

LA NOTICE AND TAKE DOWN “PUBBLICISTICA” DEL REGOLAMENTO DELL’AGCOM: COME CAMBIANO LE TUTELE DEI DIRITTI D’AUTORE IN INTERNET

Nicoletta De Mucci

novembre 2014

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un’autorizzazione preliminare per la riproduzione o l’impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

Abstract

L'entrata in vigore del Regolamento dell'AGCOM sulla tutela dei diritti d'autore in internet e nei servizi di media audiovisivi ha nuovamente messo in evidenza il problema del bilanciamento tra i diritti di proprietà intellettuale dei titolari dei diritti d'autore e i diritti degli utenti alla libertà di espressione e di comunicazione.

La procedura a tutela dei diritti d'autore in concreto adottata dall'Autorità consiste in una procedura di "rimozione forzata" dei contenuti dal web che richiama la Notice and Take Down (N&TD) statunitense, da cui l'appellativo di N&TD "pubblicistica".

Si ritiene tuttavia che l'aver affidato ad uno stesso soggetto, in specie all'AGCOM, la regolazione e la tutela di interessi antagonisti quali i diritti d'autore e i diritti degli utenti alla libertà di espressione e comunicazione generi delle inefficienze: si arriva al paradosso che l'Autorità preposta alla regolazione a tutela dei diritti d'autore è chiamata a disapplicare le norme da essa stessa create in quanto suscettibili di entrare in conflitto con i diritti fondamentali degli utenti, alla tutela dei quali l'AGCOM è istituzionalmente preposta.

Attraverso un esame sistematico/comparato del testo regolamentare, questo approfondimento mette in luce i suoi punti di maggiore criticità, allo scopo di enucleare possibili spunti di correzione e modelli di tutela alternativi.

Indice

Introduzione	6
Il P2P	7
I siti <i>user generated content</i>	8
Le principali strategie di contrasto: il modello <i>Hadopi</i> francese e la <i>Notice and Take Down</i> (N&TD) statunitense	10
Il modello <i>Hadopi</i>	10
La <i>notice and take down</i> (N&TD) statunitense	12
La N&TD pubblicitaria dell'AGCOM.....	15
1. N&TD pubblicitaria e N&TD statunitense a confronto nelle varie fasi del Regolamento	19
1.1. I soggetti coinvolti	20
1.1.1. La molteplicità dei destinatari della comunicazione di avvio del procedimento a fronte dei destinatari dei provvedimenti finali	20
1.1.2. L'ambito di applicazione del Regolamento.....	23
1.2. Il nuovo “Comitato per lo sviluppo e l'offerta legale di opere digitali” ..	26
1.3. Procedure a tutela del diritto d'autore online ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70.....	27
1.3.1. La fase pre-amministrativa opzionale: importanza teorica e pratica di una fase pre-amministrativa obbligatoria di autoregolamentazione.....	27
1.3.2. L'avvio della procedura.....	32

1.3.2.1. L'archiviazione dell'istanza di rimozione: rapporti tra procedura amministrativa e tutela giurisdizionale	33
1.3.2.2. L'avvio del procedimento: esiguità dei termini per la presentazione delle difese	35
1.3.3. La fase istruttoria: effettività del diritto alla difesa dei destinatari della procedura.....	36
1.3.3.1. L'inintelligibilità dei presupposti del procedimento abbreviato.....	36
1.3.3.2. Ancora sul procedimento abbreviato: dubbi sul presupposto dell' "istanza qualificata". Il pregiudizio del diritto alla difesa dei soggetti coinvolti nella N&TD pubblicitaria	39
1.3.4. La fase decisoria: tutela dei diritti d'autore su internet e libertà di espressione	41
1.3.4.1. Il contenuto dei provvedimenti adottati all'esito della N&TD pubblicitaria.....	43
1.3.4.2. Il web – blocking alla luce della sentenza Telekabel: condizioni di ammissibilità.....	46
1.3.4.3. L'insufficiente tutela dei diritti morali	50
1.4. La tutela dei diritti d'autore nei servizi di media audiovisivi.....	51
1.4.1. Principi generali e definizioni.....	51
1.4.2. La fase di avvio del procedimento	52
1.4.3. La fase istruttoria	53
1.4.4. I provvedimenti adottati dall'Autorità all'esito della procedura.....	53

1.4.5. Il procedimento speciale previsto dall'art. 14 del Regolamento	54
1.5. Disposizioni finali di attuazione	55
2. La (il)legittimità del Regolamento: profili pubblicistici alla luce della pronuncia del T.A.R. Lazio.....	56
2.1. Sulla pronuncia del T.A.R. in relazione alla nullità del Regolamento per violazione di legge e incompetenza dell'AGCOM.....	57
2.1.1. Sul vizio di incompetenza.....	58
2.2. Sulla (il)legittimità costituzionale degli artt. 5 comma 1, 14 comma 3, 15 comma 2 e 16 comma 3 del D.lgs. n. 70/2003 e dell'art. 32-bis del Testo Unico come modificato dal Decreto Romani	62
2.3. Interpretazione restrittiva ed interpretazione estensiva dell'art. 21, comma secondo, della Costituzione	65
Conclusion.....	68
Un modello alternativo di enforcement pubblicistico dei diritti d'autore: la "Notice and Take Up"	68
Bibliografia	72

Introduzione

Il 31 marzo 2014 è entrato in vigore 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”¹, un intervento (para) normativo realizzato dall’AGCOM contro le violazioni dei diritti d’autore su internet².

Come noto, la massificazione dell’uso della rete internet ha mutato l’assetto degli interessi antagonisti agli interessi dei titolari dei diritti d’autore.

Infatti, fino all’avvento delle prime tecnologie di riproduzione, scopo principale³ della tutela del diritto d’autore era proteggere la remuneratività dell’investimento degli imprenditori che diffondevano opere d’ingegno a proprio rischio (editori) dagli imprenditori concorrenti.

Già prima di internet, il diffondersi delle tecnologie analogiche di riproduzione (fotocopiatrice, videoregistratori, CD) aveva determinato una prima modificazione nella struttura degli interessi antagonisti a quelli dei titolari dei diritti d’autore. I principali “rivali” dei titolari dei diritti non erano più, infatti, gli imprenditori concorrenti, ma i produttori di tecnologia, dunque imprenditori non diretti concorrenti degli editori, la cui attività era tuttavia in grado di fornire il mezzo materiale attraverso il quale riprodurre e diffondere abusivamente e a basso costo le opere protette.

Successivamente, grazie alla rete internet, le tecnologie di riproduzione e diffusione dei contenuti sono diventate efficienti, veloci e facili da utilizzare, in altri termini, alla portata di tutti.

Si è verificato così un cambiamento epocale nell’assetto degli interessi protetti dalla disciplina delle tutele dei diritti d’autore: il principale rischio per i titolari dei diritti di utilizzazione economica è diventata l’attività dei fruitori, nel gergo informatico gli “users”, o almeno la parte di essi che non è disposta a pagare per la fruizione legale delle medesime opere protette che può facilmente reperire gratuitamente in rete.

¹ Da ora, per brevità, anche solo il “Regolamento”.

² Il Regolamento non riguarda solo le violazioni dei diritti d’autore su internet (Capo III del Regolamento), ma anche quelle commesse dai fornitori di servizi di media audiovisivi (Capo IV del Regolamento). Questa trattazione si soffermerà maggiormente sul Capo III. Il Capo IV verrà tuttavia illustrato nei suoi caratteri essenziali (vedi *infra*, 1.4).

³ P. AUTERI, *Diritto di Autore*, in (a cura di P. Auteri; G. Floridia; V. Mangini; G. Olivieri; M. Ricolfi; P. Spada) *Diritto Industriale, Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, Torino, 2012, 539 ss.

Gli *users* sono in grado oggi di porre in essere una gamma di pratiche lesive degli altrui diritti d'autore in continua evoluzione. Le pratiche degli *users* costituiscono una forma di concorrenza *sui generis* nei confronti degli imprenditori titolari dei diritti d'autore, che li "mette fuori mercato", poiché non potranno mai competere con miriadi di soggetti che offrono gli stessi contenuti gratuitamente. Le pratiche in questione, almeno così si dice ⁴, sarebbero anche indirettamente suscettibili di ledere gli interessi degli stessi autori, dal momento che la loro massificazione provocherebbe la progressiva perdita di redditività dell'industria culturale e dunque di potenziali occasioni di successo per gli artisti, nonché di tornaconto in termini di utili percepibili sulle vendite.

La fenomenologia della molteplicità di pratiche lesive poste in essere dagli *users* può suddividersi in due macro-categorie: il P2P e i siti *user generated content*.

IL P2P

La fruizione di contenuti in modalità *peer to peer* (P2P) consiste nello scambio di opere protette (file video, musicali, etc.) direttamente tra gli utenti senza l'intermediazione di un *server* centrale, ossia senza valersi di un sito internet dove i contenuti siano memorizzati e indicizzati, ma tramite un "dialogo" tra i *computers* degli utenti messi in diretto contatto da protocolli informatici P2P. I soggetti che mettono a disposizione tali protocolli in rete non sono responsabili per le violazioni commesse: la tecnologia P2P ha di per sé la funzione, legittima, di mettere in relazione più elaboratori connessi alla rete internet attraverso protocolli informatici. Se poi gli *users* si valgono della tecnologia in questione per dar luogo allo scambio illegittimo di opere protette, ciò non può essere imputato al fornitore della tecnologia, a meno che non si

⁴ Il fatto che il benessere economico dell'industria culturale si ripercuota automaticamente sulle occasioni di lancio e di guadagno degli autori è considerato un assioma nel sistema della tutela dei diritti d'autore. A parere di chi scrive tuttavia, non si tratta di una condizione assiomatica. Infatti, la c.d. industria culturale costituisce un'opportunità solo per gli artisti che hanno un grande potere contrattuale, magari acquisito proprio grazie all'industria culturale, ma che si manifesta, ove si manifesta, solo in un secondo momento rispetto all'entrata di questi artisti sul mercato. Al contrario, per gli artisti emergenti il cui valore commerciale non è ritenuto apprezzabile dall'industria culturale, la stessa rappresenta spesso una barriera all'entrata. Senza contare che non sono rari i casi in cui agli artisti sono praticate condizioni contrattuali inique. Il tema del rapporto tra artisti e industria culturale esula dall'oggetto di questa trattazione. Ci si limita dunque a rilevare in questa sede che non sempre è vero che il benessere dell'industria culturale è direttamente proporzionale al benessere degli autori come si tende a generalizzare.

dimostri che tale produttore è cosciente delle violazioni commesse (a.), ne trae vantaggio economico (b.) e ha come *business aim* proprio quello di favorire l'uso abusivo di opere protette 5.

Ma se anche si riuscisse a dimostrare la responsabilità del produttore di tecnologia e si ottenesse una misura inibitoria nei suoi confronti in sede giudiziale, tale misura consisterebbe presumibilmente nell'oscuramento del dominio del sito attraverso il quale i protocolli P2P sono messi a disposizione degli *users*. Tale misura sarebbe di fatto inutile, poiché per continuare a fornire detti protocolli e sottrarsi all'inibitoria, per il produttore di tecnologia sarebbe sufficiente registrare un nuovo dominio.

Alternativamente, la repressione dello scambio di contenuti protetti tramite i protocolli P2P potrebbe attuarsi tramite l'individuazione, e la conseguente punizione, dei singoli *users* che si avvalgono di tale tecnologia in modo illegittimo. Tuttavia, nella pratica, l'individuazione degli *users* "pirati" risulta tecnicamente molto complessa e costosa.

I SITI *USER GENERATED CONTENT*

I siti *user generated content* sono invece dei siti internet sui quali sono immessi dei contenuti protetti in modo che un numero indeterminato di persone possa accedervi e beneficiarne.

⁵ Il dibattito sulla responsabilità del produttore di tecnologia per le violazioni commesse dai suoi utilizzatori è nato negli anni '80 negli Stati Uniti a seguito dell'invenzione del videoregistratore. In un primo momento, la soluzione della giurisprudenza fu quella di considerare il produttore di tecnologia neutrale, quindi non responsabile per gli usi illeciti, in specie l'abusiva riproduzione e diffusione di opere protette dal diritto d'autore, perpetrati da terzi tramite l'uso della tecnologia prodotta (caso *Sony-Betamax. Sony Corp. Of America v. Universal City Studios Inc.*, *Supreme Court of U.S.A.*, 1984).

Quest'interpretazione può essere traslata senza difficoltà a coloro che mettono a disposizione protocolli informatici P2P, in quanto il P2P non è che una tecnologia finalizzata alla condivisione di contenuti informatici.

Tuttavia, dal momento che, *de facto*, la tecnologia P2P è stata fin da subito utilizzata per l'illegittimo scambio di opere protette, la stessa Corte Suprema degli Stati Uniti (caso *Grokster, Metro – Goldwin – Mayer (MGM) et alt. v. Grokster Ltd. et alt.*, *Supreme Court of U.S.A.*, 2005) ha elaborato dei criteri in base ai quali valutare in concreto la neutralità del produttore di tecnologia P2P. Tali criteri sono: se il fornitore dei protocolli P2P sia cosciente delle violazioni commesse dagli utenti, ne tragga vantaggio economico e abbia come scopo primario quello di favorire tali violazioni (*inducement theory*). I criteri elaborati nel caso *Grokster* sono stati applicati anche dalla Giurisprudenza dei Paesi dell'Unione Europea. In Italia, si veda il caso *The Pirate Bay*, Cass., Sez. III Pen., 23-12-2009, n. 49437.

Rispetto allo scambio di contenuti illegittimi in modalità P2P, i siti *user generated content* presentano per il titolare dei diritti lesi il vantaggio di poter interagire con un soggetto determinato, il sito ospite dei contenuti illegittimi, al fine di poter ottenere la rimozione dei contenuti diffusi senza il suo consenso e così, dunque, ottenere l'eliminazione degli effetti sfavorevoli della diffusione abusiva delle opere protette.

Ai fini di eventuali azioni risarcitorie invece non è sempre possibile per il titolare dei diritti d'autore, al pari di quanto avviene nell'ambito dello scambio di contenuti protetti in modalità P2P, rivolgersi ai siti intermediari per ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa della diffusione abusiva delle proprie opere.

Infatti, tali siti rientrano in genere nella categoria degli *hosting providers*, ossia dei prestatori di servizi intermediari in internet ⁶ che mettono a disposizione degli utenti degli "spazi" sul *web* in modo tale che detti utenti possano utilizzarli per immettervi i contenuti che desiderano.

La caratteristica principale di questi *hosting providers* è dunque che essi non selezionano i contenuti ospitati sui propri *servers*. Essi, infatti, si limitano a fornire il *locus* dove gli utenti possono immettere contenuti, che pertanto potranno essere tanto contenuti legittimi quanto contenuti diffusi in violazione di altrui diritti d'autore.

Dal momento che si presume che gli *hosting providers* non abbiano conoscenza dei contenuti ospitati sui propri *servers*, a questi soggetti intermediari è riconosciuta una generale esenzione dalla responsabilità per le violazioni commesse dai loro utenti (*safe harbours*) ⁷, sia nell'ordinamento comunitario (Direttiva *E-Commerce*) sia, con specifico riferimento alle violazioni di altrui diritti d'autore, nell'ordinamento statunitense (*Digital Millennium Copyright Act*) ⁸.

⁶ La disciplina dei prestatori di servizi intermediari in rete sarà esposta a breve *infra*, vedi "Il contesto normativo di riferimento".

⁷ L'analisi sistematica sul funzionamento dei *safe harbours* esula dall'oggetto di questa trattazione. Ciò che si renderà necessario approfondire sull'argomento verrà illustrato di volta in volta nel testo.

⁸ Per un'analisi maggiormente approfondita delle disposizioni della Direttiva *E-Commerce* relativamente al regime di responsabilità dei prestatori di servizi intermediari si rinvia nuovamente al "Il contesto normativo di riferimento". Per un esame analitico delle disposizioni del *Digital Millennium Copyright Act* in merito alla responsabilità degli *hosting providers* per le violazioni perpetrate dagli utenti, si veda invece a breve *infra*.

LE PRINCIPALI STRATEGIE DI CONTRASTO: IL MODELLO *HADOPI* FRANCESE E LA *NOTICE AND TAKE DOWN (N&TD)* STATUNITENSE

In questo contesto, due sono state le principali strategie di contrasto alla pirateria informatica fino ad ora approntate dagli ordinamenti.

Il modello *Hadopi* 9

La prima tra le strategie di contrasto alla pirateria informatica (il modello francese, c.d. HADOPI) era stata incentrata sull'inibizione dello scambio illecito di contenuti in modalità *peer to peer*. Il modello si basava sull'individuazione degli autori materiali dell'infrazione (gli *users* che scambiano illegalmente contenuti protetti in modalità P2P) da parte di un'Autorità amministrativa all'uopo istituita (HADOPI 10) e nella loro sanzione 11, in specie, la disconnessione coattiva dell'accesso alla rete, con il mantenimento a loro carico dell'obbligo di continuare a corrispondere al fornitore di accesso alla rete internet quanto dovuto per il contratto di fornitura originariamente sottoscritto e l'impossibilità di sottoscrivere un nuovo contratto di fornitura di accesso ad internet con un nuovo *provider* per il tempo di applicazione della sanzione. L'obiettivo era quello di disincentivare i trasgressori attraverso l'effetto deterrente di una sanzione altamente afflittiva qual è la disconnessione del servizio alla rete internet. Per attuare la disconnessione del servizio internet nei confronti di un determinato utente, l'Autorità si valeva della collaborazione dei soggetti fornitori di accesso alla rete (*internet access providers*, IAP).

Il limite del sistema francese è stato che i costi sostenuti hanno superato i benefici ottenuti 12: da un lato, il funzionamento dell'Autorità ha

⁹ A causa dei malfunzionamenti di cui si dirà a breve nel testo, il modello HADOPI originario è in fase di smantellamento. Infatti, il Dècret Ministèriel n. 596/2013 ha sostituito la sanzione della disconnessione dell'accesso ad internet, il fulcro del "sistema HADOPI", con una multa di minimo € 60,00, vedi <http://www.lastampa.it/2013/07/10/tecnologia/adiu-hadopi-cala-il-sipario-sulla-discussa-legge-antipirateria-francese-8edaf80VdObYHDIiB8A2GL/pagina.html>.

¹⁰ HADOPI è l'acronimo del nome dell'Autorità amministrativa a cui si fa riferimento nel testo: *Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits*.

¹¹ Nel disegno originario, l'HADOPI avrebbe dovuto essere preposta alla repressione di qualsiasi comportamento degli utenti internet in violazione di altrui diritti d'autore, ma nella pratica la sua attività è stata completamente indirizzata al contrasto alle tecnologie P2P.

¹² Quanto detto emerge dal rapporto dallo studio sul funzionamento dell'HADOPI voluto dal governo francese (*Rapport Lescure*, cfr. *Mission « Acte II de l'exception culturelle »*, reperibile in www.culturecommunication.gouv.fr), il quale auspica, infatti, il progressivo smantellamento del sistema in vigore verso un modello di repressione degli illeciti contro i diritti d'autore su internet basato su un intervento mirato nei confronti degli intermediari di

richiesto, infatti, ingenti spese che sono pesate sul bilancio pubblico, dall'altro, i trasgressori effettivamente individuati e sanzionati sono stati pochi, a detrimento dell'effetto dissuasivo che la sanzione avrebbe dovuto suscitare negli *users*. Una delle cause del mal funzionamento del modello HADOPI è stata la lentezza d'intervento. Infatti, l'applicazione di una sanzione altamente afflittiva di un diritto fondamentale della personalità, quale la disconnessione coattiva dell'abbonamento alla rete internet¹³, richiedeva una serie di garanzie procedurali che dilatavano i tempi di accertamento della colpevolezza, a dispetto della celerità e prontezza d'intervento richieste dalle violazioni dei diritti d'autore su internet.

servizi in rete facilmente individuabili e non più sulla repressione diretta dei comportamenti dei singoli utenti.

¹³ La questione della possibile classificazione dell'accesso alla rete internet come diritto fondamentale della persona è un tema tutt'altro che pacifico (si veda *infra*, 2) *Le competenze dell'AGCOM in materia di tutela dei diritti d'autore su internet: profili di illegittimità del Regolamento*). L'orientamento del legislatore comunitario appare tuttavia quello di considerare l'accesso alla rete internet come un diritto fondamentale della persona, che trova la sua *ratio* nella garanzia del pieno esercizio della libertà di espressione e di accesso alle informazioni. Tale orientamento è stato manifestato dal Parlamento Europeo in occasione dell'approvazione del c.d. Pacchetto Telecom il 23 febbraio 2009 (il "Pacchetto" è costituito dalla Direttiva n. 2009/140/CE, recante modifiche alla "Direttiva Quadro" (Direttiva n. 2002/21/CE), alla "Direttiva Accesso" (Direttiva n. 2002/19/CE) ed alla "Direttiva Autorizzazioni" (Direttiva n. 2002/20/CE); dalla Direttiva n. 2009/136/CE, recante modifiche alla "Direttiva Servizio Universale" (Direttiva n. 2002/22/CE), alla "Direttiva sulla protezione dei dati personali" (Direttiva 2002/58/CE) ed al regolamento in materia di cooperazione tra le Autorità nazionali di regolamentazione (Regolamento (CE) n. 2006/2004); infine dal Regolamento (CE) n. 1211/2009, che istituisce l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche BEREC). In quell'occasione il Parlamento ha, infatti, approvato l'emendamento n. 46 all'art. 8, paragrafo 4, Direttiva n. 2002/21/CE: "*applying the principle that no restriction may be imposed on the fundamental rights and freedoms of end – users, without a prior ruling by the judicial authorities, notably in accordance with Article 11 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union on freedom of expression and information, save when public security is threatened, in which case the ruling may be subsequent*", testo reperibile in http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/pr/770/770260/7702.

