordinamento giudiziario affinché decida se e che tipo di ruolo giochino gli intermediari. Altrimenti noti come “ISP”, gli Internet service provider in ragione dell’attività di intermediazione svolta possono essere considerati i “motori” della rete. In seconda battuta quindi anche delle numerose attività che la rete rende realizzabili: attività conformi oppure attività in violazione delle norme giuridiche. Particolarmente dibattuto è l’interrogativo circa l’opportunità di ritenere gli intermediari Internet indirettamente responsabili di tali attività, al punto da richiederne un sempre più attivo coinvolgimento sia nelle operazioni di rimozione degli effetti, sia in quelle di prevenzione delle operazioni illecite medesime. L’analisi dell’eventuale responsabilità indiretta degli intermediari Internet per le violazioni del diritto d’autore che abbiano luogo in rete non può però avviarsi se non operando alcune considerazioni preliminari.

In primo luogo si deve ricordare come la necessità di disegnare un quadro normativo che non limitasse, in nome della tutela del diritto d’autore o di altri diritti di terzi, il novero delle operazioni lecite rese possibili proprio dall’avvento di Internet sia stata, sin da subito, ben presente come elemento dirimente per lo sviluppo della rete. Ciò ha condotto all’adozione di regimi di esenzione dalla responsabilità, o di responsabilità limitata, per quei soggetti che rivestivano, nel contesto nascente, il ruolo di “propulsori” delle attività online.

In questo ambito, dunque, i modelli di responsabilità limitata statunitense ed europeo si presentano come i principali sistemi di riferimento, costituendo sia l’inquadramento necessario ai primi casi che hanno dato vita al dibattito circa la responsabilità degli intermediari per violazione delle norme a tutela delle opere dell’ingegno, sia l’antecedente logico di qualsivoglia riflessione sul coinvolgi-

mento di tali soggetti nell'attività di rimozione e di prevenzione delle attività illecite in rete.

Il regime di responsabilità limitata per gli intermediari Internet, introdotto per prima negli Stati Uniti (sezione 512 «Limitations on liability relating to material online» del Digital Millennium Copyright Act (DMCA) del 1998 in relazione alle sole violazioni del copyright) e poi in Europa (artt. 12-15, alla rubrica «Responsabilità dei prestatori intermediari» della Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, in relazione alla violazione di tutte le norme di legge) è anche figlio dell'evidente necessità di fare chiarezza sulle attività di tali soggetti. Le norme in esame sono oggi i modelli di riferimento in materia di responsabilità limitata degli intermediari Internet.

In primis va sottolineata la diversa impostazione di base che vede, in Europa, l'introduzione di un sistema unico di responsabilità limitata degli intermediari, rivolto a disciplinare ogni tipo di violazione normativa (c.d. approccio orizzontale) (artt. 12-15 della direttiva e-commerce) e negli Stati Uniti invece, due differenti regimi, in forza dei quali il coinvolgimento dell'intermediario nella violazione del copyright è disciplinato alla sezione 512 del DMCA, mentre le altre ipotesi trovano disciplina alla sezione 230 del Communications and Decency Act (CDA) del 1996 (c.d. approccio verticale).

Per quanto attiene più propriamente ai regimi di responsabilità limitata che entrambi i modelli prevedono per le ipotesi di violazione del diritto d'autore, si è formata una diversa categorizzazione dei soggetti destinatari che ha portato ad un diverso radicamento dei procedimenti. Si deve evidenziare, in relazione ai soggetti che possono usufruire dei regimi di responsabilità limitata delineati dai modelli statunitense ed europeo, che la differenza terminologica nel primo caso, alla sezione 512 del DMCA si parla di «service provider», nel secondo caso, all'art. 2, lett. b) della direttiva e-commerce, si parla di «prestatori di servizi della società dell'informazione», definiti all'articolo 1, punto 2, della direttiva 98/34/CE, come modificata dalla direttiva 98/48/CE rispecchia anche differenze di natura sostanziale. L'ordinamento europeo prevede una ampia categoria di intermediari Internet: tutti quelli che offrono servizi prestati «normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi, cioè della persona fisica o giuridica che, a scopi professionali e non, utilizzi un servizio della società dell'informazione, anche per ricercare o rendere accessibili delle informazioni».

“L'ampia definizione di servizi della società dell'informazione – che si estende dai siti di e-commerce all'offerta di connessione Internet – non manca di sollevare più di un dubbio interpretativo, in particolare in relazione ai requisiti della richiesta individuale e della remunerazione. A rigor di logica, i prestatori di ra-

dio e televisioni dovrebbero esserne esclusi, mentre vi rientrano i siti che offrono contenuti digitali on-demand. Tuttavia, il mercato della distribuzione di opere dell'ingegno online si caratterizza per rappresentare un certo grado di ibridizzazione tra modelli di business e appare, dunque, sempre più difficile tracciare una linea tra siti che operano come broadcaster, siti che operano on-demand e, da ultimo, piattaforme che ospitano contenuti generati dagli utenti.

Allo stesso modo, i modelli di offerta che sono rinvenibili online non si basano esclusivamente sulla remunerazione diretta da parte dell'utente-consumatore del contenuto, ma si basano sempre più sugli introiti che sono generati dalla raccolta pubblicitaria e dalla raccolta dei dati degli utenti stessi.

Pertanto, un'interpretazione del dettato normativo che voglia essere coerente con lo sviluppo del mercato impone che anche tali modelli rientrino nell'offerta "remunerata" di servizi della società dell'informazione"¹⁸.

Andando nel dettaglio di quanto previsto dal decreto attuativo della direttiva 2000/31/CE, il principio di responsabilità dei prestatori intermediari viene riferito a tre casi.

L'articolo 14 prevede un regime di irresponsabilità generale per l'attività di semplice trasporto (mere conduit) salvo i casi in cui, il prestatore, non dia origine alla trasmissione dell'informazione, non selezioni il destinatario della trasmissione e non selezioni o modifichi le informazioni trasmesse.

L'articolo 15 invece disciplina il regime di responsabilità sussistente in capo ai prestatori di un servizio di memorizzazione temporanea (caching). In questo caso è previsto che il prestatore non sia responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea delle informazioni fornite da un destinatario, al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltramento ad altri destinatari che ne facciano richiesta, a condizione che :

- a. non modifichi le informazioni;
- b. si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni;
- c. si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore;
- d. non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni;
- e. agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la

¹⁸ A. BERTONI, M. LILLÀ MONTAGNANI, *Il diritto d'autore nell'era digitale: la distribuzione online delle opere dell'ingegno*, Giuffrè, 2012.

rimozione o la disabilitazione.

Infine, l'articolo 16 del citato decreto riguarda l'attività di memorizzazione di informazioni (hosting). La responsabilità, anche in questo caso, è generalmente esclusa salvo i casi in cui il prestatore "non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione" oppure "non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso". Con la precisazione, di cui al comma 2 della citata norma, che l'esclusione di responsabilità non si applica se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore. Per un'analisi completa è essenziale ricordare che in "tutte le ipotesi richiamate (mere conduit, caching, hosting) l'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente potranno imporre al prestatore di impedire o far cessare eventuali violazioni. Il prestatore sarà allora civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non abbia agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non abbia provveduto ad informare l'autorità competente (art. 17 d.lgs. 70/2003)"¹⁹.

Riguardo, invece, all'ordinamento statunitense si nota come esso preveda, in relazione alla violazione del copyright, il regime di responsabilità limitata per la categoria dei soli service providers, i quali non coincidono con i prestatori dei servizi della società dell'informazione: sono infatti identificati con quegli intermediari che operano solo l'attività di storage di materiale coperto dal diritto d'autore, non considerando pertanto i meri fornitori di connettività.

Peraltro, il safe harbour previsto dalla sezione 512 del DMCA fa riferimento, alla lett. d) «information location tools», ai motori di ricerca, attività che, al contrario, resta soltanto tra le righe della direttiva e-commerce, non trovando ancora, nell'ordinamento europeo, collocazione certa.

In tale quadro normativo, Agcom, nell'individuare ambito soggettivo di applicazione del regolamento proposto, era giunta, nell'ultima versione dello schema di regolamento, alle seguenti definizioni:

- "prestatore di servizi della società dell'informazione": il prestatore di servizi di cui all'articolo 2, comma 1, lettera a), del Decreto [d.lgs. 70/2003];
- "prestatore di servizi intermediari": il prestatore di servizi della società dell'informazione di cui alla lettera f), che effettuano attività di prestazione di servizi

¹⁹ C. Di Cocco, *Temi di diritto dell'informatica*, G. Giappichelli Editore, p. 94 e ss..

di mere conduit, di caching o di hosting, come definito agli articoli 14, 15 e 16 del Decreto [d.lgs. 70/2003].

Tali definizioni sono parse fin da subito poco chiare o ambigue, di taglio generale e non formulate tenendo conto della finalità del regolamento. Molti stakeholder hanno infatti ravvisato l'esigenza di separare le varie figure di "prestatori dei servizi intermediari" per evitare di ingenerare confusione giuridica.