Alla fattispecie dell'accesso ad internet è stata così estesa la riserva di giurisdizione prevista dai moderni ordinamenti costituzionali relativamente alle limitazioni dei diritti fondamentali degli individui. Tale riserva trova il suo fondamento normativo nell'art. 11 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, il quale stabilisce al primo comma: "*ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle Autorità pubbliche e senza limiti di frontiera*".

In questa prospettiva, l'accesso ad internet, quantomeno secondo il punto di vista del legislatore comunitario, è considerabile come uno dei mezzi tecnici che rende possibile l'attuazione del diritto di cui all'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dunque, come un diritto inviolabile della personalità.

La *notice and take down* (N&TD) statunitense

La seconda tra le maggiori strategie di contrasto alla pirateria informatica fino ad ora poste in essere consiste in una procedura finalizzata ad ottenere la pronta rimozione dei materiali illecitamente resi disponibili sul *web* attraverso l'uso dei siti *user generated content* e, in generale, attraverso i servizi di un *hosting provider*. L'obiettivo non è dunque la prevenzione delle violazioni attraverso sanzioni esemplari da applicarsi ai trasgressori individuati, ma la mera neutralizzazione degli effetti dannosi di tali violazioni. Si tratta del modello americano, in vigore negli Stati Uniti dal 1998, noto come *Notice and Take Down*.

La *notice and take down* è stata introdotta dal *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA).

Le norme del DMCA relative alla N&TD sono confluite nello *US Copyright Act, Section 512*.

Tale procedura coinvolge il presunto titolare dei diritti lesi, il sito che ospita i contenuti illeciti, (*internet hosting provider*) e l'utente che ha effettuato il caricamento (*upload*) dei contenuti contestati.

La procedura prevede che il titolare dei diritti che riscontri la presenza di contenuti illeciti su un determinato sito *web* ospite si rivolga al sito con una richiesta formale (*notification*), la cui struttura è disciplinata dalla stessa *Section 512*, allo scopo di ottenere la rimozione dei contenuti segnalati o la loro disabilitazione. Ciò che garantisce la collaborazione del sito intermediario è che in caso contrario tale sito viene considerato indirettamente responsabile della violazione perpetrata dagli utenti a mezzo dei suoi servizi (*Section 512 (c) (1)* dello *US Copyright Act*). In altri termini, negli U.S.A., un *hosting provider* che voglia beneficiare dei *safe harbours* relativi alle violazioni di altrui diritti d'autore commesse da terzi tramite i suoi servizi deve eseguire correttamente la procedura di *notice and take down* come disciplinata dallo *U.S. Copyright Act*.

Ai sensi della *Section 512 (c) (2)* dello *US Copyright Act* ogni soggetto che voglia svolgere attività di *hosting provider* deve predisporre un meccanismo di segnalazione degli abusi di proprietà intellettuale interno al sito e proporre un soggetto alla ricezione delle *notifications*. I dati di questo soggetto devono poi essere comunicati al *Copyright Office*, l'Autorità nazionale competente.

L'*hosting provider* ha il dovere di prendere in considerazione la *notification* solo se essa rispetta i requisiti elencati dalla *Section 512 (c) (3)A* dello *US Copyright Act*, ossia:

- 1) la firma elettronica del notificante ¹⁴;
- 2) l'individuazione del diritto d'autore che si assume violato;
- 3) l'identificazione analitica del materiale di cui si domanda la rimozione, in modo da non mettere l'*hosting provider* in condizione di doverlo attivamente ricercare all'interno del sito;
- 4) le informazioni necessarie per permettere all'*hosting provider* di contattare il notificante;
- 5) la dichiarazione che il notificante agisce in buona fede;
- 6) la dichiarazione che il notificante è autorizzato ad agire in nome e per conto del titolare dei diritti violati.

Se la *notification* rispetta i requisiti sopra elencati, l'*hosting provider* ha l'obbligo di rimuovere o disabilitare i contenuti con questa rivendicati e darne notizia all'*uploader* (*Section 512 (g) (2) A* dello *US Copyright Act*). L'*uploader* ha la facoltà di presentare una *counternotification* all'*hosting provider*, che deve contenere gli elementi prescritti dalla *Section 512 (g) (3)* dello *US Copyright Act*.

- 1) la firma elettronica del reclamante;
- 2) l'identificazione del materiale rimosso o disabilitato, specificando l'URL al quale il materiale appariva in precedenza;
- 3) la dichiarazione che il reclamo è fatto in buona fede in quanto il reclamante ritiene che il materiale segnalato sia stato rimosso senza motivo alcuno;
- 4) i dati del reclamante e l'esplicita accettazione della giurisdizione degli Stati Uniti.

L'accettazione della giurisdizione statunitense è necessaria poiché, ai sensi del combinato disposto della *Section 512 (g) (2) (B) e (C)* dello *US Copyright Act*, se un *hosting provider* riceve una *counter notification* deve darne notizia al preteso titolare dei diritti sui contenuti rimossi primo notificante, avvertendolo che ripristinerà il materiale rimosso in un intervallo tra i 10 e i 14 giorni dal ricevimento della *counter notification* a meno che il primo notificante non gli dia notizia nello stesso termine di aver adito l'Autorità giudiziaria per ottenere un provvedimento inibitorio contro l'*uploader* autore della *counter notification* avente

¹⁴ In caso non sia stata apposta la firma elettronica, ma tutti gli altri requisiti della *notification* siano soddisfatti, l'*hosting provider* può a sua discrezione contattare il notificante ed eseguire gli accertamenti necessari in modo da poter accettare l'istanza anche in assenza della firma elettronica (*Section 512 (c) (3) B ii* dello *US Copyright Act*).

ad oggetto l'obbligo di astenersi dal diffondere i contenuti di propria pertinenza.

In tal caso per un eventuale ripristino dei contenuti rimossi dovrà attendersi la decisione del giudice.

Infine, ai sensi della *Section 512 (f)* dello *US Copyright Act*, gli *hosting providers* che rispettino la procedura non sono responsabili di eventuali abusi da parte dell'autore della *notification* nel caso in cui egli non sia il vero titolare dei contenuti segnalati.

La N&TD, nonostante risulti sul piano pratico una procedura efficiente, ha suscitato numerose critiche da parte della dottrina statunitense¹⁵, in quanto è stata ritenuta suscettibile di determinare il c.d. *chilling effect*: gli utenti internet, spaventati dalla possibilità di essere coinvolti in un'azione giudiziaria, sarebbero disincentivati a proporre le *counter notifications* previste dalla procedura, il che darebbe luogo a sua volta ad un abuso della N&TD da parte dei pretesi titolari dei diritti d'autore, che se ne servirebbero anche per avversare gli usi leciti delle proprie opere, cioè quegli usi delle opere protette consentiti dalla legge in quanto considerati non suscettibili di arrecare danno al titolare dei diritti d'autore.

Come si vedrà nel corso di quest'approfondimento, il timore del *chilling effect* è stato una delle ragioni che hanno spinto il Legislatore comunitario¹⁶ a non istituzionalizzare la *notice and take down* statunitense¹⁷, lasciando tuttavia impregiudicata la possibilità per gli Stati membri di introdurla nelle forme ritenute più opportune. Ed infatti, all'art. 14, comma 3, della Direttiva *E-Commerce*, disposizione che disciplina specificamente l'attività dei prestatori di servizi di *hosting*, si legge che: “*il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, per un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa, in conformità agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di (...) definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime*”.

¹⁵ Si vedano G.W. PRING - P. CANAN, *Slapps: Getting sued for speaking out*, New York, 1996, 1 – 8; M. HEINS, *Will Fair Use Survive? Free Expression in the Age of Copyright Control*, New York, 2005, 29 ss.; J. M. URBAN & L. QUILTER, *Efficient Process or “chilling effects”? Takedown notices under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*, in *Santa Clara Computer and High Tech L.J.*, 2006, 621 ss.

¹⁶ Cfr. Direttiva *E-Commerce* su cui a breve *infra*.

¹⁷ M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, Milano, 2010, p.128.

Un altro limite della procedura di N&TD riguarda il fatto che, dato che essa presuppone la cooperazione del sito di *hosting*, non è idonea a contrastare lo scambio di contenuti in modalità P2P¹⁸, in quanto in quest'ipotesi, come illustrato in precedenza, il sito ospite non esiste.

Tuttavia, si ritiene che lo scambio illecito di contenuti protetti in modalità P2P, nonostante presenti forti potenzialità lesive per i titolari dei diritti di proprietà intellettuale, non abbia lo stesso impatto negativo rispetto al caricamento di contenuti protetti su siti dove quest'ultimi sono permanentemente memorizzati e di facile accesso al pubblico. Inoltre, come attestato dall'esperienza francese HADOPI, la repressione dello scambio di contenuti in modalità P2P implica costi insostenibili.

In questa prospettiva è dunque comprensibile la scelta recentemente effettuata dall'Autorità italiana AGCOM di indirizzare l'azione di contrasto alla pirateria informatica prevalentemente verso i siti *user generated content*.

La N&TD pubblicistica dell'AGCOM

Proprio sulla scorta del fallimento del sistema HADOPI, l'AGCOM ha scelto di ispirare il suo intervento (para)normativo contro le violazioni dei diritti d'autore su internet alla *notice and take down* statunitense, seppur con delle variazioni di notevole entità che verranno in seguito approfondite, tra cui la più evidente è proprio che la procedura di rimozione è coordinata da un'Autorità amministrativa, mentre nel modello statunitense l'Autorità pubblica non interferisce. Il Regolamento dell'AGCOM consiste in una procedura finalizzata all'emanazione di un provvedimento amministrativo ablatorio nei confronti dei prestatori di servizi di *hosting*, avente ad oggetto la rimozione o la disabilitazione dei contenuti illeciti, ovvero di un provvedimento nei confronti dei fornitori dell'accesso alla rete (*internet access providers*) avente ad oggetto l'"oscuramento" dei contenuti illeciti attraverso il blocco DNS.

¹⁸ Per completezza, è opportuno precisare che nel sistema statunitense esistono anche delle procedure volte al contrasto dello scambio illecito di opere protette in modalità P2P. Tali procedure sono ispirate al sistema HADOPI, tuttavia non sono state attuate a livello pubblicistico come in Francia, ma nell'ambito di un accordo privato tra i maggiori *internet access providers* e alcune delle più importanti *Corporations* operanti nell'industria dell'intrattenimento. L'Accordo è entrato in vigore nel febbraio 2013. Si veda *Copyright Alert System Set to Begin*, reperibile in www.copyrightinformation.org/wp-content/uploads/2013/02/Memorandum-of-Understanding.pdf, 09/08/2013.

Il Regolamento dell'AGCOM si inserisce nel sistema normativo relativo alle tutele dei diritti d'autore su internet tracciato dalla Direttiva *E-Commerce* 2000/31/CE e dal D.lgs. n. 70/2003, la legge nazionale di recepimento.

In particolare, la Direttiva ha enucleato tre diverse fattispecie di “prestatori di servizi intermediari in rete” (*providers*, o ISP), alle quali si è già fatto riferimento in precedenza, i quali rendono tecnicamente possibili le operazioni compiute dagli utenti pur mantenendo su tali operazioni un elevato grado di estraneità¹⁹. Per meglio comprendere cosa si vuole intendere per

¹⁹ Il concetto di “estraneità” degli ISP rispetto alle attività svolte dagli utenti a mezzo dei loro servizi, condizione necessaria, come sarà a breve meglio spiegato nel testo, per non essere considerati responsabili delle eventuali violazioni commesse da terzi a mezzo dei propri servizi (*safe harbour*), non è affatto pacifico, in specie riferimento alla categoria degli *internet hosting providers*, i prestatori del servizio di memorizzazione permanente dei contenuti *on-line*. Un'interpretazione estensiva del concetto dell'“estraneità” degli *hosting providers* ai contenuti ospitati applica loro il regime di esenzione finché essi non selezionino direttamente i contenuti da immettere in rete, purché, una volta a conoscenza dell'illiceità dei contenuti ospitati, si attivino secondo quanto previsto dalla legge per rimuoverli o disabilitarli.

Un'interpretazione restrittiva del concetto di “estraneità” degli *hosting providers* rispetto ai contenuti ospitati implica invece che l'applicazione dei *safe harbours* non sia possibile laddove l'*hosting provider* non si limiti a fornire lo “spazio” per il caricamento di contenuti, ma svolga un'attività di indicizzazione o posizionamento sui propri *servers* dei contenuti immessi dagli utenti tale da escludere il “carattere passivo” dell'attività tecnica prestata prescritto dal Considerando 42 della Direttiva *E-Commerce*: “*le deroghe alla responsabilità stabilita nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate*”.

La giurisprudenza italiana (Trib. di Roma, Sez. spec. prop. int., 16-12-2009, ord.; Trib. di Milano, Sez. spec. prop. int., 7-01-2011, n. 7680; Trib. di Milano, Sez. spec. prop. int., 19-01-2011, n. 10893) ha ritenuto più corretto, in quanto maggiormente conforme agli scopi della Direttiva *E-Commerce* come esplicitati nel Considerando 42, interpretare restrittivamente il requisito dell'estraneità degli *hosting providers* ai contenuti ospitati: l'applicazione dei *safe harbours* sarebbe possibile solo quando il prestatore di servizi intermediari mantenesse un completo “agnosticismo” rispetto ai contenuti ospitati.

Tuttavia, a ben vedere il considerando 42 della Direttiva *E-Commerce* non si riferisce agli *internet hosting providers*, ma alle altre due categorie di ISP contemplate dalla Direttiva: gli *access providers* e i *caching providers*. Lo si desume dalla circostanza che il Considerando relativo agli *internet hosting providers* è il Considerando n. 46 della Direttiva: “*per godere di una limitazione della responsabilità, il prestatore di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni deve agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitare l'accesso alle medesime non appena sia informato o si renda conto delle attività illecite. La rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime devono essere effettuate nel rispetto del principio della libertà di espressione e delle procedure all'uso previste a livello nazionale. La presente direttiva non pregiudica la possibilità per gli Stati membri di stabilire obblighi specifici da soddisfare sollecitamente prima della rimozione delle informazioni e della disabilitazione dell'accesso alle medesime*”.

“estraneità” degli ISP rispetto alle violazioni commesse dagli utenti, quantomeno nell’originaria prospettiva della Direttiva *E-Commerce*, si pensi ad una rete autostradale: l’impresa che mette a disposizione l’infrastruttura non ha alcuna facoltà di intervenire sulla tipologia di autovetture che transiteranno o su che cosa trasporteranno.

Nel caso del *web*, le tre categorie di fornitori dell’ “infrastruttura” sono: gli *access providers* (IAP), come la Telecom o la Fastweb, che forniscono l’accesso alla rete internet (art. 12, Direttiva *E – Commerce*), i *caching providers*, come Google, che memorizzano temporaneamente le informazioni al fine di funzionare come motori di ricerca (art. 13, Direttiva *E - Commerce*), e infine gli *hosting providers*, ossia i soggetti che rendono disponibile la memorizzazione permanente dei contenuti su piattaforme *on –line* (art. 14, Direttiva *E–Commerce*).

La Direttiva ha stabilito che, salvo il verificarsi di particolari e tassative ipotesi 20, tali soggetti non devono essere considerati responsabili per le violazioni, tra cui le violazioni di altrui diritti di proprietà intellettuale, commesse dagli utenti a mezzo dei loro servizi.

L’intervento comunitario ha tuttavia lasciato impregiudicata la possibilità che gli Stati membri impongano agli ISP di procedere all’eliminazione della violazione su richiesta dell’Autorità amministrativa o giudiziaria, ai sensi degli artt.12, comma 3, 13, comma 2 e 14, comma 3, della Direttiva *E-Commerce*.

In particolare, con riferimento agli *access providers* (fornitori di accesso alla rete), l’art. 12, comma terzo della Direttiva dispone che: “*il presente articolo*

Come si vede il carattere meramente passivo dell’attività svolta non rientra tra le condizioni imposte agli *internet hosting providers* per godere dei *safe harbours*, proprio perché la natura stessa di questi soggetti impone loro di compiere delle operazioni “attive” sui contenuti ospitati, altrimenti, verrebbero meno l’essenza e la qualità del servizio offerto. Si invita per tanto a riflettere se sia opportuna un’interpretazione tanto forzata del dato normativo, sostenuta, evidentemente, al solo e precipuo scopo di offrire un’efficace forma di tutela ai titolari dei diritti d’autore, i quali, è bene ricordarlo, rappresentano solo una componente e non la totalità degli interessi coinvolti nel quadro delle comunicazioni via internet.

²⁰ Tali condizioni, con diverse specificazioni tecniche a seconda della categoria di *provider* presa in considerazione, sono, in estrema sintesi, che il prestatore si astenga dal compiere operazioni sulle informazioni relative all’uso fatto dagli utenti dei suoi servizi tali da implicare che la sua attività non possa più qualificarsi come neutrale rispetto all’utilizzo fatto in concreto dagli utenti dei servizi offerti (cfr. Direttiva *E – Commerce*, artt. 12, comma 1; 13, comma 1; 14, comma 1 e gli artt. 14, 15 e 16 del D.lgs. n. 70/2003, legge interna di recepimento).

*lascia impregiudicata la possibilità, per un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa, in conformità agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di esigere che il prestatore ponga fine ad una violazione o la impedisca nonché la possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime*²¹; con riferimento ai *caching providers* l'art. 13, comma secondo, della Direttiva stabilisce che: *“il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione*”; infine, l'art. 14, comma terzo, della Direttiva, con riferimento agli *hosting providers*, dispone: *“il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, per un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa, in conformità agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di esigere che il prestatore ponga fine ad una violazione o la impedisca nonché la possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime*”.

La Direttiva *E-Commerce* ammette dunque la possibilità che gli ISP possano essere i destinatari di provvedimenti amministrativi finalizzati a dar loro un ordine di porre fine alle violazioni perpetrate a mezzo dei loro servizi.

Il Legislatore italiano nel D.lgs. n. 70/2003, legge di recepimento della Direttiva *E-Commerce*, agli articoli 14, comma terzo; 15, comma secondo, e 16, comma terzo, ha mantenuto invariata la formulazione della Direttiva 21. Dunque, il D.lgs. n. 70/2003 ammette che gli ISP possano essere i destinatari di un provvedimento amministrativo di natura inibitoria. La previsione ha naturalmente portata generale, che implicitamente rinvia per l'individuazione dell'Autorità competente e della natura del provvedimento a quanto previsto dalla legislazione applicabile secondo la materia della violazione presa in considerazione (tutela del minore, antitrust, diritti d'autore, etc.).

In materia di diritti d'autore, in Italia manca una normativa avente ad oggetto l'individuazione e i criteri d'intervento di un'Autorità amministrativa nei confronti degli ISP avverso le violazioni dei diritti d'autore su internet.

²¹ Art. 14, comma terzo, D.lgs. n. 70/2003; *“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*”; art. 15, comma secondo, D.lgs. n. 70/2003: *“L'autorità giudiziaria o quella amministrativa aventi funzioni di vigilanza può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse*”; art. 16, comma terzo, D.lgs. n. 70/2003: *“L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse*”. Sulla diversa formulazione “autorità di vigilanza” degli artt. 14 e 15 rispetto all'art. 16 “autorità competente” si tornerà *infra* 2.

L'AGCOM, con le implicazioni che verranno approfondite in seguito, ha pertanto ritenuto di poter colmare questo vuoto normativo con l'adozione del "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".

Il Regolamento (Capo IV) reca altresì le procedure avverso le violazioni commesse dai fornitori di servizi di media-audiovisivi e radiofonici, vale a dire i soggetti che non si limitano ad offrire i servizi tecnici (lo "spazio") sul quale immettere determinati contenuti, ma che hanno responsabilità editoriale sui contenuti veicolati (c.d. doppio binario del Regolamento).

In specie, questi soggetti sono definiti dalla Direttiva n. 65 del 2007 all'art. 1, *let. d*): "«fornitore di servizi di media», la persona fisica o giuridica che assume la responsabilità editoriale della scelta del contenuto audiovisivo del servizio di media audiovisivo e ne determina le modalità di organizzazione"; la stessa definizione è stata recepita dall'art. 2, comma 1, *let. b*) del D.lgs. n. 155 del 2007, meglio noto come «Testo Unico dei servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici» (da ora anche solo Testo Unico): "la persona fisica o giuridica cui è riconducibile la responsabilità editoriale della scelta del contenuto audiovisivo del servizio di media audiovisivo e ne determina le modalità di organizzazione; sono escluse dalla definizione di "fornitore di servizi di media" le persone fisiche o giuridiche che si occupano unicamente della trasmissione di programmi per i quali la responsabilità editoriale incombe a terzi" 22.

Fondamento normativo delle procedure di cui al Capo IV è il Decreto Romani, D.lgs. n. 144/2010, il quale ha introdotto l'art. 32-*bis* nel Testo Unico dei servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici, ai sensi del quale i fornitori di servizi di media audiovisivi devono operare nel rispetto dell'altrui proprietà intellettuale e spetta all'AGCOM emanare le disposizioni attuative necessarie per far rispettare questa prescrizione.

* * *

1. N&TD pubblicitaria e N&TD statunitense a confronto nelle varie fasi del Regolamento

L'attuale versione del testo del Regolamento è stata approvata il 12 dicembre 2013, Delibera 680/13/CONS. Tale versione era stata preceduta dallo Schema di Regolamento approvato con la Delibera 452/13/CONS.

²² Per un'analisi più approfondita dei fornitori di servizi di media audio – visivi si veda *infra* il par. 1.4.