Si è proposto, pertanto, di distinguere in maniera chiara e precisa i vari soggetti coinvolti con particolare riferimento ai prestatori di servizi intermediari, ritenendo la definizione in esame atta a creare confusione e a non individuare le relative responsabilità e obblighi.

Si è correttamente suggerito, tra l'altro, di escludere dall'ambito di applicazione del regolamento, i soggetti quali i motori di ricerca, nonché rimodulare le definizioni previste all'articolo 1 riprendendo espressamente le definizioni dei prestatori di servizi della società dell'informazione, così come previste dalla direttiva 2000/31/CE e dal Decreto di recepimento, distinguendo la figura di Internet service provider e quella di hosting provider, in quanto tali soggetti possono avere un diverso ruolo esecutivo degli ordini dell'Autorità e sono potenzialmente destinatari di diversi provvedimenti finali. È stato altresì suggerito di sostituire tale definizione con quelle di fornitori di servizi di accesso (o mere conduit), fornitori di servizi di hosting e fornitori di servizi di caching, ritenendo, però, essenziale la totale espunzione dei fornitori di caching dal regolamento, non potendo questi avere alcun ruolo in fase esecutiva degli ordini.

Agcom ha accolto l'istanza sia degli operatori intervenuti nella consultazione sia della Commissione europea, di maggiore chiarezza circa l'ambito soggettivo di applicazione del regolamento. L'autorità ha così ritenuto di eliminare la definizione di fornitori di servizi della società dell'informazione, quale categoria generale in cui rientrano le tre figure individuate dal Decreto, e di sostituire la definizione di prestatore di servizi intermediari con quella di prestatore di servizi, rinviando alle definizioni di prestatori di servizi di mere conduit e di hosting di cui agli articoli 14 e 16 del Decreto ed espungendo la figura del prestatore di servizi che effettua attività di caching. In ragione delle attività e delle specificità tecniche che contraddistinguono i diversi soggetti che operano sulla rete internet, e tenuto conto del diverso ruolo che tali soggetti sono suscettibili di ricoprire nel momento dell'esecuzione dei provvedimenti dell'Autorità, si è preso atto del fatto che l'attività di caching, anche qualora venga svolta in modo autonomo, si limita alla memorizzazione temporanea di dati o file e non può avere luogo qualora i contenuti protetti siano stati rimossi.

Pertanto, il soggetto che effettua attività di caching, non potrebbe svolgere alcun ruolo significativo nella fase esecutiva degli ordini.

Di conseguenza, come evidenziato nel proseguo, sono considerati come destinatari degli ordini dell’Autorità i provider che svolgono attività di hosting, nel caso di siti ubicati in Italia, e di mere conduit, nel caso di siti ubicati all’estero. La nuova definizione del regolamento Agcom risulta pertanto la seguente: “prestatore di servizi”: il prestatore di servizi della società dell’informazione, di cui all’articolo 2, comma 1, lettera a), del Decreto, che svolge attività di mere conduit o di hosting, come definite rispettivamente dagli articoli 14 e 16 del Decreto medesimo.

Il dettato normativo così modificato, pur non accogliendo tutte le critiche mosse nel corso della consultazione, pare aver abbracciato la criticità generale di una maggior necessità di chiarezza e specificità. Il richiamo diretto alla definizione contenuta nell’art. 2 comma 1 lettera A del decreto e alle attività così disciplinate dagli articoli 14 e 16 del medesimo decreto, permette di individuare con maggior semplicità l’ambito soggettivo di applicazione del regolamento.

Anche la scelta di escludere tra gli attori del procedimento il prestatore che svolga attività di caching è coerente con gli obiettivi a cui ambisce il regolamento stesso, trattandosi di attività di memorizzazione temporanea che si limita a rispecchiare quanto diffuso nel sito di origine e che, con rapidi tempi di refresh, si adegua agli interventi apportati dai prestatori di hosting.



Il gestore della pagina e del sito internet

Lo schema di regolamento prevedeva fra i soggetti coinvolti il gestore della pagina internet definendolo come “il prestatore dei servizi della società dell’informazione che, sulla rete internet, cura la gestione e l’organizzazione di uno spazio su cui sono presenti opere digitali o parti di esse ovvero collegamenti ipertestuali (link o tracker) alle stesse, anche caricati da terzi” attirandosi molteplici critiche da diversi attori della rete. Una delle incertezze di questa definizione era l’ampiezza della stessa: al suo interno infatti, stando allo schema del regolamento, sarebbero state fatte rientrare figure diverse e non accomunabili per eventuali rimozioni selettive differenziate.

Andava invece specificata ogni fattispecie in essa rientrante, in quanto un maggior dettaglio della norma consentirebbe proprio di evitare controversie interpretative. È infatti chiaro che il gestore della pagina internet, così com’era definito alla lettera *h*) è normalmente un prestatore di servizi della società dell’informazione ai sensi della lettera *f*) e in un buon numero di situazioni anche un fornitore di servizi di media secondo la lettera *o*). Queste sovrapposizioni incontrollate conducono a 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)²⁰. Così come formulata, tale definizione è infatti capace di comprendere varie figure di operatori della rete che corrispondono in realtà a diversi ambiti di intervento, e non per forza di responsabilità:

- l’amministratore di sistema che cura la gestione e l’organizzazione tecnica di uno spazio online senza essere necessariamente al corrente dei contenuti prodotti in tale spazio;
- il webmaster che cura la gestione e l’organizzazione strutturale dello spazio online creando dei contenitori strutturati dal punto di vista grafico e tematico

²⁰ Così in Osservazioni del Centro Nexa Center for Internet Society sullo schema di regolamento di cui all’allegato A) alla delibera n. 452/13/CONS del 25 luglio 2013, p. 3 D.1.2.

senza essere necessariamente responsabile dei contenuti depositati in questi contenitori;

- il “responsabile dei contenuti”, che cura la gestione e l’organizzazione editoriale dello spazio online e non coincide necessariamente con i primi due operatori. Senza dimenticare inoltre i “gestori esterni” della pagina internet: la pratica sempre più diffusa di utilizzare piattaforme pubbliche dove è possibile gestire in modo autonomo e “dall’esterno” contenuti personali ospitati da terze parti che forniscono unicamente uno spazio di pubblicazione, senza essere in alcun modo collegati o riconducibili ai contenuti stessi.

C’è anche chi ha ritenuto di individuare “il gestore della pagina internet” non in chi ospita il link ma in chi ospita l’opera diffusa: di conseguenza, non sarebbe corretto che in assenza di un ordine a chi ospita il file si possa impartire un autonomo ordine a chi si limita ad ospitare il link al medesimo.

Proseguendo nel ragionamento, nel caso di link/torrent/tracker, oggetti non coperti dal diritto d’autore, l’unica attività rilevante ai fini dell’applicazione del regolamento è quella relativa alla comunicazione di un link/torrent/tracker che rinvia ad opere digitali il cui utilizzo si pone al di fuori della sfera di controllo ed autorizzazione del titolare dei diritti. In mancanza si deve presumere l’irrilevanza delle attività in questione poiché la messa a disposizione di link/torrent/tracker costituisce un’attività legittima ed il soggetto non può, pertanto, essere soggetto passivo di qualsivoglia segnalazione al riguardo, poiché, anche se la segnalazione fosse ricevuta, il soggetto che ha inserito il link non potrebbe intervenire in alcun modo sul contenuto realmente lesivo del diritto d’autore.

Fra i vari stakeholder intervenuti nel dibattito non mancava chi suggeriva anche di sostituire il termine stesso “gestore della pagina internet” con “intermediario” articolandolo in maniera più dettagliata perché più rispondente alla terminologia utilizzata dalla LDA. Tale definizione è stata infatti addirittura considerata illegittima in quanto mancante di un chiaro riferimento normativo e giurisprudenziale. Non solo. Così come formulata non avrebbe trovato riscontro nemmeno nella giurisprudenza comunitaria, rischiando così di generare sensibili difficoltà interpretative in sede di applicazione delle misure previste dallo schema di regolamento.

Alla luce delle critiche mosse dai vari attori della Rete, tra cui la Commissione europea che ha rappresentato la necessità di prevenire possibili fonti di incertezza in ordine alla definizione dei diversi regimi di responsabilità, l’Agcom ha modificato il regolamento per rispondere ai diversi rilievi emersi.

Infatti “come richiesto dalla quasi totalità dei soggetti intervenuti, è stato previsto il riferimento anche al sito internet e la figura del gestore è stata distinta in due categorie: da una parte, il gestore del sito internet, delineata quale cate-

goria residuale di soggetti rispetto a quella dei prestatori di servizi della società dell'informazione di cui al Decreto, che cura la gestione di uno spazio sulla rete internet e che ha accordi di memorizzazione di dati con l'hosting provider; dall'altra, il gestore della pagina internet, che invece cura la gestione di uno spazio nell'ambito di un sito internet²¹”.

Per scongiurare il rischio di sovrapposizione tra il “gestore” e il “webmaster”, che non ha alcun ruolo nella selezione dei contenuti, è stato eliminato il riferimento alla cura dell'organizzazione degli spazi. Il regolamento, dunque, adesso prevede due definizioni apposite, una per il gestore del sito e una per il gestore della pagina.

Il “gestore del sito internet” ora è “il prestatore di servizi della società dell'informazione che, sulla rete internet, cura la gestione di uno spazio su cui sono presenti opere digitali o parti di esse ovvero collegamenti ipertestuali (link o torrent) alle stesse, anche caricati da terzi”.

Il “gestore della pagina internet” invece è “il prestatore di servizi della società dell'informazione, che, nell'ambito di un sito internet, cura la gestione di uno spazio su cui sono presenti opere digitali o parti di esse ovvero collegamenti ipertestuali (link o torrent) alle stesse, anche caricati da terzi”.

Le definizioni così proposte nel regolamento commentato perdono comunque l'occasione per fare chiarezza sul controverso profilo di alcune figure soggettive che, a vario titolo, concorrono al funzionamento di internet. I social network (Facebook su tutti), i motori di ricerca (Google, Yahoo!) e gli aggregatori di terzi in genere per il disposto normativo d.lgs. 70/2003 che disciplina l'irresponsabilità degli ISP passivi non sono riconducibili alle figure soggettive in esso tipizzate. Né i tentativi definitivi, che risultano, allo stato, di esclusiva elaborazione giurisprudenziale, hanno portato a criteri identificativi consolidati e in equivoci. La volontà manifestata dall'Agcom di estendere le proprie procedure oltre i limitati confini dei media audiovisivi poteva essere l'occasione proprio per far chiarezza sul punto. Il risultato raggiunto pare invece proprio essere quello di appesantire l'impianto normativo: le definizioni, infatti, tendono ad oscurare anziché a chiarire quali siano i veri destinatari delle norme.

²¹ Delibera Agcom 680/13/CONS (70).



Le opere digitali: l'incerto oggetto di tutela

Nella sua versione provvisoria l'art. 1 del regolamento definiva l'*opera digitale* come una, o più opere, o parti di esse, di carattere sonoro, audiovisivo, videoludico ed editoriale, tutelate dalla Legge sul diritto d'autore e diffuse su reti di comunicazione elettronica. Una definizione che non trova riferimento nei testi di legge vigenti e che risulta da un lato eccessivamente estensiva ricomprendendo apparentemente tutto il veicolabile in rete e, dall'altro, per difetto, limitativa non comprendendo le immagini, i testi che non abbiano contenuto editoriale e particolari creazioni intellettuali come le banche dati o i programmi per elaboratori (software).

Per alcuni autorevoli partecipanti alla consultazione, tra cui il Nexa Center for Internet & Society, la definizione di opera digitale genera confusione in ordine persino all'oggetto di tutela, in quanto non esistono opere digitali ed opere analogiche: al massimo, esistono esemplari analogici o digitali di opere dell'ingegno. Se, come si presuppone, tutte le opere dell'ingegno possono essere tradotte in bit è ripetutamente errato definire il concetto di "opera digitale" a partire dal suo carattere, e in particolare dalla circostanza che esso sia "sonoro, visivo, audiovisivo, videoludico, editoriale". Altresì apparirebbe improprio l'ulteriore riferimento al fatto che deve trattarsi di opere "diffuse su reti di comunicazione elettronica", poiché un conto è la natura dell'opera o del supporto che la ospita, un altro conto sono le modalità di circolazione della stessa.

In merito a questa definizione, nonostante i numerosi profili critici emersi, Agcom ha ritenuto di incidere esclusivamente sul contenuto mantenendo invariata la dicitura "opera digitale". Infatti, "dalla consultazione è emerso che gran parte dei soggetti intervenuti ha ritenuto incompleta la nozione, in quanto non comprensiva di opere comunque tutelate dal diritto d'autore.

Oltre a rientrare nell'alveo di tutela sancito dalla Legge sul diritto d'autore, alcune di queste opere costituiscono oggetto di specifiche disposizioni comunitarie, quali le direttive 2009/24/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio

del 23 aprile 2009, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, e 2006/116/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, concernente la durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi, che contempla la tutela delle opere fotografiche. Sia i programmi per elaboratore sia le opere fotografiche costituiscono peraltro oggetto di tutela ai sensi della convenzione di Berna sulla tutela delle opere letterarie e artistiche²²". Partendo da questo assunto, anche sulla scorta delle osservazioni della Commissione europea in tal senso, Agcom ha deciso di includere nell'alveo delle opere dall'Autorità tutelate anche le opere, o parti di essa, di carattere fotografico, letterario, inclusi i programmi applicativi e i sistemi operativi per elaboratore, precedentemente non compresi in maniera esplicita nello schema. Da qui la nuova definizione: per "opera digitale" ora si intende un'opera, o parti di essa, di carattere sonoro, audiovisivo, fotografico, videoludico, editoriale e letterario, inclusi i programmi applicativi e i sistemi operativi per elaboratore, tutelata dalla Legge sul diritto d'autore e diffusa su reti di comunicazione elettronica. Pur ritenendo condivisibile l'impostazione generale adottata, anche la nuova definizione solleva gli stessi forti dubbi sulla dicitura "opera digitale" che inevitabilmente crea confusione in ordine all'oggetto della tutela potendo, infatti, tutt'al più esistere "esemplari digitali di opere dell'ingegno" e non già "opere digitali". Se l'obiettivo dell'Autorità è tutelare tutte le categorie di opere dell'ingegno non vi è motivo per elaborare una propria definizione di opera digitale, sufficiente infatti sarebbe stato rinviare alle norme di legge in cui si trova la nozione di opera d'ingegno. Nel caso in cui l'Autorità, invece, intendesse selezionare alcune categorie di opere protette per applicare soltanto ad esse il regolamento, non poteva non considerare che l'ordinamento nazionale non le attribuisce il potere di offrire trattamenti giuridici diversi a diverse categorie di opere. Più corretto, tra l'altro, sarebbe stato specificare meglio quali siano le modalità di diffusione considerate visto che la tecnologia digitale non rileva ai fini dell'identificazione delle opere tutelabili dal diritto d'autore: infatti nulla impedisce di utilizzare come sorgente di una comunicazione elettronica un'opera ospitata sul supporto analogico o di trasmettere via internet una copia fotografica, ad esempio, di un dipinto.

²² Delibera Agcom 680/13/CONS (72).



Procedure a tutela del diritto d'autore online

Per comprendere appieno le scelte operate dall'Autorità per le procedure a tutela del diritto d'autore online, in sede di stesura finale, occorre soffermarsi sulle previsioni della proposta di regolamento Agcom nella sua ultima versione.

Lo schema prevede misure ispirate dal procedimento di Notice and take-down previsto e disciplinato dal DMCA statunitense. Il procedimento infatti si basa sulla richiesta di rimozione del contenuto suppostamente illecito, rivolta da un soggetto legittimato (titolare diritti o licenziatario) al gestore della pagina internet su cui lo stesso è disponibile (art. 6 comma 1 allegato A, Delibera n. 452/13/CONS). Qualora previamente notificate all'Autorità e da questa rese pubbliche attraverso il proprio sito istituzionale, il successivo comma 2 dell'art. 6 prevede che si osservino le procedure di autoregolamentazione adottate dal gestore della pagina internet. Lo schema di regolamento prevede poi, al successivo art. 7, che qualora l'opera digitale che si assume diffusa in violazione della Legge sul diritto d'autore non sia rimossa, il soggetto legittimato può richiederne la rimozione all'Autorità:

- a) una volta concluse le eventuali procedure di autoregolamentazione adottate dal gestore della pagina internet e, comunque, decorsi sette giorni dal loro avvio;
- b) in mancanza di tali procedure decorsi due giorni dall'invio della richiesta al gestore della pagina internet.

Nel caso mancassero le procedure di autoregolamentazione, e non risultasse possibile rivolgersi al gestore della pagina internet su cui è resa disponibile l'opera digitale medesima, il soggetto legittimato può chiedere direttamente all'Autorità la rimozione dell'opera digitale che si assume diffusa in violazione della Legge sul diritto d'autore.

L'Agcom, dopo l'esame sull'ammissibilità della segnalazione del soggetto legittimato, effettua una valutazione di massima della fondatezza dell'istanza, e in caso di accertamento positivo, la Direzione servizi media dell'Autorità²³ avrebbe co-

²³ Ai sensi dell'art. 1 lettera f) allegato A, delibera Agcom 452/13/CONS.

municato l'avvio del procedimento al soggetto istante, all'uploader e al gestore della pagina internet, ove rintracciabili, nonché ai prestatori di servizi all'uopo individuati. La comunicazione di avvio del procedimento, secondo la proposta in esame, contiene l'esatta individuazione delle opere digitali che si assumono diffuse in violazione della Legge sul diritto d'autore, l'indicazione delle disposizioni che si assumono violate, una sommaria esposizione dei fatti e dell'esito degli accertamenti svolti, l'indicazione dell'ufficio competente e del responsabile del procedimento al quale è possibile presentare eventuali controdeduzioni, nonché del termine di conclusione del procedimento.