Lo Schema era stato trasmesso alla Commissione Europea ai sensi e per gli effetti dell'art. 8, par. 2, Direttiva n. 98/34²³. Questa Direttiva prevede una procedura d'informazione tra le Autorità nazionali e la Commissione relativa alle regolamentazioni tecniche adottate dalle Autorità degli Stati membri nell'ambito del settore della "società dell'informazione", affinché la Commissione possa formulare le osservazioni che ritiene opportune ai fini di uniformare le normative degli Stati membri nell'ambito della telecomunicazione.

Come si vedrà, l'AGCOM non ha in realtà tenuto conto di tutte le osservazioni formulate dalla Commissione nel Documento 24 trasmesse a seguito della procedura d'informazione.

Il Regolamento, parimenti allo Schema, si compone di cinque capi: il primo ne definisce le finalità, il secondo affronta le misure idonee a sviluppare la diffusione legale di opere digitali, il terzo disciplina le procedure di rimozione dei contenuti diffusi dagli utenti in violazione di altrui diritti d'autore, il quarto, autonomo rispetto agli altri, disciplina le procedure di rimozione dei contenuti diffusi in violazione di altrui diritti d'autore specificamente dai fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici, il quinto elenca le disposizioni finali.

1.1. I SOGGETTI COINVOLTI

1.1.1. La molteplicità dei destinatari della comunicazione di avvio del procedimento a fronte dei destinatari dei provvedimenti finali

Ai sensi dell'art. 7 del Regolamento 25 sono parti del procedimento destinatari della comunicazione di avvio del procedimento:

²³ Art. 8, par. 2, Direttiva n. 98/34: "*la Commissione e gli Stati membri possono inviare allo Stato membro che ha presentato il progetto di regola tecnica osservazioni di cui lo Stato membro terrà conto, per quanto possibile, nella stesura definitiva della regola tecnica*". Alla luce del testo della Direttiva, si ritiene che per gli Stati Membri, nell'ambito dell'adozione di regole tecniche nel settore dell'Informazione, vi sia, al di là del generale principio di leale collaborazione, un esplicito obbligo contrattuale comunitario di conformarsi alle eventuali Osservazioni formulate dalla Commissione Europea.

²⁴ Message 303 IND 2013 0496 I EN 03-12-2013 02- 12-2013 COM 8.2 03-12-2013, da ora nel testo, per brevità, "Message 303". Il documento è disponibile su www.ipkitten.blogspot.com, 15 gennaio 2014.

²⁵ Nella versione precedente, art. 8 dello Schema di Regolamento.

- i prestatori di servizi all'uopo individuati (ossia i destinatari del provvedimento finale, cioè l'*hosting provider* o gli *access providers* secondo i criteri che verranno illustrati più avanti);
- il gestore del sito internet, ove rintracciabile, definito (art. 1, *let. g*) del Regolamento) come un prestatore di servizi “*diverso da quelli ex art. 14, 15, 16 del D.lgs. n. 70/2003 che cura la gestione di un sito internet*”, ossia il soggetto che “affitta” dall'*hosting provider* ospite uno spazio in rete sul quale crea il proprio sito internet e registra il proprio nome a dominio;
- il gestore della pagina internet, ove rintracciabile, cioè colui che “*cura la gestione di uno spazio su cui sono presenti opere digital*” (art. 1, *let. h*) del Regolamento). Con un qualche sforzo di interpretazione, può supporre che si tratti di un soggetto privo di un proprio nome a dominio “sub-conduttore” di uno spazio sul *web* all'interno di un altrui sito internet (ad esempio, un *blog* all'interno di un sito più visibile);
- l'*uploader*, ove rintracciabile 26.

In proposito, la Commissione 27 aveva richiesto di esplicitare la *ratio* in base alla quale, se destinatari dei provvedimenti finali erano solo gli ISP, venissero coinvolti nel procedimento soggetti ulteriori.

Secondo l'AGCOM, l'ampliamento dei soggetti destinatari della comunicazione di avvio del procedimento rispetto ai potenziali destinatari del provvedimento finale risponde ad una duplice esigenza: da un lato, maggiore è il numero dei soggetti potenzialmente coinvolti nella violazione a cui viene comunicato l'avvio della procedura, maggiore è la probabilità che qualcuno di essi proceda spontaneamente alla rimozione dei contenuti segnalati (c.d. adeguamento spontaneo) 28; dall'altro, se la comunicazione di avvio del procedimento viene inviata a tutti i soggetti coinvolti e non solo ai destinatari potenziali del provvedimento finale, l'intera procedura amministrativa assume carattere maggiormente garantista, in quanto viene assicurato a tutti i soggetti interessati dalla procedura di rimozione di determinati contenuti (il titolare del sito o della pagina ospite e il soggetto che ha eseguito il caricamento) la

²⁶ Non sempre si tratta di soggetti distinti, possono naturalmente anche coincidere.

²⁷ Commissione Europea, Message 303, II, n. 8), p. 2.

²⁸ Tale posizione è stata illustrata da A. M. GAMBINO, *Tutela AGCOM delle “opere digitali” e soggetti destinatari dell'obbligo di sorveglianza. Il ruolo dell'autoregolamentazione*, Seminario *Il Regolamento dell'AGCOM sulla tutela del diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica*, Roma, 18 febbraio 2014.

possibilità di esercitare il proprio diritto di difesa (nei modi e nei tempi che saranno a breve illustrati).

In proposito, è dubbio che questo ampliamento dei soggetti potenzialmente coinvolti nella procedura realizzi gli obiettivi sperati. Si ritiene piuttosto che tale ampliamento sia suscettibile di dar luogo a problemi tecnici ed incertezze giuridiche.

Per quanto concerne l'adeguamento spontaneo, si fa presente che i soggetti coinvolti nella procedura diversi dagli ISP destinatari del provvedimento finale non corrono alcun rischio a non rimuovere i contenuti segnalati ed anzi non hanno alcun interesse a farlo: un adeguamento spontaneo da parte loro potrebbe anzi costituire una sorta di ammissione di colpevolezza, da utilizzare come elemento di prova a loro sfavore in un eventuale separato giudizio a fini risarcitori avviato nei loro confronti dal titolare dei diritti d'autore lesi.

Peraltro, il beneficio dell'adeguamento spontaneo dei soggetti coinvolti dovrebbe essere quello di ridurre il lavoro istruttorio dell'AGCOM "troncando" il procedimento sul nascere. Tuttavia, il lavoro che l'Autorità potrebbe risparmiare in fase istruttorio grazie all'adeguamento spontaneo è a ben vedere soltanto "trasferito" alla fase di avvio del procedimento, e ciò a causa delle ricerche che l'AGCOM dovrà effettuare per inviare la comunicazione di avvio del procedimento alla molteplicità di soggetti prevista dal Regolamento, spesso di non facile individuazione.

Per quanto concerne invece il pieno esercizio del diritto alla difesa da parte dei soggetti a cui viene comunicato l'avvio del procedimento, vi è da dire che si tratta di un tema "sensibile" nell'ambito di procedure ispirate alla N&TD statunitense, tacciata di ingenerare il c.d. *chilling effect* nei confronti degli utenti della rete. In questo senso, è vero dunque che la decisione dell'AGCOM di coinvolgere nella procedura introdotta con il Regolamento il maggior numero possibile dei soggetti interessati dalla rimozione dei contenuti dalla rete potrebbe rappresentare una sorta di correttivo al *chilling effect*, in quanto consente alle parti del procedimento di presentare le loro difese senza correre il rischio di essere coinvolti in un'azione giudiziaria.

Tuttavia, il coinvolgimento degli interessati nella procedura che si vorrebbe raggiungere dando loro l'opportunità di presentare difese a seguito

della comunicazione di avvio del procedimento è di fatto vanificato da altre previsioni del Regolamento, che saranno illustrate nel dettaglio in seguito 29.

Per ora, basti pensare che lo stesso art. 7 del Regolamento prevede l'obbligo dell'AGCOM di inoltrare la comunicazione di avvio del procedimento all'*uploader* e/o al gestore del sito internet e/o al gestore della pagina internet solo se questi siano «*rintracciabili*». La loro «*rintracciabilità*» non è tuttavia fissata da parametri univoci, ma è valutata discrezionalmente dall'AGCOM. Dunque, per un *uploader* o per il titolare di un blog non sarebbe possibile in nessun caso sottoporre l'omessa comunicazione di avvio del procedimento al sindacato di un giudice amministrativo, con evidente pregiudizio proprio del diritto alla difesa che si voleva garantire.

A meno di un anno dall'entrata in vigore del Regolamento, un esempio di quanto detto sin qui si è già verificato: con la comunicazione di avvio del procedimento n. 42/2014 30, l'AGCOM ha richiesto all'*hosting provider* Aruba la rimozione di materiale rivendicato dal sito *Risorsedidattiche.net*, un sito ove sono reperibili schede didattiche su vari temi messe gratuitamente a disposizione degli utenti. Nonostante sul sito fosse disponibile il *form* per contattare il gestore del sito, dunque, secondo il senso comune, tale gestore fosse «*rintracciabile*», quest'ultimo non è stato contattato. Una scelta discutibile nell'ottica della garanzia del diritto alla difesa dei soggetti coinvolti nella procedura.

1.1.2. L'ambito di applicazione del Regolamento

Tra le incongruenze rilevate dalla Commissione 31 vi era stata, nelle *Definizioni* dello Schema di Regolamento, la definizione di opere digitali come opere «*diffuse su una rete di comunicazione elettronica*», rimasta inalterata nella versione definitiva, come risulta dall'art. 1, *let. p)* del Regolamento.

Ad avviso della Commissione, detta definizione risultava comprensiva solo delle opere diffuse in formato non tangibile (ai fini della fruizione *on-line*) su reti di comunicazione elettronica e non includeva al contrario quelle distribuite in formato tangibile (ad esempio DVD pirata in vendita su siti internet). Nella visione della Commissione, l'imprecisione avrebbe dunque

²⁹ Vedi *infra* 1.3.

³⁰ F. SARZANA, www.ilfattoquotidiano.it/2014/06/16/se-agcom-se-la-prende-con-le-tesine-sui-babilonesi/1029634/, 16/06/2014.

³¹ Commissione Europea, *Message 303*, II, n. 5), p. 2.

dovuto essere corretta poiché suscettibile di determinare l'esito paradossale della non punibilità di un sito che avesse praticato abusivamente la vendita *on-line* non autorizzata di opere protette contenute in supporti materiali.

Nonostante le osservazioni della Commissione, l'art. 1, *lett. p)* del Regolamento sembrerebbe piuttosto univoco rispetto alla delimitazione del proprio ambito di applicazione alle sole opere diffuse in rete in formato intangibile, in quanto, come detto, definisce l'«opera digitale» come *un'opera diffusa su reti di comunicazione elettronica*. Tale definizione potrebbe sembrare tuttavia in contrasto con l'art. 2 dello stesso Regolamento, ai sensi del quale: «*il Regolamento (...) reca le procedure volte all'accertamento e alla cessazione dei diritti d'autore e dei diritti connessi **comunque realizzate** [quindi anche attraverso la distribuzione illecita di opere fissate su supporti materiali, ndr], poste in essere sulle reti di comunicazione elettronica [enfasi aggiunta]*».

Ai fini dell'esatto inquadramento dell'ambito di applicazione del Regolamento, sembra in ogni caso più corretto ritenere prevalente la definizione di «*opere digitali*» sulla formulazione estensiva dell'art. 2. Ciò in quanto il successivo art. 6 del Regolamento attribuisce la facoltà di presentare istanza all'Autorità al «soggetto legittimato»³² qualora ritenga che un'**opera digitale** sia stata resa disponibile su una pagina internet in violazione della Legge sul diritto d'autore. Mentre l'art. 2 del Regolamento rimane una norma priva di diretta applicazione pratica, l'art. 6 è invece una norma operativa in senso stretto, la quale richiama la nozione di «*opera digitale*», il che rimanda obbligatoriamente alla definizione di cui all'art. 1, *lett. p)* del Regolamento e impone quindi di circoscrivere l'ambito di applicazione dell'intera procedura alle opere protette *diffuse* su internet, dunque non anche a quelle ivi *distribuite* illecitamente su supporti materiali. In questa prospettiva, la formulazione dell'art. 2 del Regolamento che fa riferimento alle violazioni dei diritti d'autore su internet «*comunque realizzate*» dovrebbe interpretarsi non nel senso di «*qualunque sia il diritto esclusivo in concreto leso (distributivo o diffusivo)*», ma con il significato di «*qualunque sia stato il mezzo in concreto utilizzato per diffondere illecitamente l'opera digitale (blog, siti user generated content, siti di informazione, fornitori di servizi media, etc.)*».

Riguardo l'ambito di applicazione del Regolamento, la Commissione s'era altresì interrogata sul perché lo Schema di Regolamento avesse escluso il P2P dalle proprie finalità. Ed, infatti, anche all'art. 2 del Regolamento si legge:

³² Si veda sul punto *infra* 1.3.2..

“il presente regolamento non si riferisce agli utenti finali che fruiscono di opere digitali in modalità di downloading o streaming, nonché alle applicazioni e ai programmi per elaboratore attraverso i quali si realizza la condivisione diretta tra utenti finali di opere digitali attraverso reti di comunicazione elettronica”.

L’AGCOM non ha fornito i chiarimenti richiesti nemmeno in questo caso, ma tuttavia, la scelta di non perseguire direttamente gli utenti che fruiscono delle opere illecitamente diffuse *on-line* è, a parere di chi scrive, da valutarsi favorevolmente per almeno due ordini di ragioni.

La prima è un’osservazione di carattere sociologico: lasciare sprovvisti di tutele contro lo scambio di contenuti non autorizzati in modalità *peer to peer* i titolari dei diritti d’autore non è un grave *vulnus* al sistema delle tutele loro garantite, poiché lo scambio di informazioni in modalità P2P è in netta diminuzione rispetto alla diffusione conosciuta agli esordi.

Il fenomeno che comporta la riduzione degli scambi *peer to peer* è noto come *recentralization*³³: gli utenti della rete internet, condizionati dall’esperienza aggregatrice dei *social networks*, preferiscono usufruire di contenuti messi a disposizione da siti che permettono loro attività aggiuntive rispetto al semplice *download* dell’opera che si effettua tramite i protocolli P2P.

Una seconda ragione per cui la scelta dell’AGCOM di non perseguire gli utenti finali che scambiano contenuti protetti in modalità P2P appare intenzionale e «strategica» è il fallimento dell’esperienza del sistema francese HADOPI, basato proprio, come illustrato in precedenza, sulla repressione dei comportamenti degli *users*, del quale, a ragion veduta, l’AGCOM non ha voluto seguire le orme. In ultimo, la repressione del file *sharing* illecito tramite i protocolli P2P avviene comunque indirettamente attraverso gli ordinari provvedimenti previsti dal Regolamento, con i quali l’AGCOM richiede agli *hosting providers* oppure agli *access providers* di procedere alla disabilitazione, rispettivamente, del link o del DNS attraverso i quali tali protocolli sono resi disponibili al pubblico³⁴.

³³ M. BERTANI, *L’enforcement amministrativo dell’IP*, in *AIDA*, 2012, 146 - 172.

³⁴ Vero è che sarebbe sufficiente, ai fini di eludere il provvedimento amministrativo, fornire nuovamente i protocolli P2P illeciti attraverso un nuovo DNS diverso da quello oscurato. Per ovviare al problema si potrebbe pensare a un modello *follow the money*, ossia bloccare il flusso di entrate ottenute dai fornitori dei protocolli P2P attraverso le inserzioni pubblicitarie, come ipotizzato dalla Commissione Europea con la recente Comunicazione 2014/392/2. L’analisi di tale modello non può essere effettuata in questa sede poiché esula dall’oggetto di questa trattazione.

Superflua e inutilmente dispendiosa sarebbe dunque la persecuzione degli utenti finali.

1.2. IL NUOVO “COMITATO PER LO SVILUPPO E L’OFFERTA LEGALE DI OPERE DIGITALI”

Gli artt. 2 – 4 del Regolamento dispongono che l’AGCOM si adoperi per incoraggiare l’adozione di codici di condotta da parte dei prestatori di servizi in rete al fine di promuovere la loro collaborazione nell’ambito della tutela dei diritti d’autore.

In particolare, l’art. 4 del Regolamento istituisce il “*Comitato per lo sviluppo e l’offerta legale di opere digitali*”, l’organo che dovrebbe concretamente rivestire il ruolo di mediatore tra le associazioni rappresentative dei titolari dei diritti d’autore e i prestatori di servizi. Tale organo è presieduto dalla Segreteria Generale dell’AGCOM ed è composto da un rappresentante delle principali associazioni di settore di consumatori, autori, artisti, editori, produttori, distributori, fornitori di servizi di media, prestatori di servizi della società dell’informazione; da un rappresentante dei principali organismi preposti alla tutela dei diritti d’autore, ossia la SIAE, il Ministero per i beni e le attività culturali, il Comitato tecnico contro la pirateria digitale istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, la Polizia Postale e delle Telecomunicazioni, il Nucleo speciale per la radiodiffusione della Guardia di Finanza e da rappresentanti dell’AGCOM.

Il suo compito è quello di favorire la mediazione tra le categorie che si trovano in conflitto d’interessi relativamente all’offerta di opere digitali in rete (titolari di diritti d’autore, utenti, *providers*) e di “promuovere” l’offerta legale di contenuti in rete, attraverso il monitoraggio dell’applicazione del Regolamento, anche allo scopo di proporre delle modifiche in relazione agli sviluppi tecnologici, nonché attraverso l’“educazione alla legalità” dei contenuti fruibili *on – line*. Quest’ultima dovrebbe realizzarsi attraverso la predisposizione di pagine di reindirizzamento automatico degli utenti che ricerchino in rete contenuti illegali, strutturate come pagine internet dedicate alla promozione dell’offerta legale dei medesimi contenuti.

Infine, il quarto comma dell’art. 4 del Regolamento dispone che il Comitato si avvale di una segreteria tecnica costituita all’interno della Direzione

dell'AGCOM. La Direzione alla quale si fa riferimento, stando all'art. 1, *let. ii)* del Regolamento è la Direzione dei servizi di media dell'AGCOM 35.

Riguardo questo nuovo, variegato, Comitato, vi è da dire che, mentre resta dubbio che la costituzione di un ennesimo organismo contribuisca a facilitare il contrasto alla pirateria, è certo che ne aumenta i già elevati costi.

1.3. PROCEDURE A TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE ONLINE AI SENSI DEL DECRETO LEGISLATIVO 9 APRILE 2003, N. 70

Gli artt. 5 – 9 del Regolamento disciplinano le procedure, l'una ordinaria e l'altra abbreviata, finalizzate all'emanazione di un ordine nei confronti dei prestatori di servizi di *access* (art. 14, D.lgs. n. 70/2003) e di *hosting* (art. 16, D.lgs. n. 70/2003) affinché, rispettivamente, disabilitino l'accesso ai siti sui quali le opere sono diffuse in violazione di altrui diritti d'autore oppure provvedano alla rimozione selettiva ovvero alla disabilitazione di dette opere.

Sia il procedimento abbreviato che quello ordinario possono essere anticipati da una fase pre – amministrativa (eventuale).

La fase amministrativa si compone a sua volta di una fase istruttoria e di una fase decisoria.

1.3.1. La fase pre-amministrativa opzionale: importanza teorica e pratica di una fase pre-amministrativa obbligatoria di autoregolamentazione

Con la locuzione fase pre-amministrativa, si fa riferimento alle procedure di autoregolamentazione, ove presenti, predisposte dai siti internet che svolgono servizio di *hosting* finalizzate alla rimozione o alla disabilitazione dei contenuti illeciti su richiesta del titolare.

Nello Schema di Regolamento (art. 6), l'autoregolamentazione doveva valere come condizione di procedibilità alla fase amministrativa, per ottenere un effetto deflattivo sull'attività dell'Autorità.

Sempre nel disegno (para)normativo originario, non tutte le procedure di autoregolamentazione predisposte dai siti ospiti avrebbero avuto il valore di condizione di procedibilità alla fase amministrativa, ma solo quelle previamente notificate all'Autorità da parte dell'*hosting provider* e da essa rese pubbliche sul

³⁵ L'AGCOM è organizzata in cinque Direzioni. In questa trattazione verrà presa in considerazione solamente la Direzione dei servizi di media, alla quale da ora si farà riferimento, per brevità, semplicemente come «la Direzione».

proprio sito istituzionale. Nei casi in cui l'*hosting provider* non avesse notificato all'Autorità per l'approvazione le procedure di autoregolamentazione predisposte, l'esperimento di tali procedure prima di rivolgersi all'AGCOM sarebbe stato per il titolare dei diritti d'autore una mera facoltà.

Nell'attuale versione del Regolamento, l'autoregolamentazione non è stata mantenuta come condizione di procedibilità della procedura amministrativa. Ed, infatti, all'art. 5: “*ferme restando le eventuali procedure di autoregolamentazione di notice and take down (...) l'Autorità interviene (...) ai sensi del presente e del successivo capo [sottolineatura aggiunta]*”.

L'AGCOM sostiene 36 di aver eliminato l'autoregolamentazione come condizione di procedibilità della fase amministrativa in ragione delle osservazioni formulate in merito dalla Commissione Europea.

Tuttavia, dalla lettura del documento inviato dalla Commissione 37, non emerge la richiesta di eliminare l'autoregolamentazione come condizione di procedibilità della fase amministrativa, ma solo la richiesta di precisare alcuni aspetti relativi alle procedure di autoregolamentazione, al fine di una maggiore trasparenza sui requisiti che tali procedure avrebbero dovuto presentare per essere classificate come condizioni di procedibilità della successiva fase amministrativa.

In particolare veniva richiesto:

- come dovessero essere strutturate tali procedure al fine di ottenere il *placet* dell'Autorità;
- se tutti i *website manager* fossero obbligati a predisporle;
- se la previa approvazione da parte dell'Autorità fosse una condizione necessaria per rendere tali procedure esecutive in assoluto o solo per far assumere loro il valore di condizione di procedibilità per l'esperimento della procedura amministrativa;
- cosa si intendesse per “sito istituzionale” dell'Autorità.

³⁶ Questo è stato quanto affermato dal Commissario AGCOM Francesco Posteraro in occasione del seminario “*Il Regolamento AGCOM sulla tutela del diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica*”, Roma, 18 febbraio 2014.

³⁷ Commissione Europea, *Message 303*, II, n. 8), p. 2: “*could the Italian authorities clarify if Article 6(2) of the Draft Act is to be understood as obliging any website manager to have in place notice and action procedures? Could the Italian authorities further explain who is making public the self - regulatory procedures developed by the website manager and what is meant by institutional website? Moreover is the publicity of these procedures a pre - condition for a website manager to actually apply them in case of a received notification?*”.

Il vero è dunque che l'elaborazione di requisiti *standard* delle procedure di autoregolamentazione richiesti dalla Commissione avrebbe provocato un rallentamento, evidentemente non desiderato dall'AGCOM, dei tempi di adozione del Regolamento.

A livello teorico, una fase di autoregolamentazione come condizione di procedibilità per adire l'Autorità amministrativa è un fattore decisivo per il corretto funzionamento della N&TD pubblicistica.

Infatti, se la N&TD sul modello statunitense assicura un rapido rimedio alle violazioni dei diritti d'autore in rete è perché il carico di *notifications* è distribuito tra *ciascun hosting provider proporzionalmente* ai contenuti in concreto ospitati. Ne deriva che ognuno di questi soggetti si trova a gestire una quantità di richieste di rimozione *limitata* alle violazioni dei diritti d'autore perpetrate tramite i *propri servers*, non *tutte* le richieste di rimozione avverso *qualunque* violazione dei diritti d'autore su internet perpetrata su siti visibili all'interno del territorio nazionale.

Nella N&TD pubblicistica invece, venuta a mancare l'autoregolamentazione come condizione di procedibilità per la fase amministrativa, *tutte* le istanze di rimozione restano interamente a carico dell'AGCOM, con il rischio di produrre una sorta di "effetto HADOPI": la grande quantità di segnalazioni da processare potrebbe rallentare la procedura e comprometterne così l'efficacia in termini di prontezza dell'azione.

Per scongiurare l' "effetto HADOPI" sarebbe dunque opportuno ripristinare, come condizione di procedibilità per adire l'AGCOM, il previo esperimento delle procedure di autoregolamentazione disposte dai *providers*.

Un eventuale ripristino dell'art. 6 dello Schema di Regolamento non avrebbe tuttavia alcuna efficacia senza una previa modifica dell'art. 16 del D.lgs. n. 70/2003, la cui attuale formulazione impedisce l'introduzione di procedure di autoregolamentazione effettivamente "vincolanti" per gli *hosting providers*.

Infatti, il funzionamento dell'autoregolamentazione presuppone la collaborazione da parte degli *hosting providers*, che può ottenersi tuttavia solo se, come nel sistema statunitense, ricorrono due condizioni:

a) se la legge dà un **"incentivo"** agli *hosting providers* condizionando la possibilità di godere dell'esenzione dalla responsabilità per le violazioni commesse da terzi tramite i loro servizi alla predisposizione e all'osservanza di

procedure di autoregolamentazione, al pari della *Section 512 (c) (1)* dello *US Copyright Act*,

b) se la legge attribuisce al corretto esperimento della N&TD la struttura di un ***safe harbour*** per l'*hosting provider* vi si attenga, tenendolo a riparo da eventuali azioni risarcitorie dell'*uploader* qualora si accertasse in seguito che l'autore della *notification* non era il titolare dei diritti asseritamente lesi. L'ordinamento statunitense (*Section 512 (f)* dello *US Copyright Act*) mette, infatti, espressamente a riparo (*safe harbour*) gli *hosting providers* che abbiano correttamente eseguito la procedura di N&TD dalle azioni di responsabilità da parte degli *uploaders* dei contenuti rimossi in caso di *misrepresentation*.

Al contrario, l'art. 16, comma 2, *let. b)* del D.lgs. n. 70/2003 dispone testualmente che: “nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore:

non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti [enfasi aggiunta], *agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso*”.

Ciò significa che nella legge italiana:

a) l'“**incentivo al provider**”, ossia l'esenzione dalla responsabilità per le violazioni commesse dagli utenti tramite i suoi servizi, non si basa sul corretto esperimento da parte sua delle procedure di autoregolamentazione (che nemmeno sono obbligatorie), bensì sull'ottemperanza ad un ordine dell'Autorità giudiziaria o di quella amministrativa competente;

b) le procedure di autoregolamentazione non sono strutturate come un ***safe harbour***, perché il *safe harbour* nel sistema italiano è dato dalla rimozione dei contenuti segnalati su ordine dell'Autorità, quindi, se l'*hosting provider* rimuove in assenza di quest'ordine, in caso lo faccia senza giusta causa, resta esposto alle azioni risarcitorie degli *uploaders*.

Alla luce del quadro normativo attuale, l'*hosting provider* non ha perciò nessun interesse ad approntare e seguire scrupolosamente delle procedure di autoregolamentazione: non essendo le procedure di autoregolamentazione condizione necessaria per godere dei *safe harbours*, se rimuove, l'*hosting provider* sopporta i costi della rimozione e perde gli introiti economici connessi al contenuto rimosso ed anzi, non esistendo nell'ordinamento italiano una norma di esenzione analoga alla *Section 512 (f)* dello *US Copyright Act*, l'*hosting provider*

che procede alla rimozione senza un ordine in tal senso dell'Autorità rimane esposto ad azioni risarcitorie da parte degli *uploaders*.

Dunque, senza una modifica del quadro normativo vigente, attribuire alle procedure di autoregolamentazione eventualmente disposte dai *providers* e notificate all'Autorità il valore di condizione di procedibilità per rivolgersi all'AGCOM, com'era nell'art. 6 dello Schema di Regolamento, non otterrebbe gli effetti deflattivi sperati sull'attività dell'Autorità in quanto all'*hosting provider* converrebbe sempre attendere il provvedimento amministrativo prima di agire.

Posto tuttavia che la predisposizione di una fase di autoregolamentazione come condizione di procedibilità per la fase amministrativa è cruciale per evitare che la N&TD pubblicitaria rimanga vittima dell' "effetto HADOPI", si rende necessaria una modifica dell'art. 16, comma 1, *let. b)* del D.lgs. n. 70/2003.

In particolare, ai fini di recuperare l'efficacia in concreto delle procedure di autoregolamentazione, tali interventi dovrebbero consistere:

- a) nell'istituire un **"incentivo" al *provider*** simile a quello di cui alla *Section 512 (c) (1)* dello *US Copyright Act*, ossia condizionare la possibilità di godere del beneficio di esenzione per le violazioni commesse dagli utenti alla predisposizione e all'osservanza di procedure di autoregolamentazione, il che implica necessariamente che sia anche introdotto un obbligo legale di predisporle;
- b) nel conferire alle procedure di autoregolamentazione la struttura di un ***safe harbour***, introducendo una norma che metta i *providers* che rimuovano determinati contenuti nel rispetto delle procedure di autoregolamentazione "a riparo" da eventuali azioni risarcitorie degli *uploaders*, come stabilito dalla *Section 512 (f)* dello *US Copyright Act*.

A seguito di questi interventi, la fase di autoregolamentazione diventerebbe centrale nella tutela dei diritti d'autore su internet, relegando il ruolo dell'Autorità ai casi in cui gli ISP non ottemperassero alle procedure di N&TD approntate. Tuttavia, data la natura di "incentivo" e di *safe harbour* di queste procedure, si ritiene che tali casi sarebbero talmente rari da rendere superfluo l'intervento dell'Autorità, il cui ruolo potrebbe essere tuttavia

recuperato secondo un diverso modello d'intervento del quale si dirà in seguito 38.

1.3.2. L'avvio della procedura

Ai sensi dell'art. 6 del Regolamento, la procedura amministrativa introdotta dall'AGCOM è avviata su istanza del titolare dei diritti d'autore o dei diritti connessi 39 presuntivamente lesi, dei suoi licenziatari o delle associazioni di gestione collettiva dei diritti d'autore (SIAE). L'istanza deve essere obbligatoriamente formulata utilizzando il modello reso disponibile sul sito internet dell'Autorità.

La procedura è attivata esclusivamente su istanza di parte, il che significa che l'AGCOM non può richiedere d'ufficio agli *hosting providers* la rimozione di determinati contenuti da essi ospitati in violazione di altrui diritti d'autore.

La scelta dell'AGCOM di non procedere d'ufficio è probabilmente dovuta, e in questo senso è da condividersi, oltre che alla volontà di escludere una sorta di attività di "polizia" della rete, ai costi che l'attività di monitoraggio avrebbe comportato. Infatti, sempre dall'esperienza francese, nella quale era stato attribuito all'Autorità HADOPI il potere di intervenire di ufficio sulle violazioni dei diritti d'autore su internet, la continua attività di sorveglianza della rete svolta a tal fine dall'Autorità amministrativa aveva comportato ingenti costi di gestione. Non è un caso che il Ministero della Cultura francese abbia dichiarato 40 di voler procedere alla conversione dell'attività di monitoraggio della rete fino ad ora eseguita dall'HADOPI in una procedura a tutela dei diritti di proprietà intellettuale azionabile esclusivamente su istanza di parte.

L'organo preposto alla ricezione delle istanze di rimozione, già precedentemente introdotto, è la Direzione dei Servizi Media.

Una volta ricevuta una richiesta di rimozione di certi contenuti da un determinato sito ospite, la Direzione deve decidere entro sette giorni (ridotti a tre in caso si proceda *ex art.* 9 del Regolamento) se disporre l'archiviazione oppure iniziare il procedimento. In quest'ultimo caso, la Direzione deve

³⁸ Si veda *infra* Conclusione.

³⁹ Da ora in avanti, si farà riferimento ai titolari dei diritti d'autore e ai titolari dei diritti connessi indifferentemente come « titolari dei diritti d'autore ».

⁴⁰ Rapport Lescure, cfr. *Mission « Acte II de l'exception culturelle »*, reperibile in www.culturecommunication.gouv.fr.

decidere altresì se seguire la procedura ordinaria o aprire invece la procedura abbreviata di cui all'art. 9 del Regolamento.

1.3.2.1. L'archiviazione dell'istanza di rimozione: rapporti tra procedura amministrativa e tutela giurisdizionale

Ai sensi dell'art. 6, quarto comma, Regolamento, L'AGCOM deve disporre l'archiviazione dell'istanza di rimozione in cinque ipotesi:

- se l'istante non si è valso del modulo di presentazione dell'istanza disponibile sul sito dell'Autorità;
- nel caso in cui l'istanza non sia riconducibile all'ambito di applicazione del Regolamento;
- se si tratta di un'istanza manifestamente infondata;
- se l'istanza viene ritirata prima della decisione dell'Organo Collegiale 41;
- qualora sia pendente dinanzi all'Autorità giudiziaria un procedimento tra le medesime parti e avente il medesimo oggetto.

La norma regolamentare stabilisce dunque indirettamente un criterio di alternatività tra la tutela esperibile in via amministrativa e quella esperibile in via giudiziaria.

Sull'opportunità dell'introduzione di un criterio di alternatività tra la tutela esperibile in via amministrativa e quella esperibile in via giudiziaria, la Commissione Europea 42 aveva espresso alcune perplessità riguardo la possibilità che l'azione giudiziale potesse diventare una sorta di espediente strategico messo in atto da coloro che vogliono evitare l'applicazione del provvedimento finale per “prevenire” la procedura amministrativa, in quanto la via amministrativa non è preclusa al soggetto istante solamente qualora *lo stesso* si sia in precedenza rivolto all'Autorità giudiziaria, ma in tutti i casi in cui *sia pendente dinanzi all'Autorità giudiziaria un procedimento tra le medesime parti e avente il medesimo oggetto*, indipendentemente da chi abbia preso l'iniziativa processuale. In questo senso l' “alternatività” delle tutele potrebbe in effetti diventare uno strumento di “evasione” della procedura amministrativa da parte dei *providers*,

⁴¹ La “Commissione per i servizi e i prodotti”, un organo interno all'AGCOM previsto dall'art. 6, comma 2, *let. b*) L. n. 249/1997.

⁴² Commissione Europea, Message 303, III, n. 2), p. 3.

degli *upoladers*, degli altri soggetti potenzialmente interessati dalla procedura amministrativa.

Si ritiene tuttavia che il problema non abbia particolari risvolti concreti. Infatti, si tenga presente che l'oggetto della procedura amministrativa è la rimozione di determinati contenuti dal *web*. L'unico soggetto che ha interesse ad agire 43, tanto in via amministrativa quanto in via giudiziale, per ottenere la rimozione dal *web* di determinati contenuti poiché in contrasto con i propri diritti d'autore è, di norma, il titolare di tali diritti. Anche nel caso in cui l'attore in senso formale fosse uno dei soggetti passivi della procedura dell'AGCOM, considerando che il loro interesse ad agire coincide con il ripristino di contenuti *on-line*, dovrebbe esservi stata in ogni caso un'iniziativa processuale in via cautelare da parte del titolare dei diritti d'autore. Non si vede dunque come in concreto l'alternatività delle tutele potrebbe essere utilizzata come espediente dilatorio e fraudolento dai soggetti passivi della procedura dell'AGCOM per sottrarsi all'azione amministrativa.

Il problema dei rapporti tra procedimento amministrativo e procedimento ordinario si pone invece in riferimento alle ipotesi in cui, pendente il procedimento dinanzi l'AGCOM, una delle parti si rivolga all'Autorità giudiziaria per ottenere l'accertamento della titolarità dei diritti d'autore sui materiali controversi.

Infatti, ai sensi dell'art. 7, comma 7, del Regolamento, se in qualsiasi momento del procedimento amministrativo la parte istante decide di adire l'Autorità giudiziaria ha l'onere di darne comunicazione all'Autorità amministrativa che deve archiviare gli atti, trasmetterli al Giudice adito e darne comunicazione ai destinatari della comunicazione di avvio del procedimento. L'art. 12, comma 4, ripete pedissequamente la disposizione in riferimento alla procedura nei confronti dei fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici 44.

Le norme richiamate tuttavia non prevedono il caso in cui non sia la parte istante, ma la/le controparte/i ad adire il G.O. Ne deriva che se questi soggetti si rivolgono all'Autorità giudiziaria pendente la procedura amministrativa, il procedimento amministrativo va avanti ugualmente. In questo modo, ai diritti d'autore viene attribuita una tutela preminente sul diritto

⁴³ Esclusi i casi di pretestuose azioni di accertamento negativo.

⁴⁴ Capo IV del Regolamento, si veda il paragrafo I.4.

alla libertà di espressione ed anche sul diritto alla libertà di impresa dei soggetti passivi del procedimento che trattano i contenuti controversi a scopo di lucro, tutti diritti che trovano copertura costituzionale ai sensi, rispettivamente, degli artt. 42, 21 e 41 della Costituzione e che devono dunque essere oggetto di bilanciamento. È quantomeno dubbio che tale bilanciamento competesse all'AGCOM 45.

1.3.2.2. *L'avvio del procedimento: esiguità dei termini per la presentazione delle difese*

Se la Direzione non dispone l'archiviazione dell'istanza di rimozione, emana la comunicazione di avvio del procedimento. Come già illustrato, ai sensi dell'art. 7 del Regolamento, i destinatari di questa comunicazione sono, da un lato, gli ISP all'uopo individuati, dall'altro, solo se rintracciabili, l'*uploader*, i gestori del sito internet e della pagina internet.

Sia nella procedura ordinaria che in quella abbreviata, la comunicazione deve contenere una sommaria esposizione dei fatti e degli accertamenti svolti, l'indicazione del responsabile del procedimento, l'avvertimento che i prestatori di servizi, o gli altri destinatari della comunicazione ove siano stati "rintracciati", possono adeguarsi spontaneamente alla richiesta di rimozione del titolare dei diritti lesi. In caso di adeguamento spontaneo la Direzione procede all'archiviazione, ai sensi dell'art. 7, comma 3 del Regolamento.

In alternativa, nell'arco di cinque giorni dalla ricezione dell'istanza (tre giorni in caso di procedura abbreviata), i destinatari della comunicazione di avvio del procedimento possono presentare all'AGCOM le loro controdeduzioni in merito alla richiesta di rimozione. Tali termini nel procedimento ordinario ai sensi dell'art. 7, comma 5, del Regolamento, ma non anche in quello abbreviato ai sensi dell'art. 9, comma 2, del Regolamento, possono essere prolungati qualora la complessità del caso presenti particolari necessità istruttorie. Infine, la Direzione può, sia nella procedura ordinaria ai sensi dell'art. 7, comma 5, del Regolamento, sia nella procedura abbreviata ai sensi dell'art. 9, comma 2, del Regolamento, chiedere ai soggetti che ne siano in possesso informazioni utili all'istruttoria ai sensi dell'art. 1, comma 30, della L. n. 249 del 1997.

La brevità dei termini trova la sua *ratio* nella necessità di ridurre al minimo i tempi d'intervento: l'efficacia della tutela dei diritti d'autore su

⁴⁵ Questi profili sono stati messi in evidenza anche dal TAR del Lazio, Ord. n. 10016 del 2014, su cui si veda *infra* 2.

internet si realizza solo attraverso una rimozione tempestiva della violazione, poiché, sul *web*, anche solo poche ore possono fare la differenza in termini di gravità dei danni subiti dal titolare dei diritti d'autore.

Tuttavia, la brevità dei termini per presentare le controdeduzioni non assicura ai destinatari della comunicazione di avvio del procedimento di poter esercitare a pieno il proprio diritto alla difesa 46.

Proprio per il rischio che la *ratio* di speditezza della N&TD pubblicistica possa compromettere il pieno esercizio del diritto alla difesa da parte dei soggetti coinvolti, sarebbe di importanza primaria che tale procedura fosse integralmente conforme ai principi di trasparenza e chiarezza, per garantire la legalità formale e sostanziale dell'azione amministrativa.

Al contrario, si ritiene che vi siano alcune tra le previsioni del Regolamento che si discostano non poco dai richiamati principi.

1.3.3. La fase istruttoria: effettività del diritto alla difesa dei destinatari della procedura

1.3.3.1. L'inintelligibilità dei presupposti del procedimento abbreviato

Ai sensi dell'art. 9, comma 1, del Regolamento il presupposto per ricorrere al procedimento abbreviato è che “*sulla base di una prima e sommaria cognizione dei fatti oggetto dell'istanza di cui all'art. 6*” la Direzione ritenga che tali fatti: “*configurino un'ipotesi di grave lesione dei diritti di sfruttamento economico di un'opera digitale ovvero un'ipotesi di violazione di carattere massivo*”.

La congiunzione “ovvero” suggerisce che l'art. 9 abbia distinto due diversi casi in cui la Direzione deve ricorrere al procedimento abbreviato: se ritiene che la violazione dei diritti d'autore lamentata costituisca una “grave” lesione dei diritti economici del preteso titolare oppure se ritiene che tale violazione abbia carattere “massivo”. In altri termini, dalla formulazione letterale dell'art. 9 del Regolamento sembra che il requisito della “gravità” della

⁴⁶ Anche la Commissione Europea, a seguito dell'esame dello Schema di Regolamento, aveva manifestato le sue perplessità sull'esiguità dei termini concessi ai destinatari della comunicazione di avvio del procedimento per presentare le proprie controdeduzioni (cfr. Commissione Europea, *Message 303*, III, p. 3). Nello Schema i termini per la presentazione delle difese da parte dei destinatari della comunicazione di avvio del procedimento erano ancora più brevi: tre giorni in caso di procedimento ordinario e un giorno in caso di procedimento abbreviato. L'AGCOM ha dunque in questo caso tenuto conto delle osservazioni della Commissione, dilatando i termini di presentazione delle difese avverso l'istanza di rimozione, rispettivamente nel procedimento ordinario e in quello abbreviato, da tre a cinque giorni e da uno a tre giorni.

violazione sia un elemento autonomo rispetto al “carattere massivo” della stessa: i due presupposti non devono ricorrere cumulativamente ai fini del ricorso al procedimento abbreviato, ma bensì possono ricorrere alternativamente. Quanto detto induce a ritenere che possano esservi “gravi violazioni” dei diritti d’autore su internet anche dove tali violazioni non abbiano “carattere massivo”. Ed inoltre, non si ha una definizione univoca di cosa sia esattamente il “carattere massivo”.

Per quanto riguarda il requisito della “gravità” della violazione, il Regolamento lo prende in considerazione ai fini della procedura abbreviata solo in relazione ai diritti di sfruttamento economico. Ne deriva che la procedura abbreviata non può esperirsi per una “grave” lesione dei diritti morali che non integri altresì una “grave” lesione dei diritti economici di utilizzazione, come potrebbe essere ad esempio la reiterata pubblicazione non autorizzata di un saggio ritirato dal commercio per un cambio di orientamento ideologico del suo autore sul blog di un’associazione culturale ⁴⁷.

Alcuni parametri in base ai quali valutare la “gravità” della violazione sono stabiliti dall’art. 9, comma 3, del Regolamento: “*ai fini del ricorso al procedimento abbreviato di cui al presente articolo, la Direzione valuta, tra l’altro, i seguenti elementi* [enfasi aggiunta]:

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;*

⁴⁷ Sulla tutela dei diritti morali nell’ambito del Regolamento si tornerà in seguito, vedi infra I.3.4 “L’insufficiente tutela dei diritti morali”.