Se il gestore della pagina internet non fosse rintracciabile, la comunicazione di avvio del procedimento indirizzata ai prestatori di servizi all'uopo individuati viene accompagnata da una richiesta di informazioni volta a consentire l'identificazione del gestore della pagina internet ai sensi dell'articolo 17, comma 2, lettera b), del decreto, ai fini della trasmissione della comunicazione di cui al comma 1 del presente articolo. Entro quarantotto ore dalla sua ricezione il prestatore di servizi deve dare riscontro. Con la stessa comunicazione di cui al comma 1 la Direzione informa l'uploader, il gestore della pagina internet e i prestatori di servizi che possono procedere all'adeguamento spontaneo entro il termine di tre giorni dalla ricezione della comunicazione stessa.

Nel caso in cui l'uploader, il gestore della pagina internet o i prestatori di servizi provvedono all'adeguamento entro il termine di cui al comma 3, ne danno contestuale comunicazione alla Direzione, la quale dispone l'archiviazione del procedimento in via amministrativa, dandone notizia al soggetto istante e ai destinatari della comunicazione di avvio del procedimento. Se invece ritengono di controdedurre in merito alla violazione contestata, l'uploader, il gestore della pagina internet e i prestatori di servizi trasmettono alla Direzione ogni elemento utile ai fini della relativa verifica. Salvo il caso di adeguamento spontaneo, la Direzione, esaminati gli atti, li trasmette all'organo collegiale²⁴, formulando proposta di archiviazione ovvero di adozione dei provvedimenti di cui agli articoli 14, comma 3, 15, comma 2, e 16, comma 3, del Decreto legislativo 70/2003. L'organo collegiale, esaminati gli atti, ne dispone l'archiviazione ovvero esige che i prestatori di servizi destinatari della comunicazione pongano fine alla violazione commessa.

A tal fine, l'organo collegiale ordina ai prestatori di servizi di provvedere, entro tre giorni dalla notifica dell'ordine, alla rimozione selettiva delle opere digitali diffuse in violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi ovvero alla disabi-

²⁴ Ai sensi dell'art. 1 lettera g) allegato A, delibera Agcom 452/13/CONS, "organo collegiale": la Commissione per i servizi e prodotti dell'Autorità, la quale, ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera b), n. 4-*bis*, della legge 31 luglio 1997, n. 249, come modificato dall'articolo 11, comma 2, della legge 18 agosto 2000, n. 248, esercita le funzioni di vigilanza e accertamento di cui all'articolo 182-*bis* della Legge sul diritto d'autore e quelle di cui agli articoli 14, 15, 16 e 17 del Decreto.

litazione dell'accesso alle medesime.

L'organo collegiale può altresì ordinare ai prestatori di servizi, di procedere al reindirizzamento automatico verso una pagina internet, redatta secondo le modalità indicate nell'ordine adottato dall'Autorità, delle richieste di accesso alla pagina internet su cui è stata accertata la presenza di opere digitali diffuse in violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi.

I provvedimenti sono adottati dall'organo collegiale entro quarantacinque giorni dalla ricezione dell'istanza. Di essi è data notizia al soggetto istante e ai destinatari della comunicazione di avvio del procedimento. In caso di inottemperanza agli ordini, l'Autorità applica le sanzioni di cui all'articolo 1, comma 31, della legge 31 luglio 1997, n. 249²⁵, dandone comunicazione agli organi di polizia giudiziaria ai sensi dell'articolo 182-ter della Legge sul diritto d'autore.

In molti hanno ritenuto l'intervento dell'Autorità poco pregnante, vista l'assenza dell'indicazione dei criteri delle procedure di notice and take down al fine di determinarne la qualità ed efficacia. Invero, attraverso la loro identificazione in sede di notificazione la stessa Autorità potrebbe vagliare la conformità delle procedure di notice and take down ai criteri previsti dal regolamento stesso.

Così come, pur condividendo l'opportunità di una procedura auto-regolamentata, si crede che tale fase non debba essere posta come obbligatoria per chi voglia ricorrere alla procedura dinanzi all'Autorità. Potrebbe essere posta come tale solo nel caso in cui fossero predisposti criteri o standard minimi specificatamente individuati dall'Autorità. Sicuramente poco chiaro è parso poi il coinvolgimento dei vari operatori della filiera dei prestatori dei servizi per le attività di take down o sites blocking: difficile, infatti, individuare nel dettaglio chi sono gli operatori coinvolti e quali richiesti di ordine sono a loro specificatamente indirizzate.

Tra l'altro i "prestatori di servizi" non sono tecnicamente in grado di effettuare una rimozione selettiva di pagine di siti internet o di link contenuti nelle medesime, in quanto questo tipo di intervento può essere richiesto solamente al gestore della pagina internet. Andrebbe, pertanto, specificata ogni categoria di operatore in base all'azione di intervento richiesta. In aggiunta, la comunicazione all'uploader rischia di appesantire il procedimento e creare una giustificazione per i gestori dei siti che non rimuovano i contenuti illeciti una volta venuti a conoscenza dei fatti.

È stato anche osservata la necessità di individuare un testo che declini in modo

²⁵ I soggetti che non ottemperano agli ordini e alle diffide dell'Autorità, impartiti ai sensi della presente legge, sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria da lire venti milioni a lire cinquecento milioni. Se l'inottemperanza riguarda provvedimenti adottati in ordine alla violazione delle norme sulle posizioni dominanti, si applica a ciascun soggetto interessato una sanzione amministrativa pecuniaria non inferiore al 2% e non superiore al 5% del fatturato realizzato dallo stesso soggetto nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della contestazione.

chiaro il principio che la responsabilità sull'eventuale illecito nel trattamento di contenuti è dell'uploader e del gestore della pagina (soggetto responsabile) e che il coinvolgimento dell'hosting provider e del fornitore di accesso debba essere correlato alle diverse possibilità tecniche di intervento di tali soggetti.

L'hosting provider, infatti, non può intervenire sul singolo contenuto illegittimo, ma deve intervenire interamente sul sito che lo ospita, procedendo alla sua rimozione.

Il fornitore di accesso non può, invece, procedere ad alcuna rimozione selettiva, essendo nelle sue facoltà la sola inibizione dell'indirizzamento al DNS del sito "pirata".

Si è richiesto pertanto all'Agcom di precisare compiti e destinatari dei vari ordini: rimozione selettiva in capo al gestore del sito, chiusura del sito illecito in capo all'hosting provider (sito localizzato in Italia), disabilitazione dell'accesso (IP+DNS) in capo all'Internet service provider (sito localizzato all'estero).

Non essendo infatti ipotizzabile un ordine dell'Autorità rivolto esclusivamente agli intermediari, soprattutto in considerazione del fatto che lo schema di regolamento non prevede il gestore della pagina, cioè il vero responsabile della violazione, fra i destinatari dell'ordine stesso.

Tra gli altri suggerimenti non è mancato chi ha esplicitato che nel caso di rimozione selettiva, il soggetto destinatario del provvedimento deve essere il content provider ritenuto responsabile in prima battuta dei contenuti veicolati in quanto esercitante un controllo di carattere editoriale sulla pagina web.

In tema di enforcement, invece, si è evidenziato come il blocco DNS non sia sufficiente e sia potenzialmente pericoloso per il funzionamento di internet poiché il perimetro dell'intervento non è facilmente identificabile: è infatti possibile che vengano colpite sia pagine "non colpevoli" del medesimo sito, sia tutti quei siti che condividono il dominio (per esempio la piattaforma Blogger ha DNS comune con tutti i blog in esso presenti).



Modalità di intervento e procedure di notifica e rimozione

A seguito delle puntuali critiche mosse contro il procedimento così delineato, l'Agcom ha deciso di procedere ad una sostanziale modifica della procedura in esame. Con riferimento al notice and take down previsto, oltre a introdurre la definizione di cui all'articolo 1, lettera d)²⁶, è stato soppresso l'articolo 6²⁷ e con esso l'obbligo espresso di ricorrere in via principale alle eventuali procedure autonomamente previste dai gestori dei siti e solo secondariamente alla procedura di cui al regolamento. Tale modifica, osserva l'autorità "è stata resa necessaria anche dalle perplessità espresse, sia in sede di consultazione pubblica sia da parte della Commissione europea, in merito ai tempi del procedimento, su cui incidavano in particolare i tempi iniziali di avvio legati alle procedure di notice and take down, e tenuto conto della possibilità che si verificano forme di propagazione degli illeciti nelle more dell'adozione del provvedimento definitivo da parte dell'Autorità."²⁸

L'articolo 5 del regolamento ora così recita:

- 1) Ferme restando le eventuali procedure auto-regolamentate di notice and take down, ai fini della tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica l'Autorità interviene su istanza di parte, ai sensi del presente e del successivo capo.

L'Agcom non ha poi ritenuto possibile assumere una maggiore ingerenza nella valutazione della qualità ed efficacia delle procedure di autoregolamentazione, ritenuto che non sono espressione di una volontà privata su cui non è auspicabile far cadere gravami amministrativi.

²⁶ "Procedure di notice and take down": procedure finalizzate alla rimozione di contenuti illeciti dalle reti di comunicazione elettronica.

²⁷ Art.6 *Procedure di notifica e rimozione*:

1. Qualora un soggetto legittimato ritenga che un'opera digitale resa disponibile su una pagina internet violi un diritto d'autore o un diritto connesso, può inviare una richiesta di rimozione al gestore della pagina internet.
2. Qualora previamente notificate all'Autorità e da questa rese pubbliche attraverso il proprio sito istituzionale, si osservano le procedure di autoregolamentazione adottate dal gestore della pagina internet.

²⁸ Delibera Agcom 680/13/CONS (170).

Il comma 1 del successivo articolo 6 per quanto riguarda la segnalazione di violazioni d'autore, prevede che i soggetti legittimati, ovvero i titolari dei diritti d'autore o diritti connessi e tutti gli altri soggetti autorizzati a disporre, in particolare i titolari di licenze di sfruttamento in proprio o attraverso le loro associazioni per la tutela di interessi collettivi, possono presentare un'istanza all'Autorità, chiedendone la rimozione. L'istanza dovrà essere trasmessa utilizzando e compilando in ogni sua parte, pena "l'irricevibilità"²⁹, il modello reso disponibile sul sito dell'Agcom³⁰ e allegando ogni documentazione utile a comprovare la titolarità del diritto (comma 2). Il terzo comma precisa che il procedimento dinanzi all'Autorità non può essere promosso qualora per il medesimo oggetto e tra le stesse parti sia già pendente un procedimento dinanzi all'Autorità giudiziaria. La Direzione, entro sette giorni dalla ricezione dell'istanza, dispone l'archiviazione³¹ in via amministrativa ovvero avvia il procedimento.

Gli aspetti connessi alle modalità di presentazione delle istanze sono apparsi meritevoli di attenzione, soprattutto in considerazione dell'opportunità di prevedere forme di informatizzazione delle procedure. Appare altresì positivo lo sviluppo di un sistema automatizzato per la ricezione e la gestione delle segnalazioni, in modo da consentire ai soggetti interessati di compilare un'istanza in formato web form, che permette una più facile presentazione delle istanze nonché di processarle efficacemente. Oltre alle informazioni necessarie ai fini dell'accoglimento dell'istanza, è in ogni caso possibile allegare tutta la documentazione in possesso comprovante la titolarità dei diritti sull'opera digitale che si presume essere oggetto di violazione. Avviato il procedimento, il successivo articolo 7 prevede che la Direzione ne dia comunicazione ai prestatori di servizi all'uopo individuati, nonché, ove rintracciabili, all'uploader e ai gestori della pagina e del sito internet.

La comunicazione di avvio del procedimento deve contenere l'esatta individuazione delle opere digitali che si assumono diffuse in violazione della Legge sul diritto d'autore, l'indicazione delle disposizioni che si assumono violate, una sommaria esposizione dei fatti e dell'esito degli accertamenti svolti, l'indicazione dell'ufficio competente e del responsabile del procedimento al quale è possibile presentare eventuali controdeduzioni, nonché del termine di conclusione del procedimento (art. 7 comma 1 reg. cit.).

²⁹ Così definita da Agcom nell'articolo 6 del regolamento.

³⁰ <https://www.ddaonline.it/index.html>

³¹ Art.6 comma 4 reg. cit.: "La Direzione dispone l'archiviazione in via amministrativa delle istanze che siano:

- a) irricevibili per mancata osservanza delle prescrizioni di cui al comma 2 o per difetto di informazioni essenziali;
- b) improcedibili ai sensi del comma 3;
- c) inammissibili in quanto non riconducibili all'ambito di applicazione del presente regolamento;
- d) manifestamente infondate;
- e) ritirate prima delle decisioni dell'organo collegiale di cui all'articolo 8.

Al fine di ottemperare alle richieste di maggiore chiarezza circa i soggetti coinvolti nel procedimento istruttorio dinanzi all'Autorità e di delineare meglio tale coinvolgimento, l'articolo 8 (nuovo articolo 7) è stato parzialmente riformulato. L'avvio del procedimento, infatti, sarà notificato non più al soggetto istante, in quanto il suo ruolo dopo la presentazione dell'istanza non rileva ai fini del procedimento, ma ai prestatori di servizi all'uopo individuati, per essere posti nelle condizioni di intervenire prima della conclusione del procedimento, nonché all'uploader e ai gestori della pagina e del sito internet, se rintracciabili, al fine di poter rappresentare eventuali osservazioni nel merito della supposta violazione. I soggetti destinatari dell'atto di avvio vengono in tal modo posti nella condizione di conoscere l'esistenza di un procedimento e di poter decidere in merito ad una loro eventuale partecipazione, attraverso la presentazione di controdeduzioni o il ricorso all'istituto dell'adeguamento spontaneo. Con la medesima comunicazione di cui al comma 1 la Direzione informa i prestatori di servizi, nonché l'uploader e i gestori della pagina e del sito internet, ove rintracciati, che possono adeguarsi spontaneamente alla richiesta del soggetto istante (comma 2).

La trasmissione della comunicazione di avvio del procedimento ai prestatori di servizi non determina, ad avviso dell'Agcom, l'insorgere a carico dei medesimi di una responsabilità, non essendo stato, a quello stadio, ancora accertato il carattere illecito della diffusione delle opere digitali oggetto dell'istanza che ha determinato l'avvio del procedimento stesso.

Nel caso i prestatori di servizi ovvero l'uploader o i gestori della pagina o del sito internet provvedano all'adeguamento spontaneo di cui al comma 2, ne danno contestuale comunicazione alla Direzione, la quale dispone l'archiviazione del procedimento in via amministrativa, dandone notizia al soggetto istante e ai destinatari della comunicazione di avvio del procedimento.

Apprezzabile appare l'intento dell'Autorità di incoraggiare la risoluzione bonaria delle controversie in materia, limitando il suo maggiore intervento nei confronti dei siti strutturalmente dediti alla pirateria, secondo i principi di gradualità, proporzionalità e adeguatezza. È evidente, infatti, come l'istituto dell'adeguamento spontaneo, previsto già nell'articolato dello schema di regolamento posto in consultazione, risponda ad esigenze di speditezza dell'azione a tutela del diritto d'autore online.

Come in precedenza, ai prestatori di servizi ovvero all'uploader o ai gestori della pagina o del sito internet viene riconosciuta la facoltà di controdedurre in merito alla violazione contestata: gli stessi trasmettono alla Direzione, entro cinque giorni dalla ricezione, ogni elemento utile ai fini del relativo accertamento.

In presenza di esigenze istruttorie ovvero alla luce della complessità del caso, la

Direzione può disporre una proroga dei termini. Qualora, invece, sia necessario acquisire ulteriori elementi di valutazione, la Direzione può chiedere ai soggetti che ne siano in possesso informazioni utili all'istruttoria, ai sensi dell'articolo 1, comma 30, della legge 31 luglio 1997, n. 249³².

Salvo il caso di adeguamento spontaneo, la Direzione trasmette gli atti all'organo collegiale, formulando proposta di archiviazione ovvero di adozione di provvedimenti a tutela del diritto d'autore di cui all'art. 8 del reg. citato.

Impregiudicato rimane il diritto dell'istante di rivolgersi all'Autorità giudiziaria, infatti l'art. 7 comma 7 reg. cit. prevede che: "Qualora nel corso del procedimento adisca l'Autorità giudiziaria per il medesimo oggetto, il soggetto istante ne informa tempestivamente la Direzione, che archivia gli atti e li trasmette all'Autorità giudiziaria, anche nel caso in cui gli stessi siano stati già inviati all'organo collegiale ai sensi del comma 6, dandone notizia ai destinatari della comunicazione di avvio del procedimento". L'ipotesi di archiviazione però è stata limitata solo al caso in cui l'Autorità giudiziaria venga adita dal soggetto istante, per evitare che altri soggetti si rivolgano strumentalmente alla magistratura al solo scopo di bloccare il procedimento in corso presso l'Autorità, rischio peraltro evidenziato anche dalla Commissione europea. Inoltre, l'archiviazione degli atti da parte della Direzione ha luogo anche qualora l'autorità giudiziaria venga adita dal soggetto istante dopo la trasmissione degli atti stessi all'organo collegiale.