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).”.

La locuzione “tra l'altro” suggerisce che l'elenco di cui al terzo comma dell'art. 9 abbia natura meramente esemplificativa. Se si accede a quest'interpretazione letterale della norma regolamentare, la conseguenza è ammettere che potranno manifestarsi dei casi al di fuori di quelli elencati dal terzo comma dell'art. 9 nei quali l'Autorità potrebbe ritenere integrato il requisito della “gravità” della violazione e disporre la procedura abbreviata, con le minori garanzie procedurali che essa comporta per i soggetti coinvolti. La procedura abbreviata potrebbe quindi essere seguita sulla base di presupposti completamente discrezionali e perciò non contestabili dinanzi al giudice amministrativo in sede di eventuale impugnazione del provvedimento finale.

Questa conseguenza risulterebbe in parte attenuata ove si considerassero i parametri dell'art. 9, comma terzo, del Regolamento come un elenco tassativo dei presupposti sulla base dei quali ricorrere alla procedura abbreviata.

La formulazione della norma tuttavia non sembra consentire tale interpretazione, in primo luogo, come si è già detto, a causa della locuzione “tra l'altro” di cui allo stesso art. 9, comma 3, Regolamento ““*ai fini del ricorso al procedimento abbreviato di cui al presente articolo, la Direzione valuta, tra l'altro, i seguenti elementi [enfasi aggiunta]*” e in secondo luogo perché dove l'elenco dell'art. 9, comma 3, avesse avuto carattere tassativo non avrebbe avuto senso prevedere l'ipotesi di accesso al procedimento abbreviato in caso di “carattere massivo” della violazione.

Riguardo il “carattere massivo della violazione”, come già messo in luce, il Regolamento non definisce i requisiti tecnici che facciano assumere ad una violazione dei diritti d'autore su internet “carattere massivo”, dilatando ancora una volta, e a parere di chi scrive in maniera eccessiva, la discrezionalità dell'azione amministrativa, soprattutto ove si consideri che il Regolamento in commento è stato predisposto dall'AGCOM senza alcuna indicazione in

merito del Legislatore 48 e che si tratta dunque di un atto già di per sé connotato da una notevole discrezionalità dell'Autorità amministrativa.

Sull'assenza di definizioni del «carattere massivo» della violazione nel Regolamento, aveva espresso perplessità anche la Commissione Europea 49. Il problema nasce in quanto su internet qualsiasi violazione ha carattere massivo ed è perciò necessario stabilire i requisiti che una violazione deve presentare per ritenersi connotata di un *particolare* «carattere massivo» rispetto a tutte le altre violazioni commesse *on-line*. Altrimenti, si ottiene il risultato paradossale che non è più possibile distinguere, ai fini del possibile ricorso alla procedura abbreviata, tra un blog amatoriale che ospiti un numero elevato (violazione massiva nel senso di elevato numero di opere illecite) di materiali protetti da diritto d'autore senza il consenso del titolare e un sito che ospiti magari un numero inferiore di contenuti contrari ad altrui diritti d'autore, ma che abbia un'ampia visibilità a livello mondiale (violazione massiva nel senso di estesa visibilità delle opere illecite).

1.3.3.2. *Ancora sul procedimento abbreviato: dubbi sul presupposto dell' "istanza qualificata". Il pregiudizio del diritto alla difesa dei soggetti coinvolti nella N&TD pubblicitaria*

Si ritiene meriti particolare attenzione l'art. 9, comma 3, *let. i*), del Regolamento. La disposizione citata rappresenta uno dei presupposti in base ai quali andrebbe valutata la particolare gravità della violazione: “*ai fini del ricorso al procedimento abbreviato di cui al presente articolo, la Direzione valuta tra l'altro: (...) i) la provenienza dell'istanza di cui all'art. 6 (di rimozione, ndr) da parte di una delle associazioni di cui all'articolo 1, comma 1, lettera u)*”. Tali associazioni sono le associazioni di categoria di autori e/o editori. Questo significa che i titolari dei diritti d'autore possono accedere al procedimento abbreviato «sulla parola», per il solo fatto che la domanda sia formulata tramite un'associazione di categoria. Non si comprende perché la semplice circostanza che l'istanza di rimozione provenga da soggetti “qualificati” dovrebbe attribuire alla violazione carattere di particolare gravità.

⁴⁸ Al di fuori di qualsiasi questione di legittimità dell'intervento regolamentare dell'AGCOM, sulle quali si veda *infra* par. 2, è pacifico che il Regolamento sia il risultato della sola attività dell'AGCOM, svolta senza alcuna indicazione, anche solo di mero indirizzo, da parte del Legislatore.

⁴⁹ Commissione Europea, *Message 303*, III, n. 7, p. 3.

Si ritiene pertanto che la *let. i)* riveli un difetto di imparzialità dell'AGCOM nella valutazione delle istanze di rimozione, il che costituisce un notevole pregiudizio del diritto alla difesa degli utenti e degli ISP, che si aggiunge al pregiudizio dagli stessi subito in ragione dell'indeterminatezza dei presupposti della «gravità della violazione» e del «carattere massivo» in base ai quali fare ricorso al procedimento abbreviato.

Quanto detto è occasione per un'ulteriore riflessione.

Come si ricorderà ⁵⁰, il Regolamento prevede l'ampliamento dei destinatari della comunicazione di avvio del procedimento rispetto al prestatore di servizi in rete all'uopo individuato destinatario del provvedimento finale (l'*uploader*, il gestore del sito internet e il gestore della pagina internet. Si era in proposito fatto presente che l'aumento dei destinatari della comunicazione di avvio del procedimento dà luogo ad incertezze giuridiche ed è solo suscettibile di rallentare l'attività dell'Autorità. Si era poi riportato che l'AGCOM ha giustificato l'aumento dei destinatari della comunicazione di avvio del procedimento affermando che tale ampliamento è in grado di meglio garantire il diritto alla difesa dei soggetti coinvolti. Si era commentato in quella sede che il diritto alla difesa dei soggetti coinvolti era in realtà compromesso da altre disposizioni del Regolamento. Si faceva riferimento proprio all'art. 9 in commento.

Non si vede, infatti, quale l'utilità di ampliare il novero di destinatari della comunicazione di avvio del procedimento al fine di meglio consentire loro l'esercizio del diritto alla difesa, con tutte le conseguenze che ciò determina viste in precedenza, se poi gli stessi soggetti coinvolti subiscono un dimezzamento dei termini, già esigui, entro i quali presentare le proprie difese sulla base della semplice circostanza che l'istanza di rimozione provenga da un'associazione di categoria di autori e editori.

Alla luce di quanto detto sin qui, non si vedono i benefici in termini garantisti della N&TD pubblicitaria rispetto al modello statunitense. Nella prospettiva di alcuni commentatori del D.lgs. n. 70/2003 ⁵¹, infatti, rimettere all'Autorità amministrativa la decisione finale se eliminare o meno dal *web* determinati contenuti avrebbe garantito un migliore bilanciamento degli interessi coinvolti.

⁵⁰ Vedi *supra* 1.3.1.

⁵¹ DELFINI F., *Il commercio elettronico*, Padova, 2004, 191.

In altri termini, affidare la decisione finale ad una Pubblica Autorità avrebbe contribuito a prevenire uno dei maggiori effetti distorsivi della N&TD statunitense, ossia, come noto, che i titolari dei diritti d'autore, consci di poter facilmente ottenere la rimozione delle opere in rete grazie all' "incentivo del *provider*" messo in atto dal modello originale di N&TD, abusassero della procedura, andando a colpire anche usi delle opere protette che non costituiscono in realtà violazioni dei diritti d'autore (*chilling effect*). Dunque, l'intermediazione di una Pubblica Autorità avrebbe dovuto correggere il *chilling effect* che caratterizza le procedure di N&TD sostituendo all'azione "incentivata" degli *hosting providers* l'imparzialità del potere pubblico.

Ci si chiede se in un sistema dove uno dei parametri per valutare la gravità della violazione dei diritti d'autore, e procedere così tramite il rito abbreviato, è che l'istanza provenga da un'associazione di categoria di autori e editori, la *ratio* dell'imparzialità del potere pubblico possa dirsi realmente soddisfatta ⁵².

1.3.4. La fase decisoria: tutela dei diritti d'autore su internet e libertà di espressione

Scaduto il termine per la presentazione delle controdeduzioni, la Direzione trasmette gli atti all'Organo Collegiale, richiedendo l'archiviazione del procedimento ovvero l'applicazione dei provvedimenti previsti dall'art. 8 del Regolamento nei confronti dei prestatori di servizi all'uopo individuati. Ai sensi dell'art. 1, *let. ll*), del Regolamento, per "Organo Collegiale" si intende la Commissione per i servizi e i prodotti dell'Autorità prevista dall'art. 1, comma 6, *let. b*), n. 4 – *bis*, L. n. 249/1997 (legge istitutiva), competente a svolgere le funzioni di vigilanza sul rispetto dei diritti d'autore in rete attribuite all'AGCOM dall'art. 182-*bis*, L. n. 633/1941.

⁵² In relazione al fenomeno descritto, si fa presente che nel novembre 2014, su istanza della Fieg (Federazione Italiana editori e giornali), l'AGCOM ha ordinato al gestore del sito Issuu Inc (piattaforma dove gli utenti possono caricare gratuitamente i propri contenuti) la rimozione di un'opera editoriale comprensiva di 1300 pubblicazioni quotidiane e periodiche diffuse in violazione di altrui diritti d'autore. Dalla nota diffusa dalla Fieg, risulta peraltro che la rimozione dei predetti contenuti sia stata ottenuta in meno di 30 giorni. Non si hanno sufficienti elementi per effettuare valutazioni approfondite sull'episodio, ma è tuttavia evidente come il rischio sia quello di rimettere a determinati soggetti, in specie, associazioni di categoria, la "scelta" tra quello che può e quello che non può circolare in rete. Cfr. <http://www.primaonline.it/2014/11/21/194701/pirateria-online-1300-pubblicazioni-illecite-rimosse-dal-web-su-ricorso-della-fieg-allagcom/>.

L'Organo Collegiale, ai sensi dell'art. 8 del Regolamento, entro trentacinque giorni (dodici giorni, in caso si proceda *ex art.* 9 del Regolamento per procedimento abbreviato), dove non ritenga di disporre l'archiviazione per l'insussistenza della violazione lamentata, applica i provvedimenti di cui ai commi terzo e quarto del medesimo articolo.

I termini entro i quali l'Organo Collegiale ha l'onere di prendere la decisione finale sul procedimento amministrativo appaiono sproporzionatamente lunghi rispetto agli esigui termini entro i quali i soggetti destinatari della comunicazione di avvio del procedimento hanno l'onere di presentare le proprie difese all'Autorità. Tali termini, lo si ricorda, sono cinque giorni nella procedura ordinaria e tre giorni in quella abbreviata.

La parziale compressione del diritto alla difesa dei destinatari della comunicazione di avvio del procedimento trova la sua *ratio* nella necessità di assicurare la massima rapidità d'intervento nella repressione delle violazioni dei diritti d'autore in rete. Si ritiene pertanto che concedere all'Organo Collegiale 12 giorni in caso di procedura abbreviata e ben 35 giorni in caso di procedura ordinaria per prendere una decisione equivalga a porre nel nulla la *ratio* di speditezza della procedura e vanifichi la parziale compressione del diritto alla difesa dei soggetti destinatari della comunicazione di avvio del procedimento.

Senza contare che in un termine così lungo, l'*uploader* o l'*hosting provider* che svolgono prevalentemente attività pirata (in teoria i principali bersagli della N&TD pubblicistica), consapevoli della pendenza del procedimento amministrativo in quanto hanno ricevuto la comunicazione di avvio del procedimento, potrebbero riorganizzarsi "spostando il materiale" pirata su un altro sito non colpito dalla procedura amministrativa 53.

Del resto i tempi di lavoro dell'Organo Collegiale sono ingiustificabili, in quanto l'art. 8 del Regolamento stabilisce che tale Organo non deve compiere alcuna attività istruttoria, ma solo esaminare gli atti che gli sono inviati dalla Direzione.

Compiuto l'esame degli atti, ai sensi dell'art. 8, commi 1 e 2 del Regolamento, l'Organo Collegiale deve decidere se archiviare il procedimento ovvero applicare uno dei provvedimenti di cui al terzo, al quarto e al quinto

⁵³ Vedi anche Commissione Europea, *Message 303*, II, n. 5, p. 3).

comma 54 dell'art. 8 del Regolamento, nel rispetto dei criteri di gradualità, proporzionalità e adeguatezza.

Una volta presa la decisione in merito all'archiviazione del procedimento ovvero all'applicazione di un provvedimento, l'Organo Collegiale, ai sensi dell'art. 8, comma 6, del Regolamento, deve darne notizia all'istante e ai destinatari della comunicazione di avvio del procedimento.

Gli ISP, i destinatari "reali" del provvedimento hanno l'onere di conformarsi entro tre giorni nella procedura ordinaria (art. 8, comma 2 del Regolamento) ovvero due giorni nella procedura abbreviata (art. 9, comma 1, *let. e*) del Regolamento).

In caso di inottemperanza dei prestatori di servizi intermediari, ai sensi dell'art. 8, ultimo comma del Regolamento, l'AGCOM applica loro le sanzioni previste dall'art. 1, comma 31, L. n. 249/97 (*sanzioni pecuniarie in caso di inottemperanza a un ordine dell'Autorità amministrativa*) e dà notizia della violazione agli organi di polizia giudiziaria *ex art.* 182 - *ter*, l. n. 633/1941. Vi è inoltre da specificare che gli ISP che non si conformino ad un ordine dell'AGCOM perdono la protezione dei *safe harbours* di cui agli artt. 14 comma terzo, 16 comma terzo e 17, comma terzo del D.lgs. n. 70/2003 e rispondono quindi in solido con l'autore della violazione delle eventuali pretese risarcitorie del titolare dei diritti lesi.

1.3.4.1. *Il contenuto dei provvedimenti adottati all'esito della N&TD pubblicitaria*

Come ormai noto, i provvedimenti dell'Autorità non sono applicati a tutti i destinatari della comunicazione di avvio del procedimento, ma solo ai prestatori di servizi intermediari, gli *hosting providers* e gli *access providers*, *all'uopo individuati* (art. 8 del Regolamento).

Il contenuto del provvedimento e del prestatore di servizi suo destinatario variano in funzione della natura della violazione e a seconda che il *server* del sito tramite il quale sono perpetrate le violazioni sia localizzato sul territorio nazionale o all'estero.

In particolare, si possono distinguere tre diverse ipotesi:

⁵⁴ Il quinto comma dell'articolo 8 del Regolamento non prevede propriamente una misura finalizzata alla repressione delle violazioni dei diritti d'autore su internet, ma semplicemente che, in caso di richieste di accesso a determinati contenuti precedentemente disabilitati o ospitati su un sito l'accesso al quale sia stato oscurato (vedi a breve *infra*), i prestatori di servizi devono indirizzare queste richieste di accesso a una "pagina di reindirizzamento" redatta secondo i criteri stabiliti dall'Autorità.

1) violazione non a “carattere massivo” perpetrata tramite un *hosting provider* i cui **servers** sono situati sul **territorio nazionale** (art. 8, comma 3, primo alinea, del Regolamento): si richiede all'*hosting provider* la rimozione selettiva dei contenuti illeciti, definita dall'art. 1, *let. ff)* del Regolamento come: “*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*”. La rimozione selettiva è il provvedimento più tenue, poiché colpisce i singoli contenuti di cui sia stata accertata l'illiceità, lasciando impregiudicato l'accesso ai contenuti leciti ospitati sullo stesso sito;

2) violazione a “carattere massivo” perpetrata tramite un *hosting provider* i cui **servers** sono situati sul **territorio nazionale** (art. 8, comma 3, secondo alinea, del Regolamento): si richiede all'*hosting provider* la disabilitazione dell'accesso alle opere, definita dall'art. 1, *let. gg)*, primo alinea, del Regolamento: “*disabilitazione dell'accesso alle opere digitali*”. In altri termini, si richiede all'*hosting provider* non di rimuovere il singolo contenuto, ma di disabilitare il suo URL (codice d'accesso). Questo vuol dire che, se al medesimo URL, fossero associati anche contenuti leciti, questi sarebbero a loro volta oscurati. L' “effetto valanga” della disabilitazione delle opere digitali risulta ancor più distante dai principi di gradualità, proporzionalità e adeguatezza di cui all'art. 8, comma 3, del Regolamento, laddove si pensi che tale provvedimento è adottato sulla base del “carattere massivo della violazione”, dunque, stante la mancanza di qualsiasi definizione tecnica di “carattere massivo”, sulla base di presupposti affidati alla discrezionalità dell'Autorità e in quanto tali insindacabili;

3) violazione di qualsiasi genere (a prescindere dal “carattere massivo”) perpetrata tramite un *hosting provider* i cui **servers** sono situati al di **fuori territorio nazionale** (art. 8, comma 4, del Regolamento): ci si rivolge non più ai prestatori di servizi di *hosting*, ma ai prestatori del servizio di accesso alla rete, gli *access providers* per ottenere la disabilitazione non più dell'accesso ai soli URL corrispondenti alle singole opere digitali illecite, ma all'intero sito ospite dei contenuti illeciti. Il provvedimento è definito dall'art. 1, *let. gg)*, secondo alinea, del Regolamento come: “*disabilitazione dell'accesso (...) al sito internet univocamente identificato da uno o più nomi a dominio (DNS) o dagli indirizzi IP ad essi associati*”. Nei casi in cui il *server* dell'*hosting provider* dei contenuti illeciti sia ubicato al di fuori del territorio nazionale, la scelta di rivolgersi agli *access providers* deriva dalla circostanza che gli ordini dell'Autorità amministrativa italiana sono coercibili solo all'interno del territorio nazionale. Sul piano pratico

perciò il solo modo che sia ha per bloccare la diffusione di opere altrui su siti stranieri visibili in Italia è il blocco all'accesso di tali siti tramite la collaborazione degli *access providers* italiani.

Tuttavia, la disabilitazione di siti internet è un provvedimento fortemente afflittivo della libertà di espressione e comunicazione, che dovrebbe essere adottato solo a seguito di un giusto processo, non a seguito di una procedura di istruzione sommaria qual è la N&TD, seppure pubblicistica. Non è un caso che nel modello statunitense il blocco di interi siti internet non sia in alcun modo previsto nell'ambito della N&TD. Se un sito internet ospita del materiale illecito, non è detto che non contenga anche contenuti legali, la misura dell'oscuramento contrasta dunque apertamente con il principio di proporzionalità 55, che lo stesso Regolamento dell'AGCOM annovera tra i criteri sui quali l'Organo Collegiale dovrebbe basarsi nella scelta del provvedimento applicabile al caso concreto.

Anche la Corte di Cassazione 56 ha recentemente ribadito il principio secondo il quale non può procedersi al sequestro di un intero sito internet (in specie, un blog) solo perché questo sito ospita, tra gli altri, contenuti illeciti (in specie, contenuti diffamatori): *“rispetto ai casi in cui la misura cautelare reale cada su di un supporto destinato a comunicare fatti di cronaca ovvero espressioni di critica o ancora denunce su aspetti della vita civile di pubblico interesse quali appunto un blog di libera informazione (oggetto di cui alla decisione era un sequestro preventivo di un articolo pubblicato su un sito internet, contenente espressioni ritenute lesive dell'onore e del decoro); in casi del genere infatti il vincolo non incide solamente sul diritto di proprietà del supporto o del mezzo di comunicazione ma sul diritto di libertà di manifestazione del pensiero (cui si ricollegano l'esercizio dell'attività d'informazione, le note di cronaca, le manifestazioni di critica, le denunce civili con qualsiasi mezzo diffuse), che ha dignità pari a quello della libertà individuale e che trova la sua copertura non solo nell'art. 21 Cost., ma anche – in ambito sovranazionale – nell'art. 10 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nonché nell'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea”*.

La Corte ha perciò ritenuto il diritto alla libertà di espressione e comunicazione di pari dignità rispetto al diritto all'integrità della propria immagine, che è un diritto fondamentale della personalità. A maggior ragione si ritiene che il diritto alla libertà di espressione e comunicazione dovrebbe essere

⁵⁵ In tal senso anche Commissione Europea, *Message 303*, II, n. 6, p. 3.

⁵⁶ Cass., 12 marzo 2014, n. 11895.

considerato prevalente sul diritto d'autore, che viene preso per di più in considerazione dal Regolamento dell'AGCOM esclusivamente nella sua componente economica e dunque non come diritto della personalità, ma come diritto patrimoniale.

1.3.4.2. *Il web – blocking alla luce della sentenza Telekabel: condizioni di ammissibilità*

Come argomento a sostegno della legittimità delle misure di oscuramento dei siti internet in commento, è stata utilizzata dall'AGCOM la sentenza *Telekabel* 57 pronunciata dalla Corte di Giustizia Europea. Con tale sentenza, infatti, la Corte ha risposto positivamente alla domanda pregiudiziale, sollevata da una Corte austriaca, del se sia compatibile con i diritti fondamentali riconosciuti dall'Unione Europea il fatto che un giudice possa ordinare a un fornitore di accesso alla rete internet di interrompere l'accesso a dei siti internet che ospitano materiali in violazione di altrui diritti di proprietà intellettuale, a condizione che l'ingiunzione del giudice non specifichi quali misure adottare in concreto e il fornitore possa evitare le sanzioni conseguenti all'inottemperanza a tale ingiunzione dimostrando di avere adottato tutte le misure ragionevoli 58.

Ad un'attenta lettura, la sentenza *Telekabel* non autorizza *tout court* il *web blocking*, piuttosto pone dei limiti alla sua ammissibilità. Si legge, infatti, nel dispositivo della richiamata sentenza: “*alla luce delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla terza questione che i diritti fondamentali riconosciuti dal diritto dell'Unione devono essere interpretati nel senso che non ostano a che sia vietato, con un'ingiunzione pronunciata da un giudice, a un fornitore di accesso ad Internet di concedere ai suoi abbonati l'accesso ad un sito Internet che metta in rete materiali protetti senza il consenso dei titolari dei diritti, qualora tale ingiunzione non specifichi quali misure tale fornitore d'accesso deve adottare e quest'ultimo possa evitare sanzioni per la violazione di tale ingiunzione dimostrando di avere adottato tutte le misure ragionevoli, a condizione tuttavia che, da un lato, le misure adottate privino inutilmente gli utenti di Internet della possibilità di accedere in modo lecito alle informazioni disponibili e, dall'altro, che tali misure abbiano l'effetto di impedire o, almeno, di rendere difficilmente realizzabili le consultazioni non autorizzate dei materiali protetti e di scoraggiare seriamente gli utenti di Internet che ricorrono ai servizi del destinatario di questa stessa ingiunzione dal consultare tali materiali messi a loro*

⁵⁷ C – 314/12.

⁵⁸ C – 314/12 par. 42.

disposizione in violazione del diritto di proprietà intellettuale, circostanza che spetta alle autorità e ai giudici nazionali verificare [enfasi aggiunta]".

Ricaviamo che la Corte di Giustizia Europea ammette che a un fornitore di accesso alla rete internet possano essere imposte misure di *web blocking* a delle precise condizioni:

- 1) **con un'ingiunzione del giudice.** Al contrario, la sentenza non fa menzione della possibilità di imporre misure di *web blocking* a tutela dei diritti d'autore mediante un provvedimento amministrativo. La circostanza fa pensare che sia interdetto all'Autorità amministrativa imporre ai fornitori di accesso alla rete misure di *web blocking*, soprattutto perché, dove la Corte di Giustizia Europea ha preso in considerazione l'intervento di autorità diverse dal Giudice, lo ha fatto esplicitamente, come quando afferma che "*spetta alle autorità e ai giudici nazionali*" verificare l'idoneità allo scopo delle misure in concreto adottate dai fornitori di accesso alla rete;
- 2) **con un'ingiunzione che *non* specifichi quali misure i fornitori di accesso alla rete debbano adottare in concreto** per disabilitare l'accesso ai contenuti individuati. Sul punto la Corte ha ritenuto, infatti, che l'imposizione di misure di *web blocking* predeterminate nel contenuto non terrebbe debitamente conto dei costi a carico dei fornitori di accesso alla rete internet, con eccessivo pregiudizio della loro libertà di impresa⁵⁹. Al contrario, l'art. 8, comma 4, del Regolamento prevede che l'AGCOM ordini ai fornitori di accesso alla rete la "disabilitazione" dell'accesso al sito. La "disabilitazione" è a sua volta definita dall'art. 1 *let. gg)* del Regolamento come "*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*";
- 3) **con delle misure** in concreto adottate dai fornitori di accesso alla rete in ottemperanza all'ingiunzione del giudice che siano tali da impedire le consultazioni non autorizzate dei contenuti segnalati, ma **che non impediscano agli utenti della rete la possibilità di accedere legittimamente alle informazioni disponibili.** La Corte tiene talmente tanto a quest'ultima condizione di ammissibilità del *web blocking* da arrivare ad affermare che se non fosse tecnicamente possibile per il fornitore dell'accesso alla rete adottare misure idonee a proteggere i diritti d'autore senza con ciò impedire l'accesso ad informazioni legittimamente disponibili, tale fornitore

⁵⁹ C-314/12 par. 50-52.

non è tenuto ad adottare tali misure, senza che per questo gli siano imputabili sanzioni per inottemperanza all'ordinanza giudiziale ⁶⁰. Viceversa, secondo il Regolamento dell'AGCOM, se il fornitore di accesso alla rete non ottempera all'ordine di disabilitazione dell'accesso ad un sito emanato dall'Autorità ai sensi dell'art. 8, comma 4, del Regolamento, incorre nelle sanzioni di cui alla L. n. 249/1997.

In sintesi, non solo la sentenza *Telekabel* non costituisce un argomento a favore della legittimità delle misure di blocco dei siti internet di cui all'art. 8, comma 4, del Regolamento, ma anzi, tale sentenza impone dei limiti precisi all'applicazione di misure di *web blocking* che non possono dirsi rispettati dal Regolamento.

Sorprende pertanto che il T.A.R. Lazio nell'ordinanza n. 10016/2014 ⁶¹ nel ricorso proposto avverso il Regolamento da Anso (Associazione nazionale stampa online), Femi (Federazione Media digitali indipendenti) e Open Media Coalition ⁶² abbia respinto la censura contro il Regolamento di violazione di legge per contrasto con l'art. 11 della Carta di Nizza, che garantisce la libertà di espressione, argomentando: “secondo la vigente normativa, comunitaria e nazionale, gli “ISP” possono essere destinatari di provvedimenti dell'Autorità di vigilanza diretti a limitare le “esternalità negative” della loro attività economica (...)”. Infatti, come più ampiamente illustrato nel corso della medesima ordinanza, i provvedimenti previsti dal Regolamento nei confronti degli ISP troverebbero ad avviso dell'Organo giudicante la loro fonte legittimante negli artt. 12, 13 e 14 della Direttiva E-Commerce (2000/31/CE), recepiti dagli artt. 14, 15, 16 del D.lgs. n. 70/2003. Le norme citate prevedono quello che il G.A. definisce il “doppio binario”, ossia la possibilità che gli ISP siano destinatari di un ordine di interrompere le violazioni commesse a mezzo

⁶⁰ Cfr. sent. *Telekabel*, par. 58 – 61: “per quanto riguarda il diritto alla proprietà intellettuale, va anzitutto rilevato che non è da escludere che l'esecuzione di un'ingiunzione, quale quella di cui al procedimento principale, non conduca alla cessazione completa delle violazioni arrecate al diritto di proprietà intellettuale delle persone interessate. Infatti, da un lato, come è stato constatato, il destinatario di tale ingiunzione ha la possibilità di sottrarsi alla propria responsabilità e dunque di non adottare talune misure eventualmente realizzabili, qualora non possano essere considerate ragionevoli. Dall'altro lato, è possibile che non esista alcuna tecnica che consenta di porre completamente fine alle violazioni del diritto di proprietà intellettuale, o che non sia praticamente realizzabile, con la conseguenza che alcune misure adottate all'occorrenza potrebbero essere aggirate in un modo o nell'altro. Si deve rilevare che non deriva in alcun modo dall'articolo 17, paragrafo 2, della Carta che il diritto di proprietà intellettuale sia intangibile e che, pertanto, la sua tutela debba essere garantita in modo assoluto (v., in tal senso, sentenza *Scarlet Extended*, cit., punto 43)”.

⁶¹ n. 10016/2014 reg. prov. coll. - n. 02184/2014 reg. ric.

⁶² Si tornerà sull'ordinanza del T.A.R. a breve *infra* 2.

dei loro servizi tanto da un Giudice ordinario, quanto da un'Autorità amministrativa. Bisogna tuttavia interrogarsi oggi su come la Direttiva *E-Commerce* si concili in materia di diritti d'autore con la sentenza *Telekabel*, la quale, affermando che i provvedimenti di *web blocking* possano essere applicati al fornitore di accesso alla rete dall'Autorità giudiziaria, ha di fatto negando il “doppio binario” di tutela in materia dei diritti d'autore.

Si ritiene che il problema sia risolvibile alla luce della gerarchia delle fonti comunitarie. Il c.d. “doppio binario” di tutela dei diritti d'autore nell'ambito delle comunicazioni elettroniche, come detto, trova fondamento nella Direttiva *E-Commerce*, artt. 12, 13 e 14 e nell'art. 8, comma 3, della Direttiva 2001/29/CE; quest'ultimo prevede che i titolari dei diritti d'autore o di diritti connessi debbano poter richiedere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un loro diritto, senza specificare l'Autorità legittimata all'applicazione di questo provvedimento.

Le Direttive fanno tuttavia parte del Diritto Comunitario 63 derivato, sono cioè fonti secondarie rispetto ai Trattati (TFUE e TUE) e alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che costituiscono il sistema delle fonti primarie 64.

La funzione principale della Corte di Giustizia nell'Ordinamento Comunitario è quella di farsi garante di un «costituzionalismo strutturale» 65, vigilando sulla conformità del diritto comunitario derivato ai Trattati e alla Carta fondamentale dei Diritti dell'Unione Europea (per brevità, la Carta) nonché sulla sua corretta applicazione all'interno degli Stati Membri.

Ed, infatti, nella sentenza *Telekabel*, la Corte fornisce un'interpretazione «costituzionalmente orientata» della Direttiva *E-Commerce* e della Direttiva 2001/29/CE, affermando che una misura inibitoria di *web-blocking* nei confronti degli *access providers* è suscettibile di ledere il diritto alla libertà d'impresa garantito agli ISP dall'art. 16 della Carta il diritto d'informazione degli utenti

⁶³ L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010, 133 ss.

⁶⁴ Il valore di fonte primaria dei Trattati è stabilito dall'art. 1 TUE e art. 2 TFUE. L'art. 6 TUE attribuisce alla Carta pari valore giuridico dei Trattati. Al termine del processo di adesione previsto dal par. 2 dell'art. 6 TUE, anche la CEDU avrà valore vincolante.

⁶⁵ B. BEUTLER; R. BIEBER; J. PIPKORN; J. STREIL; J.H. WEILER, *L'Unione Europea*, Bologna, 1998, 212.

garantito dall'art. 11 della Carta, a meno che detta misura non rispetti i requisiti esaminati in precedenza 66.

La sentenza *Telekabel* pertanto, contrariamente a quanto affermato dal T.A.R. Lazio, esclude la legittimità dell'intervento regolamentare dell'AGCOM nei confronti degli *access providers* attraverso misure di blocco DNS. Può discutersi invece se i principi enucleati nella sentenza in commento siano applicabili altresì alle misure inibitorie applicabili nei confronti degli *hosting providers*, così negando la legittimità anche di queste ultime. A parere di chi scrive, la risposta dovrebbe essere positiva, quantomeno nei casi in cui si richieda all'*hosting provider* la disabilitazione di un URL a cui siano associati, oltre al contenuto illecito, anche contenuti leciti, in quanto anche in questo caso, seppur su scala ridotta, si tratta sostanzialmente di una misura di *web blocking* in senso lato. Diverso invece il caso in cui si intervenga sugli *hosting providers* attraverso un'ingiunzione di rimozione del singolo contenuto illecito, in quanto in tal caso non viene pregiudicato l'accesso a contenuti legittimi. Secondo il quadro delineato, l'unico provvedimento previsto dall'art. 8 del Regolamento nei confronti degli ISP compatibile con la sentenza *Telekabel* sia in sintesi quello *ex art. 8, comma 1, primo alinea* (violazioni perpetrate attraverso un *hosting provider* i cui *servers* sono collocati sul territorio nazionale), mentre sarebbero illegittimi per contrasto con il diritto comunitario i provvedimenti *ex art. 8, comma 1, secondo alinea* e *ex art. 8, comma 4* (rispettivamente, violazione a carattere massivo e violazione perpetrata attraverso un *hosting provider* i cui *servers* non siano collocati sul territorio nazionale) del Regolamento.

1.3.4.3. *L'insufficiente tutela dei diritti morali*

Una delle critiche 67 avanzate riguardo i provvedimenti introdotti dall'AGCOM nel Regolamento è che tali provvedimenti, prevedendo la sola rimozione dei contenuti o la loro disabilitazione, non coprono i casi in cui il titolare dei diritti d'autore sia interessato all'attribuzione della paternità di un'opera diffusa su internet da terzi a loro nome (rettifica) mantenendo tuttavia tale opera visibile in rete. Tale carenza nell'ambito della protezione dei diritti morali è dovuta probabilmente ad esigenze tecniche. Se l'Autorità,

⁶⁶ C - 314/12, vedi in particolare par. 47 e 64.

⁶⁷ Tali critiche sono state avanzate da G. OLIVIERI, *Il diritto d'autore digitale tra regole, concorrenza e tecniche specifiche di enforcement*; A. M. GAMBINO, *Tutela AGCOM delle "opere digitali" e soggetti destinatari dell'obbligo di sorveglianza. Il ruolo dell'autoregolamentazione*, Seminario *Il Regolamento dell'AGCOM sulla tutela del diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica*, Roma, 18 febbraio 2014.

anzichè limitarsi a richiedere agli ISP di porre fine alle violazioni perpetrate tramite i loro servizi attraverso un intervento mirato su un link previamente individuato nell'ambito della procedura amministrativa, avesse richiesto loro di intervenire sulle *modalità* di circolazione delle opere in rete, ad esempio attraverso la rettifica della paternità, avrebbe indirettamente imposto loro di entrare “nel merito” dei contenuti veicolati, il che sarebbe stato incompatibile con l'art. 15 della Direttiva *E-Commerce*, trasposto nel diritto interno dall'art. 17 del D.lgs. n. 70/2003, che vieta di attribuire agli ISP obblighi di vigilanza attiva sui contenuti veicolati. Si ritiene tuttavia che qualcosa in più a tutela dei diritti morali potesse essere fatto almeno nei casi in cui tale tutela richieda la semplice rimozione *tout court* dei contenuti illeciti. Si fa riferimento all'art. 9 del Regolamento, che prevede la possibilità di fare ricorso alla procedura abbreviata nei casi in cui sia in atto una “grave lesione dei diritti di sfruttamento economico di un'opera digitale”, così escludendo le eventualità in cui sia in corso una “grave” lesione dei diritti morali dell'autore che non si traduca altresì in una lesione dei suoi diritti patrimoniali. Questa circostanza induce a ipotizzare che l'intervento regolamentare dell'Autorità si sia concentrato più sulla tutela dei titolari dei diritti di sfruttamento sulle opere protette (la c.d. “industria culturale”) piuttosto che sulla tutela degli autori.

1.4. LA TUTELA DEI DIRITTI D'AUTORE NEI SERVIZI DI MEDIA AUDIOVISIVI

1.4.1. Principi generali e definizioni

Il Capo IV del Regolamento introduce una procedura simile a quella introdotta nel Capo III, finalizzata a rimuovere i contenuti diffusi in violazione di altrui diritti d'autore da parte di una specifica categoria di soggetti: i fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici⁶⁸. Sono fornitori di «servizi di media audiovisivi e radiofonici», ai sensi dell'art. 2, comma 1, *lettera b)* del Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici come modificato dal D.lgs. n. 144/2010 (Decreto Romani)⁶⁹, quei soggetti che selezionano attivamente i contenuti poi immessi in rete al precipuo scopo di informare, intrattenere o istruire e che di tali contenuti hanno la responsabilità editoriale. A tale definizione rimanda l'art. 1, *let. o)* del Regolamento dell'AGCOM.

⁶⁸ Da ora, per semplicità, anche solo “fornitori di servizi”.

⁶⁹ Da ora, per brevità, anche solo «Testo Unico».

Allo stesso modo, l'art. 1 *let. m)* del Regolamento rimanda alla definizione di «servizio di media audiovisivo» fornita dall'art. 2, comma 1, *lettera a)* del Testo Unico: un servizio sotto la responsabilità editoriale di un fornitore di servizi di media il cui obiettivo principale è la fornitura di programmi al fine di informare, intrattenere o istruire il grande pubblico, attraverso reti di comunicazioni elettroniche (ad esempio la televisione analogica e digitale, la trasmissione continua in diretta quale il live streaming, la trasmissione televisiva su Internet quale il *webcasting* e il video quasi su domanda quale il *near video on demand*, o un servizio di media audiovisivo a richiesta).

La procedura di cui al Capo IV del Regolamento dell'AGCOM è finalizzata dunque a reprimere i comportamenti tenuti da questi fornitori di servizi di media audiovisivi in violazione di altrui diritti d'autore, ai sensi e per gli effetti dell'art. 32-*bis* del Testo Unico 70.

1.4.2. La fase di avvio del procedimento

In caso in cui la violazione dei diritti d'autore sia perpetrata da un fornitore di servizi di media audiovisivi, ai sensi dell'art. 11 del Regolamento, possono essere richiesti all'Autorità:

1) un'inibitoria avente ad oggetto l'ulteriore diffusione dei contenuti protetti all'interno del proprio palinsesto, qualora il fornitore di servizi di media autore della violazione dei diritti d'autore sia un fornitore di servizi di media lineari. I servizi di media lineari sono quelli in cui lo spettatore riceve passivamente i contenuti nell'ambito di un palinsesto preventivamente predisposto dal fornitore;

⁷⁰ Art. 32-*bis* del Testo Unico: “*le disposizioni del presente testo unico non sono in pregiudizio dei principi e dei diritti di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 68, recante attuazione della direttiva 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, e al decreto legislativo 16 marzo 2006, n. 140, recante attuazione della direttiva 2004/48/CE, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale. I fornitori di servizi di media audiovisivi assicurano il pieno rispetto dei principi e dei diritti di cui alla legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, indipendentemente dalla piattaforma utilizzata per la trasmissione di contenuti audiovisivi.*”

2. I fornitori di servizi di media audiovisivi operano nel rispetto dei diritti d'autore e dei diritti connessi, ed in particolare:

a) trasmettono le opere cinematografiche nel rispetto dei termini temporali e delle condizioni concordate con i titolari dei diritti;

b) si astengono dal trasmettere o ri-trasmettere, o mettere comunque a disposizione degli utenti, su qualsiasi piattaforma e qualunque sia la tipologia di servizio offerto, programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi, o parti di tali programmi, senza il consenso di titolari dei diritti, e salve le disposizioni in materia di brevi estratti di cronaca.

L'Autorità emana le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti di cui al presente articolo”.

2) un ordine di rimozione dei contenuti illeciti dal proprio catalogo *on demand*, qualora il fornitore autore della violazione dei diritti d'autore sia un fornitore di servizi di media non lineari. I servizi di media non lineari sono quelli in cui lo spettatore sceglie i contenuti nell'ambito di un catalogo predisposto dal fornitore.

Ai sensi dell'art. 12 del Regolamento, l'unico soggetto destinatario della comunicazione di avvio del procedimento, in quanto il solo ad essere coinvolto dalla procedura, è il fornitore dei servizi di media.

1.4.3. La fase istruttoria

La fase istruttoria si svolge negli stessi modi di cui alla procedura ordinaria prevista al Capo III del Regolamento (art. 7). Non è invece fatto alcun riferimento alla procedura abbreviata. Le ragioni di questa scelta non sono di immediata comprensione, dal momento che non si vede la ragione per la quale le violazioni commesse da fornitori di servizi di media audiovisivi non possano essere connotate dal punto di vista dell'AGCOM di particolare "gravità" o "carattere massivo" al pari di quelle perpetrate dagli utenti tramite i servizi di un *hosting provider*.

1.4.4. I provvedimenti adottati dall'Autorità all'esito della procedura

Conclusa la fase istruttoria di cui all'art. 12, l'Autorità, in specie l'Organo Collegiale, ove ritenga sussistere la violazione lamentata con l'istanza di cui all'art. 11 del Regolamento, adotta i provvedimenti descritti all'art. 13, comma secondo, del Regolamento.

La disposizione citata prevede l'applicazione di un'inibitoria all'ulteriore diffusione dei contenuti oggetto di altrui diritti d'autore qualora la violazione sia stata commessa da un fornitore di servizi di media lineari ovvero un ordine di rimozione dei contenuti oggetto di altrui diritti d'autore dal proprio catalogo qualora la violazione sia stata commessa da un fornitore di servizi di media non lineari.

L'art. 13 non richiama i principi di proporzionalità, trasparenza e adeguatezza dell'Autorità amministrativa richiamati nel Capo III dall'omologo art. 8. La ragione è probabilmente che, mentre nel caso di violazioni perpetrate dagli utenti tramite i servizi degli *hosting providers* residua in capo all'Autorità un ampio margine discrezionale sul provvedimento applicabile (se la rimozione dei contenuti, la disabilitazione degli stessi ovvero dell'accesso al sito ospite), nell'ambito delle violazioni dei diritti d'autore commesse dai fornitori di servizi di media, l'AGCOM può applicare solo i provvedimenti previsti dall'art. 13 del

Regolamento, differenziati a seconda che il fornitore di servizi autore della violazione preli servizi di media lineari o non lineari. Trattasi dunque di provvedimenti vincolati.

1.4.5. Il procedimento speciale previsto dall'art. 14 del Regolamento

Infine, l'art. 14 del Regolamento disciplina un particolare procedimento da seguire qualora l'istanza di rimozione del preteso titolare dei diritti d'autore lesi sia presentata avverso fornitori di servizi di media soggetti alla giurisdizione italiana ai sensi dell'art. 1- *bis*, comma 4, del Testo Unico ovvero non soggetti alla giurisdizione di alcuno Stato Membro, ma i cui servizi siano tuttavia ricevibili in Italia. I fornitori di servizi di media soggetti alla giurisdizione italiana ai sensi dell'art. 1- *bis*, comma 4 del Testo Unico sono: “*i fornitori di servizi di media cui non si applicano le disposizioni del comma 3 [ossia tutti quelli che non possono considerarsi stabiliti in Italia, ndr]*” ma che tuttavia:

“a) si avvalgono di un collegamento terra-satellite (up-link) situato in Italia;

b) anche se non utilizzano un collegamento terra-satellite situato in Italia, si avvalgono di una capacità via satellite di competenza italiana”.