L'organo collegiale, entro 35 giorni dalla ricezione dell'istanza, esaminati gli atti, dispone l'archiviazione qualora non ritenga sussistere la violazione del diritto d'autore e dei diritti connessi, invero, ordina ai prestatori di servizi individuati, a seconda del caso concreto, o la rimozione selettiva delle opere digitali rese disponibili in violazione del diritto d'autore, o la disabilitazione dell'accesso al sito, prevedendo, comunque, in entrambe i casi, di procedere a reindirizzare automaticamente verso una pagina internet, redatta secondo le modalità indicate dall'Autorità, le richieste di accesso alla pagina su cui è stata accertata la presenza di opere digitali diffuse in violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi.

L'art. 8 del reg. cit. ai commi 2, 3, 4, 5 infatti così recita:

2. Qualora ritenga sussistente la violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi, l'organo collegiale esige, nel rispetto dei criteri di gradualità, di proporzionalità e di adeguatezza, che i prestatori di servizi destinatari della comunicazione di cui all'articolo 7, comma 1, impediscano la violazione medesima o vi pongano fine, ai sensi degli articoli 14, comma 3, e 16, comma 3, del Decreto.

³² I soggetti che non provvedono, nei termini e con le modalità prescritti, alla comunicazione dei documenti, dei dati e delle notizie richiesti dall'Autorità sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria da lire un milione a lire duecento milioni irrogata dalla stessa Autorità.

A tale scopo, l'organo collegiale adotta gli ordini di cui ai commi 3, 4 e 5 nei confronti dei prestatori di servizi, i quali devono ottemperarvi entro tre giorni dalla notifica.

3. Qualora il sito sul quale sono rese disponibili opere digitali in violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi sia ospitato su un server ubicato nel territorio nazionale, l'organo collegiale ordina ai prestatori di servizi che svolgono attività di hosting, di cui all'articolo 16 del Decreto, di provvedere di norma alla rimozione selettiva delle opere digitali medesime. In presenza di violazioni di carattere massivo, l'organo collegiale può ordinare ai prestatori di servizi di provvedere, in luogo della rimozione selettiva, alla disabilitazione dell'accesso alle suddette opere digitali.

4. Qualora il sito sul quale sono rese disponibili opere digitali in violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi sia ospitato su un server ubicato fuori dal territorio nazionale, l'organo collegiale può ordinare ai prestatori di servizi che svolgono attività di mere conduit, di cui all'articolo 14 del Decreto, di provvedere alla disabilitazione dell'accesso al sito.

5. Qualora adottate le misure previste ai commi 3, secondo periodo, e 4, l'organo collegiale ordina ai prestatori di servizi, ai sensi dell'articolo 71, comma 2-*quater*, lettera a), del Codice, di procedere a reindirizzare automaticamente verso una pagina internet redatta secondo le modalità indicate dall'Autorità le richieste di accesso alla pagina internet su cui è stata accertata la presenza di opere digitali diffuse in violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi.

Nell'ottica di garantire una maggiore chiarezza circa la definizione dei ruoli dei soggetti chiamati ad ottemperare alle richieste di impedire o porre fine alle violazioni in materia di diritto d'autore, e in linea con quanto trasversalmente emerso dalla consultazione pubblica, è stato riformulato l'articolo 9, ora articolo 8 del regolamento, ripartendo in quattro commi diversi le norme relative ai provvedimenti adottabili dall'organo collegiale a conclusione del procedimento. Tale modifica è apparsa utile non solo in risposta alle istanze pressoché unanimesi in tal senso da parte dei soggetti intervenuti nel corso della consultazione pubblica, ma anche poiché la Commissione europea ha ribadito la centralità del divieto dell'obbligo generale di sorveglianza. Inoltre, ciò si pone in linea anche con le conclusioni dell'Avvocato generale nella causa C-314/12 UPC Telekabel che ha evidenziato che “non è compatibile con il necessario bilanciamento dei diritti fondamentali degli interessati, da effettuarsi nell'ambito dell'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29, vietare ad un provider in modo totalmente generale e senza prescrizione di misure concrete di consentire ai suoi clienti l'accesso ad un determinato sito Internet che viola il diritto d'autore”.

Sulla base di tali criteri, l'Agcom ritiene che l'esplicazione dei poteri dell'Auto-

rità in materia di diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica potrà articolarsi, nel rispetto del principio di proporzionalità delle misure rispetto alle violazioni, in una graduazione degli interventi, che saranno più selettivi e diretti unicamente al contenuto laddove sulla pagina internet si verificano occasionali violazioni del diritto d'autore, mentre, laddove la violazione sia massiva, saranno espressione di un'azione più incisiva, pur sempre privilegiando tra le diverse misure astrattamente adottabili quelle meno restrittive. Destinatari degli ordini dell'Autorità sono i soggetti che rientrano nel perimetro normativo dettato dalla direttiva sul commercio elettronico e dal relativo decreto di recepimento, così come delineati dalle nuove definizioni di cui all'articolo 1, lettera f) (prestatore di servizi) del regolamento. Non potranno, invece, rientrare in tale categoria gli altri soggetti a diverso titolo coinvolti nella fase iniziale del procedimento, in quanto esulano dall'ambito regolamentato.

Sono state poi trattate specificamente, per esigenze di maggiore chiarezza da più parti evocata, le diverse fattispecie con riferimento al contenuto degli ordini, distinguendole con riferimento all'ubicazione del server.

È stata espressa una preferenza per la misura meno invasiva, ossia per la rimozione selettiva³³ che dovrà essere adottata dall'hosting provider quando il server sia collocato in Italia, ferma restando la possibilità di ordinare la disabilitazione dell'accesso³⁴ in presenza di violazioni massive. In astratto, la disabilitazione potrebbe essere eseguita anche dai provider italiani che svolgono attività di mere conduit; questi, però, per definizione sono molteplici, mentre l'hoster è di norma uno solo, per cui è apparso preferibile e meno oneroso rivolgersi soltanto a quest'ultimo. Ove il server sia ubicato all'estero, invece, l'unica scelta tecnicamente possibile è risultata essere quella di ordinare la disabilitazione dell'accesso ai provider italiani di mere conduit sempre nel rispetto dei principi di gradualità, proporzionalità e adeguatezza.

A sostegno delle misure di intervento individuate, Agcom rappresenta che il quadro europeo fornisce un variegato ventaglio di opzioni di intervento.

Fermo restando il divieto di prevedere obblighi di sorveglianza di carattere generale di cui all'articolo 17 del decreto, ricordato dalla Commissione europea nelle sue osservazioni, il prestatore di servizi, per godere dell'esonero dalla responsabilità, ai sensi degli articoli 14, 15 e 16 del decreto medesimo, deve agire immediatamente per rimuovere le informazioni illecite o per disabilitare l'accesso alle medesime, non appena sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita, nella salvaguardia della proporzionalità delle misu-

³³ "Rimozione selettiva": eliminazione dalla pagina internet delle opere digitali diffuse in violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi ovvero del collegamento alle stesse mediante link o torrent o in altre forme.

³⁴ "Disabilitazione dell'accesso": disabilitazione dell'accesso alle opere digitali ovvero al sito internet univocamente identificato da uno o più nomi di dominio (DNS) o dagli indirizzi IP ad essi associati.

re inibitorie rispetto alla gravità delle violazioni e assicurando, nel contempo, l'osservanza del principio della libertà di espressione e delle procedure all'uopo previste a livello nazionale.

In tale quadro, la natura delle misure attuative degli ordini di cessazione della violazione irrogabili dall'Autorità nei confronti dei prestatori di servizi è suscettibile di mutare in relazione alle caratteristiche e alla gravità delle violazioni accertate e in applicazione dei criteri di gradualità, proporzionalità e adeguatezza. Al riguardo, si rappresenta che si è preferito indicare il tipo di intervento, lasciando ai prestatori di servizi l'individuazione delle modalità tecniche per darvi attuazione, anche a seguito delle conclusioni dell'Avvocato generale della Corte di giustizia dell'Unione europea nella causa di rinvio pregiudiziale C-314/12 UPC Telekabel, sopra citata.

Per quanto concerne le possibili modulazioni delle due misure la rimozione selettiva risulta implementabile dai prestatori di servizi per i server collocati sul territorio nazionale, mentre, nel caso di server collocati all'estero, una siffatta misura implicherebbe il ricorso a tecniche di filtraggio non compatibili con la recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Per altro verso, la misura della disabilitazione dell'accesso al contenuto illegale, che comporta il blocco dell'IP e/o della risoluzione DNS è apparsa all'Autorità la più idonea per le ipotesi di pirateria massiva, e l'unica azionabile nel caso di siti con server situati all'estero. "Sebbene tale misura possa anche essere aggirata dal pubblico nazionale mediante l'accesso alle opere per altre vie (cd. proxy esteri), essa ha tuttavia un effetto collaterale positivo, in quanto, accedendo attraverso il proxy, il sito non viene remunerato in base alla pubblicità parametrata seguendo il numero degli accessi, dal che potrebbe discendere un forte incentivo al consumo di prodotti legali³⁵".

Con riferimento invece, al reindirizzamento automatico ad apposite pagine internet a ciò dedicate Agcom lo ha considerato un utile strumento per l'educazione degli utenti alla corretta fruizione delle opere diffuse sulle reti di comunicazione elettronica. L'idea alla base è stimolare una maggiore consapevolezza circa la legalità del consumo di opere digitali, favorire la conoscibilità dei servizi che consentono la fruizione legale di opere digitali tutelate dal diritto d'autore, nonché l'accesso ai servizi medesimi. Nel nuovo testo del regolamento, sulla base di alcune richieste avanzate nel corso della consultazione, è sembrato utile specificare che il reindirizzamento automatico viene ordinato in tutti i casi di disabilitazione, costituendo, così, una misura standard.

³⁵ Delibera Agcom 680/13/CONS (228).



Il procedimento abbreviato

“Il procedimento abbreviato risponde all’esigenza di garantire celerità nella repressione di violazioni che per loro stessa natura richiedono un intervento tempestivo. Ogni secondo di violazione sulle reti di comunicazione elettronica ha, infatti, una potenzialità di diffusione e, conseguentemente, di lesività, tale da rendere imprescindibile un intervento quanto più rapido possibile.

Peraltro, i citati articoli 14 e 16 del Decreto (rispettivamente per mere conduit e hosting) prevedono 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 [...], impedisca o ponga fine alle violazioni commesse.

Come sopra evidenziato, rispetto all’astratta possibilità di fare ricorso alle procedure cautelari, si è ritenuto preferibile tradurre tali istanze nella previsione di tempi ridotti nel procedimento abbreviato³⁶”.

Così il regolamento Agcom all’art. 9 del cit. reg., prevede che, qualora sulla base di una prima e sommaria cognizione dei fatti oggetto dell’istanza di cui all’art. 6, la Direzione ritenga che i fatti stessi configurino un’ipotesi di grave lesione dei diritti di sfruttamento economico di un’opera digitale ovvero un’ipotesi di violazione di carattere massivo, i termini del procedimento siano drasticamente ridotti³⁷, stabilendo, in particolare, che i provvedimenti di cui all’art. 8, debbano essere adottati dall’organo collegiale entro e non oltre dodici giorni dalla ricezione dell’istanza.

La previsione di un procedimento abbreviato ha sollevato numerosi dubbi che, alla luce della stesura finale del regolamento, paiono ancora non risolti. In parti-

³⁶ Delibera Agcom 680/13/CONS (248).

³⁷ a) l’archiviazione in via amministrativa e l’avvio del procedimento, di cui all’articolo 6, comma 7, hanno luogo entro tre giorni dalla ricezione dell’istanza; b) la trasmissione delle controdeduzioni, di cui all’articolo 7, comma 4, può avere luogo entro tre giorni dalla comunicazione dell’avvio del procedimento; c) la trasmissione degli atti all’organo collegiale non può avere luogo prima della scadenza del termine di cui alla lettera b); d) i provvedimenti di cui all’articolo 8, commi 1, 2, 3, 4 e 5, sono adottati dall’organo collegiale entro dodici giorni dalla ricezione dell’istanza; e) l’ottemperanza agli ordini di cui all’articolo 8, commi 2, 3, 4 e 5 ha luogo entro due giorni dalla notifica dell’ordine stesso.

colare, si è osservato che lo schema di regolamento introduce principi di diritto sostanziale, come la “grave violazione dei diritti di sfruttamento economico di un’opera digitale”, e concetti, come il carattere massivo della violazione o i tempi di immissione sul mercato dell’opera che non sono previsti in alcuna norma primaria e sono altresì generici difettando così del requisito della tassatività.

La genericità della disposizione, oltre a interferire in maniera sensibile con la disciplina penalistica, si riflette inevitabilmente sull’incertezza relativa all’Autorità competente (Giudice penale o Autorità amministrativa di garanzia).

Pertanto, sarebbe stato opportuno specificare i casi e/o i requisiti necessari affinché una lesione dei diritti di sfruttamento economico possa essere qualificata come “grave”, ritenendo gli elementi indicati al comma 3³⁸, anch’essi generici e tali da legittimare un intervento dell’Autorità dettato da eccessiva discrezionalità, parendo l’elenco tutt’altro che completo e tassativo.

Analogo discorso può essere ripetuto per il concetto di massività: pare, infatti, non chiaro quale sia l’elemento determinante ai fini dell’accertamento della contraffazione massiva, che dovrebbe quanto meno essere ponderato rispetto alle dimensioni della struttura ove le violazioni vengono perpetrate, in modo da scongiurare il pericolo che l’infrazioni siano valutate massive senza considerare il rapporto segnalazioni/opere presenti (dieci violazioni sono un numero esiguo se si fa riferimento a piattaforme di grandi dimensioni, mentre sono un numero elevato per un sito con undici contenuti).

Peraltro, le previsioni relative al comma 3, lettere e) e g) (incoraggiamento alla fruizione di opere digitali diffuse in violazione e la messa a disposizione di indicazioni sulle modalità tecniche per accedere alle opere digitali diffuse illegalmente) presentano gravissimi dubbi di compatibilità con la disciplina relativa alla libertà di espressione, nella misura in cui stabiliscono che i titolari dei siti devono cancellare qualsiasi affermazione che incoraggi la violazione del diritto d’autore e prevedono la procedura abbreviata per le ipotesi di messa a disposizione di indicazioni in merito alle modalità tecniche per accedere alle opere digitali diffuse illegalmente.

Tutte questioni che Agcom, invece, non ha ritenuto rilevanti: “la gravità e il carattere massivo della violazione sono intesi quali presupposti per il ricorso al

³⁸ Ai fini del ricorso al procedimento abbreviato di cui al presente articolo, la Direzione valuta, tra l’altro, i seguenti elementi: a) la circostanza che, in relazione al medesimo oggetto e a seguito di una precedente istanza, l’Autorità abbia già ritenuto sussistente la violazione del diritto d’autore o dei diritti connessi ai sensi dell’articolo 8, comma 2; b) la significativa quantità delle opere digitali che si assumono diffuse in violazione del diritto d’autore o dei diritti connessi; c) i tempi di immissione sul mercato dell’opera digitale; d) il valore economico dei diritti violati e l’entità del danno causato dall’asserita violazione del diritto d’autore o dei diritti connessi; e) l’incoraggiamento, anche indiretto, alla fruizione di opere digitali diffuse in violazione della Legge sul diritto d’autore; f) il carattere ingannevole del messaggio, tale da indurre nell’utente l’erronea convinzione che si tratti di attività lecita; g) la messa a disposizione di indicazioni in merito alle modalità tecniche per accedere alle opere digitali diffuse illegalmente; h) lo scopo di lucro nell’offerta illegale delle opere digitali, desumibile anche dal carattere oneroso della loro fruizione ovvero dalla diffusione di messaggi pubblicitari; i) la provenienza dell’istanza di cui all’articolo 6 da parte di una delle associazioni di cui all’articolo 1, comma 1, lettera u).

procedimento abbreviato. Sono poi esplicitati alcuni elementi sintomatici che potranno essere presi in considerazione ai fini della gravità e del carattere massivo della violazione. Si precisa che il carattere massivo della violazione può costituire di per sé motivo di ricorso al procedimento abbreviato indipendentemente dalla gravità della lesione dal punto di vista economico. Tra gli elementi sintomatici si segnalano i tempi di immissione dell'opera sul mercato, sulla base della considerazione che sulle reti di comunicazione elettronica le opere si diffondono molto rapidamente e che, come sopra ricordato, ciò rende imprescindibile un intervento quanto più celere possibile. Si precisa, inoltre, che per definire il carattere massivo della violazione saranno presi in considerazione inevitabilmente i profili di carattere quantitativo, che non si è ritenuto possibile definire preventivamente per evitare soglie predeterminate³⁹”.

Il dibattito, appena iniziato, non pare di prossima soluzione vista la lontananza delle ipotesi qui sopra analizzate. La generalità dei principi delle nozioni contenute nell'articolo 9 del regolamento collide irrimediabilmente con il principio di tassatività che, visti i provvedimenti inibitori adottabili capaci di incidere sui diritti fondamentali riconosciuti ai vari attori della rete, avrebbe dovuto essere invece ispiratorio e di guida per la norma in oggetto.

³⁹ Delibera Agcom 680/13/CONS (255 e ss.).



Il dado non tratto

Tra forti perplessità e problematiche non risolte, l'Agcom, con la delibera 630/2013/CONS ha approvato il “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”, entrato in vigore il 31 marzo 2014. La sussistenza o meno in capo all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni dei poteri necessari a deliberare in materia è la questione su di cui si è concentrato, e ancora si concentra, prevalentemente il dibattito.