Ai sensi del richiamato art. 14 del Regolamento, nei confronti di queste due categorie di soggetti l'intero procedimento si svolge dinanzi alla Direzione, senza che, salvo una particolare ipotesi di cui si dirà a breve, vi sia alcuna trasmissione degli atti all'Organo Collegiale.

Qualora ritenga sussistente la violazione lamentata, la Direzione è, infatti, chiamata ad adottare direttamente un provvedimento nei loro confronti, il quale, ai sensi dell'art. 1-*ter*, comma 8, del Testo Unico consiste nell' “*ordinare al fornitore di servizi interattivi associati o di servizi di accesso condizionato o all'operatore di rete o di servizi sulla cui piattaforma o infrastruttura sono veicolati programmi, di adottare ogni misura necessaria ad inibire la diffusione di tali programmi o cataloghi al pubblico italiano*”. In altri termini, l'Autorità può ordinare al titolare dell'infrastruttura attraverso la quale sono visibili i contenuti illeciti di inibirne la visualizzazione al pubblico italiano, indicando il termine entro il quale adempiere alla richiesta. Il “*titolare dell'infrastruttura*” può essere un operatore di rete, ossia “*un soggetto titolare del diritto di installazione, esercizio e fornitura di una rete di comunicazione elettronica su frequenze terrestri in tecnica digitale, via cavo o via satellite, e di impianti di messa in onda, moltiplicazione, distribuzione e diffusione delle risorse frequenziali che consentono la trasmissione di programmi agli utenti*” oppure un fornitore di servizi interattivi associati o di servizi di accesso condizionato, ossia: “*i soggetti che forniscono, al pubblico o a terzi operatori, servizi di accesso condizionato, compresa la pay per*

view, mediante distribuzione di chiavi numeriche per l'abilitazione alla visione dei programmi, alla fatturazione dei servizi ed eventualmente alla fornitura di apparati, ovvero che forniscono servizi della c.d. "società dell'informazione" ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, ovvero forniscono una guida elettronica ai programmi" 71. Tentando di semplificare, si tratta di soggetti "ri-trasmettitori". Essi non hanno la responsabilità editoriale dei contenuti trasmessi, quindi non sono i titolari del palinsesto o del catalogo, ma trasmettono in Italia il palinsesto o il catalogo predisposto da fornitori di servizi di media solo indirettamente soggetti alla giurisdizione italiana ai sensi dell'art. 1 - *bis* comma 4 del Testo Unico ovvero non soggetti alla giurisdizione di alcuno Stato Membro.

Se il titolare dell'infrastruttura, il "ri-trasmettitore", non adempie all'ordine impartito dall'Autorità, la Direzione, ai sensi dell'art. 14, comma 2 del Regolamento, trasmette gli atti all'Organo Collegiale, il quale o dispone l'archiviazione del procedimento ovvero conferma l'ordine della Direzione.

L'intero procedimento speciale previsto dall'art. 14 del Regolamento deve svolgersi nell'arco di 70 giorni dalla presentazione dell'istanza all'Autorità da parte del titolare dei diritti presuntivamente lesi.

Nel caso in cui il "titolare dell'infrastruttura" destinatario dell'ordine non vi ottemperi, gli si applicano infine, ai sensi dell'art. 14, comma 3, le sanzioni amministrative di cui all'art. 1-*ter*, comma 8, del Testo Unico, ossia: "*una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 150,00 ad euro 150.000,00*".

1.5. Disposizioni finali di attuazione

Il Regolamento dell'AGCOM termina con alcune disposizioni attuative.

In particolare, l'art. 15 del Regolamento prescrive l'obbligo di procedere alle comunicazioni previste dalla procedura tramite posta elettronica, ove possibile, certificata; l'art. 16 prevede invece che nel computo dei termini previsti dalla procedura sientino i soli giorni lavorativi; l'art. 18 dispone infine che l'Autorità si riserva di rivedere il Regolamento in seguito "*all'esperienza derivante dalla sua attuazione*" e all'evoluzione tecnologica.

L'art. 17 dispone poi che i provvedimenti emanati dall'Autorità ai sensi del Regolamento sono ricorribili dinanzi al Giudice Amministrativo.

⁷¹ Le definizioni sono fornite dal Corecom Lazio (Comitato Regionale per le Comunicazioni), www.corecomlazio.it.

In realtà il fatto che i provvedimenti delle Autorità amministrative siano ricorribili dinanzi al giudice amministrativo è la norma, ai sensi dell'art. 1, comma 26, della L. n. 249 del 1997 e degli artt. 133, comma 1 *let. l)* e 135, comma 1, *let. c)* del D.lgs. n. 104 del 2010. Le norme citate sono peraltro richiamate dallo stesso art. 17 del Regolamento, che in questa chiave sembrerebbe “superfluo”.

In realtà il richiamato art. 17, assente nella formulazione dello Schema di Regolamento, è stato probabilmente inserito nella versione definitiva in risposta ai dubbi espressi dalla Commissione Europea riguardo il rispetto del diritto alla difesa dei destinatari del provvedimento, che ad avviso dell'Organo Comunitario poteva essere assicurato solo attraverso la previsione di un meccanismo di impugnazione dei provvedimenti emanati dall'Autorità 72.

* * *

2. La (il)legittimità del Regolamento: profili pubblicistici alla luce della pronuncia del T.A.R. Lazio

"Non spettava ad Agcom scrivere nuove regole per il diritto d'autore online, sostituendosi al Parlamento e ai Giudici Ordinari ai quali la legge sul Diritto d'autore attribuisce la giurisdizione esclusiva in materia di proprietà intellettuale, prevedendo, peraltro, anche la possibilità per i titolari dei diritti di chiedere e ottenere provvedimenti d'urgenza assolutamente analoghi a quelli che l'Authority si è ora attribuita il potere di emanare al posto dei giudici".

Quanto sopra riportato è stato affermato in una nota congiunta dalle tre associazioni di categoria Anso (Associazione nazionale stampa online), Femi (Federazione Media digitali indipendenti) e Open Media Coalition, che avevano, infatti, impugnato il Regolamento dinanzi al T.A.R. Lazio 73.

Il 26 settembre 2014, con l'ordinanza n. 10016/2014 reg. prov. coll. - n. 02184/2014 reg. ric., il Tribunale adito, da un lato, ha ritenuto infondate le eccezioni sollevate dalle ricorrenti di incompetenza assoluta dell'AGCOM e di violazione di legge; dall'altro, ha invece sollevato questione di legittimità

⁷²Commissione Europea, *Message 303*, II), n. 7, p. 3..

⁷³La nota era stata diffusa su www.key4biz.it/News/2014/02/25/Policy/Ddaonline_regolamento_agcom_diritto_d_autore_Anso_Femi. All'impugnazione del Regolamento da parte di Anso, Femi e Open Media Coalition, avverso lo stesso ha fatto seguito il ricorso straordinario al Capo dello Stato per incostituzionalità proposto dall'emittente televisivo Sky, www.itespresso.it/sky-impugna-regolamento-agcom-95256.html.

costituzionale delle norme ritenute fondanti il potere dell'AGCOM di adottare il Regolamento, gli artt. 5 comma 1⁷⁴, 14 comma 3, 15 comma 3, 16 comma 3 del D.lgs. n. 70/2003 e del comma 3 dell'art. 32-*bis* del Testo Unico dei servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici come introdotto dall'art. 6 del D.lgs. n. 144/2010 (Decreto Romani) per contrasto con gli artt. 2, 21, 24, 25 e 41 della Costituzione.

Il giudizio è stato dunque sospeso in attesa della pronuncia della Corte Costituzionale.

2.1. SULLA PRONUNCIA DEL T.A.R. IN RELAZIONE ALLA NULLITÀ DEL REGOLAMENTO PER VIOLAZIONE DI LEGGE E INCOMPETENZA DELL'AGCOM

Come detto, il T.A.R. Lazio ha ritenuto insussistente il vizio di violazione di legge contestato al Regolamento per quanto riguarda l'art. 156 della L. n. 633/1941, l'art. 25 della Costituzione, l'art. 10-bis della L. n. 241/1999 e l'art. 11 della Carta di Nizza.

L'art. 156 della L. n. 633/1941 stabilisce che chi ritenga che i propri diritti d'autore siano stati violati può agire in giudizio per il loro accertamento e la loro tutela anche cautelare. Il Regolamento al contrario, prevede che la procedura amministrativa, una volta avviata, sia archiviata solo se l'istante decide di rivolgersi al G.O., ma non anche se tale decisione è presa da una parte del procedimento⁷⁵ diversa dalla parte istante. Si condivide la tesi del Tribunale adito secondo la quale non vi è una vera e propria violazione dell'art. 156 della L. n. 633/1941: il Regolamento non "impedisce" alle parti del procedimento diverse dall'istante di rivolgersi al giudice ordinario, ma semplicemente non attribuisce a quest'eventualità il valore di condizione di archiviazione della procedura amministrativa. Ciò è dovuto probabilmente al fatto che altrimenti sarebbero possibili manovre elusive delle parti passive del procedimento amministrativo, che potrebbero rivolgersi all'Autorità giudiziaria

⁷⁴ La norma, mai precedentemente citata attribuisce alle autorità amministrative di vigilanza il potere in bianco di bloccare la libera circolazione di un determinato servizio della società dell'informazione proveniente da un altro Stato membro per motivi di ordine pubblico, per l'opera di prevenzione, investigazione, individuazione e perseguimento di reati, in particolare la tutela dei minori e la lotta contro l'incitamento all'odio razziale, sessuale, religioso o etnico, nonché contro la violazione della dignità umana, tutela della salute pubblica, pubblica sicurezza, compresa la salvaguardia della sicurezza e della difesa nazionale, tutela dei consumatori, ivi compresi gli investitori.

⁷⁵ Vedi *supra* 1.3.2. "l'archiviazione dell'istanza di rimozione".

al solo scopo di interrompere la procedura amministrativa. Non realizzandosi dunque una violazione del principio del giudice naturale, perché come detto le parti del procedimento rimangono comunque libere di adire il G.O, non sembra nemmeno ravvisabile una violazione dell'art. 25 della Costituzione per violazione del principio giudice naturale precostituito per legge. Tuttavia, come già precedentemente segnalato ⁷⁶, la scelta di non archiviare il procedimento se una parte diversa dall'istante instaura nelle sue more un giudizio ordinario avente il medesimo oggetto pone i diritti d'autore in una posizione privilegiata rispetto ai diritti di libertà imprenditoriale e di comunicazione, operando in tal modo un bilanciamento tra valori costituzionali che non dovrebbe essere devoluto a un' *Authority*. Questo profilo non è sfuggito al Tribunale amministrativo, che, infatti, ha sollevato questione di legittimità costituzionale delle norme fondanti la competenza dell'AGCOM.

Per quanto riguarda l'asserita violazione del principio del contraddittorio di cui all'art. 10-*bis* della L. n. 241/1999 in quanto i termini concessi alle parti per presentare le loro difese sarebbero troppo brevi, non può invece condividersi a pieno la posizione espressa dal giudice amministrativo secondo la quale il diritto di partecipazione al procedimento amministrativo andrebbe bilanciato con le ragioni d'urgenza manifestate dall'Autorità. Ciò per le stesse ragioni illustrate nel corso di questo approfondimento in occasione dell'analisi del Regolamento ⁷⁷ a cui dunque si rinvia.

Parimenti, non si condivide quanto affermato dal T.A.R. Lazio sulla compatibilità del Regolamento con l'art. 11 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, come già anticipato in occasione dell'analisi dell'art. 8 del Regolamento ⁷⁸.

2.1.1. Sul vizio di incompetenza

Il T.A.R. Lazio ha ritenuto competente l'AGCOM ad emanare il Regolamento sia con riferimento alle violazioni dei diritti d'autore commesse dai fornitori di servizi di media audiovisivi sia con riferimento alle violazioni commesse dagli utenti della rete attraverso i servizi degli ISP.

Per quanto riguarda le violazioni commesse da fornitori di servizi di media audio visivi e radiofonici, la norma, a ragione, ritenuta fondante è l'art.

⁷⁶ Si veda il rinvio di cui alla nota precedente.

⁷⁷ Si veda *supra* 1.1.; 1.3.3. e 1.3.4.

⁷⁸ Si veda *supra* 1.3.4.

32 – *bis*, commi secondo e terzo del Testo Unico, introdotto dal Decreto Romani: “*i fornitori di servizi di media audiovisivi operano nel rispetto dei diritti d'autore e dei diritti connessi, ed in particolare:*

a) trasmettono le opere cinematografiche nel rispetto dei termini temporali e delle condizioni concordate con i titolari dei diritti;

b) si astengono dal trasmettere o ri-trasmettere, o mettere comunque a disposizione degli utenti, su qualsiasi piattaforma e qualunque sia la tipologia di servizio offerto, programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi, o parti di tali programmi, senza il consenso di titolari dei diritti, e salve le disposizioni in materia di brevi estratti di cronaca.

L'Autorità emana le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti di cui al presente articolo”.

Per quanto attiene invece alle violazioni commesse sulle reti di comunicazione elettronica a mezzo dei servizi degli ISP, il ragionamento del Giudice Amministrativo è stato il seguente: l'AGCOM è l'Autorità preposta alla vigilanza sulle violazioni commesse sulle reti di comunicazione elettronica; in particolare l'art. 182-*bis* della L. n. 633/1941 attribuisce all'AGCOM la vigilanza anche in materia di diritti d'autore nell'ambito dei settori di propria competenza; gli artt. 14, 15 e 16 del D.lgs. n. 70/2003 statuiscono che l'Autorità di vigilanza possa adottare provvedimenti inibitori nei confronti degli ISP per le violazioni commesse dagli utenti.

Non vi sono dubbi sul fatto che l'AGCOM, nell'ambito dei suoi fini istituzionali (pluralismo, tutela dei minori, diritto di accesso all'informazione e concorrenzialità del mercato), sia l'Autorità di vigilanza preposta alle comunicazioni elettroniche, in quanto ciò risulta univocamente dal D.lgs. n. 259/2003 (Codice delle Comunicazioni elettroniche), dall'art. 1, comma 6, *let. b)*, nn. 3 e 4-*bis* e dall'art. 1, comma 6, *let. c)*, n. 2 della L. n. 249/1997 (legge istitutiva dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni) e dall'art. 2, comma 5, della L. n. 481/1995. Meno certo è che la tutela dei diritti d'autore rientri nell'ambito dei suoi fini istituzionali. Il G.A. ha così ritenuto sulla base dell'art. 182-*bis* della L. n. 633/1941, il quale statuisce: “*All' Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed alla Società italiana degli autori ed editori (SLAE) 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”.

La competenza nell'ambito dei diritti d'autore in concreto esercitata dall'AGCOM nel Regolamento è molto più estesa di quella attribuita dalla norma in commento.

Infatti, le fattispecie previste dall'art. 182-bis riferibili alle comunicazioni elettroniche, *sub a)* e *sub c)*, si riferiscono alla sola riproduzione, e alla commercializzazione, illecita di opere protette *su supporto*, mentre la diffusione illecita di tali opere è presa in considerazione solo nell'ambito specifico dell'attività di diffusione radiotelevisiva. Al contrario il Regolamento non si applica alle opere diffuse illegittimamente in rete su supporto materiale, mentre si applica alle opere digitali diffuse in formato intangibile 79 da chiunque, perciò non solo dai fornitori di servizi di media. Deve poi essere chiarito che il potere di vigilanza è attribuito all'AGCOM dall'art. 182-bis al fine esplicitato dall'art. seguente 182-ter, ossia quello di trasmettere il verbale delle infrazioni riscontrate agli organi di polizia giudiziaria, non di provvedere essa stessa alla loro interdizione. Non vale obiettare che il potere provvedimento sarebbe invece attribuito all'AGCOM dagli artt. 14, 15 e 16 del D.lgs. n. 70/2003, i quali stabiliscono che l'Autorità di vigilanza 80 possa emanare un

⁷⁹ Sul punto, si veda *supra* 1.1.

⁸⁰ Mentre gli art. 14 e 15 fanno riferimento all' "Autorità di vigilanza", l'art. 16 fa riferimento all' "Autorità competente". Se la differenziazione terminologica non è legata a una mera svista del Legislatore, essa suggerisce che mentre gli *access* e *caching providers* possono essere destinatari esclusivamente dei provvedimenti applicati dall'autorità di vigilanza sulle reti di comunicazione elettroniche, gli *hosting providers* possono essere i destinatari dei provvedimenti applicati dall'Autorità competente nel settore a cui è ascrivibile la violazione commessa attraverso i loro servizi. Nell'ambito dei diritti d'autore, non esiste in Italia un'autorità di settore.

provvedimento inibitorio nei confronti degli ISP: è vero che l'AGCOM è "autorità di vigilanza" sulle comunicazioni elettroniche, ma, come detto, nei confini dei suoi fini istituzionali, tra cui la tutela dei diritti d'autore rientra limitatamente alle violazioni di cui all'art. 182-*bis* della L. n. 633/1941, ossia la riproduzione e la commercializzazione di opere protette su qualsiasi *supporto* e la loro diffusione illecita *nell'ambito dell'attività radio televisiva*.

Ne deriva che, proprio sulla base della norma ritenuta fondante dal T.A.R. Lazio, l'art. 182-*bis*, l'AGCOM risulta incompetente ad adottare un regolamento finalizzato all'emanazione di provvedimenti a tutela del diritto esclusivo di diffusione in rete di opere protette al di fuori dell'attività radio televisiva.

Dunque, in sede di impugnazione dei singoli provvedimenti, il Giudice Amministrativo che condividesse la ricostruzione sopra proposta potrebbe non solo annullare il provvedimento impugnato, ma inoltre, al pari del Giudice ordinario, condannare l'AGCOM al risarcimento dei danni provocati ai suoi destinatari ai sensi dell'art. 30 del D.lgs. n. 104/2010, in quanto l'incompetenza costituisce una forma di illegittimo esercizio del potere amministrativo ⁸¹.

⁸¹ A. SANDULLI, *Interferenza tra incompetenza e eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1947, IV, 193.

2.2. SULLA (IL)LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEGLI ARTT. 5 COMMA 1, 14 COMMA 3, 15 COMMA 2 E 16 COMMA 3 DEL D.LGS. N. 70/2003 E DELL'ART. 32-BIS DEL TESTO UNICO COME MODIFICATO DAL DECRETO ROMANI 82

Il Giudice Amministrativo, ritenuta la competenza dell'AGCOM all'emanazione del Regolamento ai sensi degli artt. artt. 5 comma 1, 14 comma 3, 15 comma 2 e 16 comma 3 del D.lgs. n. 70/2003 e dell'art. 32-*bis* del Testo Unico, ha sollevato questione di legittimità costituzionale di queste norme per contrasto con gli artt. 21, 41, 24 e 25 della Costituzione. Infatti, i provvedimenti di rimozione di contenuti indirizzati agli *hosting providers* o ai fornitori di servizi di media audiovisivi, nonché i provvedimenti di *blocking* indirizzati agli *access providers* o ai "ritrasmettitori"⁸³ di emittenti straniere incidono sia sulla libertà di manifestazione del pensiero di questi soggetti (art. 21, Cost.) sia sulla loro libertà d'impresa (art. 41, Cost.), nonché sulla libertà di impresa e di manifestazione del pensiero del gestore del sito, del gestore della pagina internet e, infine, degli utenti. Gli artt. 41 e 21 della Costituzione pongono sulle materie regolate riserva di legge, l'art. 21 in particolare anche di

⁸² Il Decreto Romani è altresì viziato di incostituzionalità per contrasto con l'art. 76 Costituzione: l'art. 26 della Legge Comunitaria n. 88/2009 (legge delega) disponeva che il decreto delegato attuasse le disposizioni comunitarie in materia di comunicazioni televisive secondo i seguenti criteri: "*nella predisposizione del decreto legislativo per l'attuazione della direttiva 2007/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica la direttiva 89/552/CEE del Consiglio, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, attraverso le opportune modifiche al testo unico della radiotelevisione, di cui al decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, il Governo è tenuto a seguire, oltre ai principi e criteri direttivi di cui all'articolo 2, anche i seguenti principi e criteri direttivi:*

a) *l'inserimento di prodotti è ammesso nel rispetto di tutte le condizioni e i divieti previsti dall'articolo 3-octies, paragrafi 2, 3 e 4, della direttiva 89/552/CEE, come introdotto dalla citata direttiva 2007/65/CE;*

b) *per le violazioni delle condizioni e dei divieti di cui alla lettera a) si applicano le sanzioni previste dall'articolo 51 del testo unico di cui al decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, per la violazione delle disposizioni in materia di pubblicità, sponsorizzazione e televendite, fatto salvo il divieto di inserimento di prodotti nei programmi per bambini, per la cui violazione si applica la sanzione di cui all'articolo 35, comma 2, del medesimo decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177*".

Come si vede, dalla lettura della disposizione di delega non risulta che il Legislatore avesse preventivato la devoluzione all'AGCOM dei poteri regolamentari riguardo le violazioni dei diritti d'autore perpetrate dai fornitori di servizi di media audiovisivi (la cui repressione deve essere assicurata ai sensi della Direttiva 2007/65/CE).

Al contrario, l'art. 6 del Decreto Romani ha introdotto nel Testo Unico il noto art. 32-*bis*, che al comma 3 dispone: "*L'Autorità emana le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti di cui al presente articolo*".

L'art. 6 del D.lgs. n. 144/2010 risulta dunque parzialmente in contrasto con l'art. 76 della Costituzione per eccesso di delega.