Nell'ordinamento italiano non sussiste alcuna norma che permetta di sostenere che sia intenzione del legislatore introdurre meccanismi alternativi di prevenzione e reazione agli illeciti. Il potere di vigilanza e inibitorio, che l'Agcom si è autonomamente attribuita, può infatti solamente sussistere, sotto il profilo soggettivo, relativamente ai fornitori di servizi media audiovisivi cui sia possibile ricondurre la responsabilità editoriale dei contenuti stessi, mentre sotto il profilo oggettivo solo per i contenuti di media audiovisivi.

Le questioni ancora irrisolte rimangano comunque numerose anche dopo l'approvazione del regolamento. Oltre infatti alle criticità già emerse in questa trattazione, appaiono meritevoli di considerazione le problematiche sollevate anche a livello comunitario. In primis, le misure inibitorie da adottare paiono in aperto conflitto con le norme comunitarie laddove non prevedano alcun termini di efficacia delle stesse. Come osservato correttamente da Marco Pierani, Responsabile delle Relazioni Istituzionali per Altroconsumo, infatti: “i paragrafi 6 e 7 dell'articolo 50 dell'Accordo TRIPS⁴⁰ subordinano la possibilità per gli Stati Membri di assegnare all'Autorità giurisdizionale il potere di irrogare misure inibitorie a carattere provvisorio delle violazioni dei diritti di proprietà intellettuale a due condizioni:

⁴⁰ The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (Accordo sugli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale), spesso noto con l'acronimo TRIPS, è un trattato internazionale promosso dall'Organizzazione mondiale del commercio, WTO, al fine di fissare lo standard per la tutela della proprietà intellettuale. L'Accordo è stato ufficializzato dal GATT alla fine dell'incontro avvenuto a Marrakech nel 1994, al termine del negoziato Uruguay Round.

- a) tali misure devono divenire inefficaci qualora entro 20 giorni lavorativi o 31 giorni di calendario non sia attivato un giudizio mirato a decidere il merito della controversia;
- b) deve essere previsto un rimedio risarcitorio dei pregiudizi patiti dai soggetti che siano stati ingiustamente destinatari di tali misure.

Si badi bene, le predette condizioni devono sussistere anche qualora il provvedimento sia adottato da un'autorità amministrativa per espresso richiamo contenuto nel paragrafo 8 dell'articolo 50 dell'Accordo TRIPS”.

Anche i membri⁴¹ del parlamento europeo si sono interessati alla questione con due interrogazioni *ad hoc*: il timore è che sussistano seri rischi circa gli effetti deleteri che lo schema di regolamento Agcom avrà sulla libertà d'espressione in Rete. Libertà che trova il suo riconoscimento comunitario nell'articolo 10 della Convenzione Europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché nell'articolo 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Al riguardo non è superfluo ricordare come nell'ambito di un pacchetto di direttive di riforma della regolamentazione europea in materia di telecomunicazioni (il c.d. Telecom Package), dall'articolo 1 paragrafo 3a della Direttiva 2002/21/CE come emendato dell'art 1 paragrafo 3-*bis* della Direttiva 2009/140/CE:

“I provvedimenti adottati dagli Stati membri riguardanti l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, devono rispettare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dai principi generali del diritto comunitario. Qualunque provvedimento di questo tipo riguardante l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, che ostacolasse tali diritti o libertà fondamentali può essere imposto soltanto se appropriato, proporzionato e necessario nel contesto di una società democratica e la sua attuazione dev'essere oggetto di adeguate garanzie procedurali conformemente alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e ai principi generali del diritto comunitario, inclusi un'efficace tutela giurisdizionale e un giusto processo.

Tali provvedimenti possono di conseguenza essere adottati soltanto nel rispetto del principio della presunzione d'innocenza e del diritto alla privacy.

Dev'essere garantita una procedura preliminare equa ed imparziale, compresi il diritto della persona o delle persone interessate di essere ascoltate, fatta salva la necessità di presupposti e regimi procedurali appropriati in casi di urgenza debitamente accertata conformemente alla convenzione europea per la salvaguardia

⁴¹ On.li Rinaldi, Toia e Berlinguer.

dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Dev'essere garantito il diritto ad un controllo giurisdizionale efficace e tempestivo.”

Perplessità desta anche il fatto che l'Autorità abbia confermato la volontà di subordinare l'adozione dei provvedimenti inibitori all'iniziativa di parte, escludendo di fatto ogni possibilità di intervento autonomo. Se condividiamo l'idea che l'azione dell'Autorità dovrebbe concentrarsi nel salvaguardare l'interesse generale alla promozione ed alla salvaguardia della creatività, allora non dovrebbe tutelare interessi privati: non vi è ragione quindi per cui essa debba essere condizionata solo ed esclusivamente da un atto d'impulso del privato.

Ancora meno condivisibile la decisione dell'Autorità di indicare tra gli elementi da considerare ai fini dell'adozione del procedimento abbreviato, “il valore economico” dei diritti violati e lo “scopo di lucro” dell'offerta illegale, quest'ultimo desumibile anche “dalla diffusione di messaggi pubblicitari”.

La contraffazione sussiste anche in assenza del c.d. “scopo di lucro” e indipendentemente dal “valore economico” dell'opera. Il diritto d'autore è assoluto e include la piena disponibilità dell'opera protetta in capo all'avente diritto: opera che può anche legittimamente decidere di non diffondere affatto.

Il riferimento normativo allo “scopo di lucro” rischia di sminuire il diritto d'autore, che la legge prevede di portata ben più ampia. Senza dimenticare poi che sotto il profilo pratico sarebbe ben difficile accertare lo “scopo di lucro”: l'uso illegale di un'opera è infatti, sempre, veicolo per attrarre visitatori sui propri siti, cosa che consente le più svariate forme di valorizzazione, diretta o indiretta.

Un'ulteriore ragione che dovrebbe spingere a censurare il Regolamento Agcom è l'assoluta mancanza di un'analisi di impatto economico nello schema di regolamento. Sebbene più volte sollecitata, l'Autorità non ha infatti sviluppato direttamente o indirettamente alcuno studio indipendente sul c.d. danno da pirateria telematica in Italia né, tantomeno, è stata in grado di indicare l'ipotetica l'incidenza dello schema di regolamento sullo stesso. Ancora più grave poi la mancanza di previsione dei costi dell'attuazione, quelli per l'operatività a regime del regolamento che dovrà accollarsi lo Stato e quelli che dovranno accollarsi gli Internet Service Providers che saranno chiamati a sostenere parte del procedimento.

Un'adeguata protezione dei diritti di proprietà intellettuale è decisiva per la salvaguardia e lo sviluppo della creatività: e ciò non solo nell'interesse privatistico degli autori, ma anche in quello pubblicistico dei consumatori/utenti.

Ma, vista e considerata la rilevanza che la rete Internet assume di giorno in giorno nella società odierna, tant'è che il diritto di accesso ad internet oggi può asurgere a vero e proprio principio fondamentale dell'ordinamento comunitario, la necessità di una normativa adeguata al rango degli interessi in gioco non può

in alcun modo ritenersi soddisfatta dal lavoro compiuto dall'Autorità.

A prescindere dalla sussistenza o meno in capo all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni dei poteri necessari a deliberare in materia, il regolamento Agcom non può essere infatti valutato positivamente: la generalità dei principi e delle nozioni ivi contenute è di per sé sufficiente a censurare il regolamento stesso.

Il tentativo, pertanto, non può valere quanto il risultato, mancato.

Bibliografia

- F. BASSAN, e E. TOSI, *Diritto degli audiovisivi*, 2012 Giuffrè.
- A. BERTONI, M. L. MONTAGNANI, *Il ruolo degli intermediari internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 3, 2013.
- A. BRIDY, *Is Online Copyright Enforcement Scalable?*, in “*Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*”, Vol. 13, No. 4, pp. 695-737, Summer 2011.
- M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, 2010 Giuffrè.
- C. DI COCCO, *Temi di diritto dell'informatica*, G. Giappichelli Editore.
- L. EDWARDS, *Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright and Related Rights*, 2011.
- V. FALCE, *La modernizzazione del diritto d'autore*, 2012, Giappichelli Editore.
- A. M. GAMBINO e V. FALCE, *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, 2009, Art.
- M.L. MONTAGNANI, *Il diritto d'autore nell'era digitale. La distribuzione online delle opere dell'ingegno*, 2012, Giuffrè.
- A. MUSSO, *Il rispetto dei diritti d'autore e connessi nell'attuazione italiana della direttiva n. 2007/65/CE sui servizi di media audiovisivi*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010.
- M. OROFINO, *L'intervento regolamentare dell'Agcom in materia di diritto d'autore*, a cura di F. PIZZETTI in “*Il caso del diritto di autore*”, 2011, Giappichelli Editore.
- G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, 2010, Il Mulino.
- G. M. RICCIO, *La responsabilità degli internet providers*, 2002, Giappichelli Editore.
- M. RICOLFI, *Comunicazione al pubblico e distribuzione*, in *AIDA*, 2002.
- R. ROMANO, *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, 2001, Cedam.
- E. TOSI, *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, 2003, Giuffrè.