⁸³ Cfr. *supra* 1.4.

giurisdizione. La tesi del T.A.R. Lazio è dunque che gli artt. 5 comma 1, 14 comma 3, 15 comma 2 e 16 comma 3 del D.lgs. n. 70/2003 e dell'art. 32-*bis* del Testo Unico sarebbero incostituzionali in quanto, attribuendo, rispettivamente, potere provvedimentale e potere regolamentare in bianco ad una Autorità amministrativa, avrebbero violato le riserve di legge e di giurisdizione poste dalle norme richiamate, con conseguente violazione anche del principio del giudice naturale di cui agli artt. 24 e 25 della Costituzione.

Sull'ammissibilità delle norme di attribuzione di potere in bianco alle Autorità amministrative indipendenti, vi sono in dottrina due opinioni contrastanti: da un lato, vi è chi le ritiene ⁸⁴ legittime, dall'altro vi è chi ritiene ⁸⁵ che le norme di attribuzione di potere un'Autorità Amministrativa debbano in ogni caso fissarne gli obiettivi e i criteri di attuazione.

I primi argomentano sulla base del fatto che l'attribuzione di potere in bianco sarebbe la più idonea a garantire l'efficienza dell'operato delle Autorità indipendenti, in ragione dell'alto livello di tecnicismo che caratterizza i settori di loro competenza.

I secondi ritengono invece che il principio di legalità e di divisione dei poteri comportino che il Parlamento sia l'unico Potere Pubblico legittimato ad esercitare il potere legislativo. Se pertanto il Parlamento delega ad un qualsiasi potere di rango secondario l'adozione di atti regolamentari, deve almeno di fissare i criteri e gli obiettivi dell'intervento delegato. In caso contrario, la legge di delega è incostituzionale per violazione dell'art. 70 della Costituzione.

Sulla questione, il Consiglio di Stato ⁸⁶ ha adottato una posizione intermedia: le norme di attribuzione di potere in bianco ad un'Autorità amministrativa sono ammissibili fintanto che la materia regolata non sia coperta da una riserva di legge, seppur relativa, essendo necessario in tal caso che la fonte attributiva di potestà regolamentare disciplini anche il contenuto minimo dell'intervento delegato.

La specificazione che debba trattarsi di una riserva di legge "relativa" è stata fatta poiché, come noto, se la riserva di legge è assoluta, il Legislatore

⁸⁴ F. BASSI - F. MERUSI, *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 19; F. CASSESE - C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 87.

⁸⁵ S. STAMMATI, *Tre questioni in tema di "autorità amministrative indipendenti"*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, 1999, 86.

⁸⁶ Cfr. il Parere n. 11603/05.

non può in nessun caso delegare il proprio potere all'esecutivo e deve disciplinare direttamente la materia.

Nel merito della questione, l'art. 41, comma 3, della Costituzione pone una riserva di legge relativa in materia di limitazioni alla libertà di impresa: *“la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”*. Tale riserva implica l'incostituzionalità degli artt. 5 comma 1, 14 comma 3, 15 comma 2 e 16 comma 3 del D.lgs. n. 70/2003 e dell'art. 32-*bis* del Testo Unico nella parte in cui non definiscono i criteri di esercizio del potere, rispettivamente, provvedimentale e regolamentare attribuito all'autorità amministrativa.

L'art. 21, primo e secondo comma della Costituzione stabilisce invece che: *“tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione”*.

La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure. Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'Autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili”.

Relativamente ai provvedimenti che limitano la piena libertà di stampa, in quanto mezzo attraverso il quale è esercitata la libertà di espressione, la norma costituzionale pone una duplice riserva di legge e di giurisdizione. In particolare, la formulazione *“nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva”* induce a ritenere che la riserva di legge posta sui provvedimenti afflittivi della libertà di espressione a mezzo stampa abbia carattere assoluto.

Il carattere assoluto della riserva nell'ambito dei limiti imposti alla libertà di espressione, implica non solo l'incostituzionalità degli artt. 5 comma 1, 14 comma 3, 15 comma 2 e 16 comma 3 del D.lgs. n. 70/2003 e dell'art. 32-*bis* del Testo Unico, ma anche che in nessun caso il bilanciamento tra tale libertà ed altri diritti, seppur di rango costituzionale come il diritto d'autore ⁸⁷, potrebbe avvenire ad opera di un regolamento amministrativo e che in nessuna circostanza un'autorità amministrativa potrebbe emanare provvedimenti afflittivi della libertà di espressione.

Ne deriverebbe un difetto di attribuzione radicale dell'AGCOM in materia di tutela dei diritti d'autore su internet, ivi comprese le violazioni

⁸⁷ Il diritto d'autore trova una copertura indiretta nell'art. 42 della Costituzione.

commesse dai fornitori di servizi di media audiovisivi, fatta salva la funzione di mera vigilanza.

Tutto dipende dall'interpretazione che si dà all'art. 21, comma 2 della Costituzione: la norma costituzionale fa, infatti, espressamente riferimento solo alla stampa ed è dunque necessario stabilire se, ai fini della valutazione della compatibilità del Regolamento con il dettato costituzionale, l'art. 21 sia estensivamente applicabile o meno a mezzi di comunicazione del pensiero diversi dalla stampa come definita dall'art. 1 della L. n. 47/48 e dall'art.1 della L. n. 62/2001, ossia come il libro o come prodotto destinato alla pubblicazione iscritto nel registro della stampa (testate giornalistiche).

2.3. INTERPRETAZIONE RESTRITTIVA ED INTERPRETAZIONE ESTENSIVA DELL'ART. 21, COMMA SECONDO, DELLA COSTITUZIONE

L'interpretazione restrittiva della riserva di legge assoluta posta dall'art. 21, comma secondo, è stata sostenuta⁸⁸ sulla base di un'interpretazione sistematico-letterale dei primi due commi della norma: *“tutti hanno il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con lo scritto, la parola e ogni altro mezzo di diffusione”*.

Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescrive per l'indicazione dei responsabili”.

Se dunque il primo comma fa riferimento a qualsiasi mezzo di diffusione del pensiero, mentre il secondo espressamente menziona solo il mezzo della stampa, è proprio per circoscrivere la sua applicabilità solo a questo mezzo di espressione. Ne deriva che le limitazioni alla libertà di espressione esercitata con mezzi diversi dalla stampa non sono sottoposte a nessuna ad una riserva di legge assoluta, anzi, per la precisione non sono sottoposte nemmeno ad una riserva di legge relativa, almeno per ciò che concerne le limitazioni che discendono dalla tutela dei diritti d'autore, mentre le limitazioni derivanti dalla tutela del buon costume sono sottoposte a riserva di legge relativa: *“sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce i provvedimenti adeguati a reprimere le violazioni”*. In questa prospettiva, l'intervento dell'AGCOM, e la relativa legge delega, sarebbero perfettamente legittimi.

⁸⁸ V. ONIDA, *Parere in tema di misure per contrastare la c.d. “pirateria informatica”*, 9 – 11.

Si ritiene tuttavia preferibile aderire ad una diversa interpretazione⁸⁹ dell'art. 21, comma secondo, della Costituzione, in quanto si tratta di un'interpretazione evolutiva maggiormente conforme al diritto vivente, ma anche ad un'interpretazione storica del dettato costituzionale.

Infatti, l'art. 21 è stato redatto in un periodo storico in cui la libertà d'informazione era un "diritto professionale": era esercitata prevalentemente da soggetti che svolgevano attività professionale di intermediazione nella circolazione dell'informazione, i quali si valevano del mezzo materiale all'epoca più sviluppato, ossia la stampa. In questa prospettiva, la scelta di attribuire al solo mezzo della stampa la protezione della duplice riserva di legge e di giurisdizione era dettata dalla circostanza che si trattava, in quel momento storico, del mezzo più rilevante di divulgazione di informazioni e opinioni. A seguito della diffusione del sistema radiotelevisivo non era seguita l'esigenza di cambiare il dettato costituzionale perché si trattava di un sistema diverso dalla stampa, prima oggetto di un monopolio pubblico e poi trasformato in servizio pubblico.

Al contrario, nell'attuale momento storico, la circolazione delle informazioni è diventata un fenomeno capillare che coinvolge chiunque abbia interesse ad accedere a un'informazione e divulgare la sua opinione in merito. E questa "democratizzazione" delle comunicazioni è stata resa possibile proprio dalla rete internet.

Appare perciò imposto dal diritto vivente aderire ad un'interpretazione evolutiva dell'art. 21, che alla locuzione "stampa" attribuisca il significato di "mezzo di comunicazione di massa", in cui rientra ovviamente la rete internet.

Quest'interpretazione evolutiva è peraltro condivisa anche dalla giurisprudenza francese⁹⁰, la quale, investita della questione se estendere la tutela costituzionale della doppia riserva di legge e di giurisdizione prevista per la comunicazione a mezzo stampa alle comunicazioni telematiche nell'ambito proprio di un giudizio di legittimità sulla legge HADOPI, ha stabilito che negare al *web* il medesimo livello di protezione assicurato alla stampa avrebbe

⁸⁹ I. P. CIMINO, *L'art. 21 della Costituzione ed i limiti al sequestro dei contenuti (multimediali) nelle pubblicazioni telematiche e nei prodotti editoriali*, in *Dir. Inf.*, 2009, 772 ss; C. DI LELLO, *Internet e Costituzione: garanzia del mezzo e suoi limiti*, in *Dir. Inf.*, 2007, 895; A. D'ALOIA, *Libertà di manifestazione del pensiero e mezzi di comunicazione*, in (a cura di) A. PIZZORUSSO – R. ROMBOLI – A. RUGGERI, A. SAITTA, G. SILVESTRI, *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005.

⁹⁰ Conseil Constitutionnel, 10-06-2009, 580 DC.

voluto dire svuotare di ogni significato effettivo la tutela della libertà di espressione, in quanto si sarebbero privati i cittadini dei mezzi pratici per esercitarla a pieno.

Inoltre, è un dato inconfutabile che la riserva di legge e di giurisdizione intorno alla libertà di comunicazione e manifestazione del pensiero, con qualsiasi mezzo esercitata, è un valore condiviso dalla totalità delle democrazie occidentali. Infatti, l'art. 19 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo stabilisce che: *“ogni individuo ha il diritto alla libertà di opinione e di espressione, incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere”*. L'articolo citato della Dichiarazione è stato di recente interpretato dal Commissario ONU Frank La Rue 91 come riferibile proprio alla rete internet.

Ma, in ultimo, lo stesso T.A.R. Lazio nell'ordinanza in commento sembra prendere posizione a favore di un'interpretazione evolutiva dell'art. 21 della Costituzione: *“Considerando che un tale contesto [storico, ndr], totalmente differente da quello in cui fu scritta la Carta fondamentale [...] inducono quindi questo giudice a sottoporre alla Corte Sovrana anche l'eventuale necessità di una lettura delle norme costituzionali in tema di libertà di espressione e di diritto all'informazione tale da garantire una tutela equivalente a quella prevista per la stampa anche ai nuovi mezzi di diffusione del pensiero mediante la “rete” e [...] ciò poiché [...] la odierna società dell'informazione ha affiancato il ruolo di “internet” a quello della stampa quale momento essenziale della manifestazione del pensiero”*.

Se si aderisce all'interpretazione evolutiva dell'art. 21 della Costituzione, l'Autorità amministrativa, in specie l'AGCOM, non può legittimamente esercitare alcun potere, né regolamentare negli ambiti che interessano la libertà di espressione: il primo è riservato al legislatore, il secondo al giudice 92. Se ne deduce che qualsiasi legge che attribuisse all'Autorità amministrativa simili poteri sarebbe da considerarsi come incostituzionale per violazione dell'art. 21, comma 2.

⁹¹ Vedi <http://www.lastampa.it/2011/06/06/tecnologia/rapporto-onu-internet-tra-i-diritti-umani-pXvuEEhaT1NodpYPXIj5I/pagina.html>.

⁹² Questa la posizione manifestata dal commissario dell'ONU Frank La Rue in occasione del giro di incontri diplomatici effettuati al fine di valutare lo stato dell'informazione in Italia, cfr. http://www.repubblica.it/tecnologia/2013/11/18/news/agcom_futuro-71290405/.

Conclusione

UN MODELLO ALTERNATIVO DI ENFORCEMENT PUBBLICISTICO DEI DIRITTI D'AUTORE: LA "NOTICE AND TAKE UP"

Tirando le fila di quanto emerso dallo studio del Regolamento, il suo maggior punto di criticità sta nel fatto che il modello di N&TD pubblicistica realizzato dall'AGCOM non è in grado di proteggere adeguatamente né i titolari dei diritti d'autore, né i soggetti passivi della procedura. I primi, infatti, vedono compromessa la realizzazione dei loro diritti dalle garanzie procedurali in favore dei secondi che rallentano la procedura; i secondi invece vedono svuotate di effettività tali garanzie dalla necessità dell'Autorità di rispondere in modo rapido alle violazioni denunciate. Si ritiene che questo *impasse* dipenda dal fatto che la procedura di N&TD non può essere per sua natura "pubblicistica" in quanto si tratta di una procedura che pone gli interessi dei titolari dei diritti d'autore in una posizione di preminenza rispetto a quegli degli utenti e degli stessi *providers*. Dunque, non può essere gestita da un'Autorità indipendente come l'AGCOM posta a tutela di interessi pubblicistici quali il pluralismo dei mezzi di comunicazione, la concorrenzialità tra gli operatori, etc..

L'idea che il coordinamento di una procedura di N&TD da parte di un'Autorità pubblica potrebbe al contrario migliorare il modello originario in quanto suscettibile di eliminare il tanto temuto *chilling effect* non tiene conto che la N&TD è in grado di assicurare una protezione efficace ai titolari dei diritti d'autore anche grazie al *chilling effect*: se gli *uploaders* sanno che presentando una *counter notification* rischiano di essere coinvolti in azioni giudiziarie, solo quegli realmente "interessati" al ripristino dei contenuti rimossi presenteranno la *counter notification*; in tal modo gli *hosting providers* si trovano a gestire una mole di lavoro ragionevole e la procedura "funziona". Certo, questo procedimento penalizza fortemente i piccoli *uploaders* che non presentano le *counter notifications* per timore di essere coinvolti in una causa che non hanno i mezzi per fronteggiare. E così la N&TD finisce per colpire anche libere utilizzazioni o *fair use* ⁹³ di opere protette.

⁹³ Le libere utilizzazioni sono fattispecie predeterminate dalla Legge nelle quali è consentito l'uso di opere protette dal diritto d'autore. Il *fair use* consiste in un'utilizzazione di opere protette, in sé vietata, che però per le dimensioni che assume in concreto non è in grado di ledere i diritti economici del titolare e dunque non è né sanzionabile né reprimibile. Esiste tuttavia una posizione secondo la quale, data la natura di internet come mezzo di comunicazione di massa, in rete non potrebbe esistere *fair use*, in quanto ogni utilizzazione non

Tuttavia rendere “pubblicistica” la N&TD non è una valida soluzione contro il *chilling effect*: infatti, quando il soggetto, in specie l’AGCOM, che deve garantire la tutela dei titolari dei diritti d’autore è lo stesso che deve garantire anche i diritti fondamentali degli *uploaders*, si rischia la paralisi del sistema. Tale paralisi, seppur limitatamente all’ambito del *web blocking*, provvedimento estraneo alla procedura di N&TD statunitense, si è già manifestata.

Ed è esattamente quanto recentemente successo con la Delibera n. 109/14/CSP 94, con la quale l’AGCOM ha negato a Sky la rimozione di 12 puntate della serie “Gomorra” diffuse su un sito registrato su *servers* all’estero. La motivazione è che le puntate ai fini dei diritti d’autore e secondo la L. n. 633/1941 costituirebbero un’ “opera unica” e che dunque non sarebbe stato rispettoso del principio di proporzionalità ordinare il *web-blocking* del sito (essendo situato all’estero non si poteva intervenire con un provvedimento di rimozione). Prescindendo dalla correttezza, seppur opinabile, della valutazione come “opera unica” delle 12 puntate effettuata dall’AGCOM, è un chiaro esempio di come la tutela dei diritti d’autore in mano a una pubblica autorità finisca per essere frustrata, in quanto questa Autorità è chiamata a garantire anche diritti di segno opposto quali la libertà di espressione in rete. D’altra parte, affidare il “bilanciamento” tra gli interessi in gioco a una pubblica Autorità neanche comporta necessariamente un beneficio in termini di garanzia per gli utenti della rete: dal momento che tale bilanciamento risponde solamente al principio di proporzionalità applicato secondo la valutazione contingente della pubblica Autorità, ben potrebbe verificarsi il caso in cui tale Autorità ritenesse preminente la *ratio* di tutela dei diritti d’autore rispetto alla libertà della rete.

Bisogna allora ricondurre la tutela dei diritti interessati dalla materia dei diritti d’autore in rete ognuno alla propria sfera di appartenenza: alla sfera privatistica i diritti d’autore, a quella pubblicistica i diritti alla libertà di impresa e di espressione, rielaborando la N&TD pubblicistica introdotta dall’AGCOM in una N&TU (*notice and take up*) pubblicistica.

autorizzata di opere protette sarebbe in grado di ledere i titolari dei diritti. La fattispecie del *fair use*, di matrice statunitense, è sconosciuta al diritto italiano. Dalla legge n. 633/1941 sono invece previste libere utilizzazioni agli artt. 65/71 – *quinquies*, le quali hanno in comune il carattere dell’utilità sociale.

⁹⁴ Il testo della Delibera è disponibile su: www.ilfattoquotidiano.it/2014/10/22/diritto-dautore-agcom-lo-nega-a-sky-sulla-serie-televisiva-gomorra/1164460/.

Ciò attraverso tre livelli d'intervento:

I) la modifica da parte del Legislatore dell'art. 16 del D.lgs. n. 70/2003 95 in modo da ricondurre **l'incentivo agli *hosting providers*** non più all'ottemperanza a un ordine giudiziario o amministrativo, ma al corretto esperimento delle procedure di autoregolamentazione 96, nonché l'equiparazione tali procedure ad un ***safe harbour per gli hosting providers***;

II) l'introduzione di un modello di N&TD *sui generis*, nel quale le procedure di autoregolamentazione approntate dagli *hosting providers* abbiano ad oggetto la sola fase di rimozione dei contenuti illeciti, senza la fase delle *counter notifications* degli *uploaders*;

III) **dare agli *uploaders* che si ritengano lesi dall'avvenuta rimozione la possibilità di rivolgersi all'AGCOM a costo zero, secondo una procedura a "ricalco" di quella attualmente in vigore a tutela dei diritti d'autore finalizzata tuttavia non alla rimozione, ma al ripristino (*notice and take up*) dei contenuti rimossi nell'ambito dell'autoregolamentazione tra titolari dei diritti e *hosting providers*.**

Le possibili obiezioni al modello sopra descritto potrebbero essere essenzialmente due: i costi imposti agli *hosting providers* e l'impossibilità di procedere verso i siti ubicati all'estero.

La prima obiezione è superabile laddove si tenga in considerazione che per ripristinare un contenuto rimosso o disabilitato, il prestatore di servizi non deve far altro che revocare una misura già presa, dunque i costi aggiuntivi dovrebbero essere contenuti.

Per quanto riguarda l'impossibilità di procedere verso siti ubicati all'estero, sia nella fase dell'autoregolamentazione, sia in quella della N&TU, un possibile rimedio potrebbe essere l'adozione del modello a livello comunitario, o, ancor meglio, in seno ai Paesi aderenti alla WIPO.

Il vantaggio della *Notice&Take Up* pubblicistica sarebbe invece la riconduzione di ogni interesse nell'ambito di tutela che più gli è proprio, il che dovrebbe permettere di evitare quelle inefficienze dovute alla commistione in mano all'Autorità pubblica di tutela di interessi privatistici (i diritti d'autore) e

⁹⁵ Sul punto si è ampiamente detto *supra*, 1.3.1.

⁹⁶ Si ritiene anche che il Legislatore dovrebbe dettare, al pari di quanto fatto da quello statunitense, i requisiti minimi di tali procedure.

garantismo di diritti fondamentali, sottraendole quel bilanciamento tra valori costituzionali che non le compete.

Infine, preporre una pubblica Autorità alla tutela degli *uploaders* potrebbe rivelarsi utile anche per gli stessi titolari dei diritti d'autore, spesso fruitori inconsapevoli di contenuti protetti, soggetti passivi dello stesso Regolamento di cui avevano auspicato l'adozione per difendersi dalle violazioni subite. È sufficiente in tal senso richiamare quanto recentemente accaduto nei confronti del Gruppo Editoriale l'Espresso s.p.a. e del Corriere della Sera ⁹⁷.

Non bisogna dimenticare, infatti, che, come messo in luce dai richiamati casi, la posizione di titolare dei diritti d'autore può diventare quella di *uploader* e viceversa: interesse comune è dunque la messa a punto di un modello di tutela che offra adeguata protezione a entrambi.

⁹⁷ Il Gruppo Editoriale l'Espresso s.p.a. è stato destinatario in aprile di una comunicazione di avvio del procedimento che gli contestava la violazione di altrui diritti d'autore in quanto aveva mantenuto per diversi mesi sul sito della Repubblica una fotografia senza il consenso del titolare dei diritti, quest'ultimo autore dell'istanza all'AGCOM.

Il procedimento è stato archiviato in quanto il Gruppo Editoriale l'Espresso s.p.a. ha provveduto all'adeguamento spontaneo. L'adeguamento potrà dunque essere considerato come ammissione di colpevolezza in eventuali azioni risarcitorie esperite da parte del titolare dei diritti lesi. Ancor più di recente il Corriere della Sera ha dovuto rimuovere un intero articolo sulla disidratazione in quanto corredato di una foto senza l'autorizzazione del suo autore.

Bibliografia

P. AUTERI, *Diritto di Autore*, in (a cura di) P. AUTERI; G. FLORIDIA; V. MANGINI; G. OLIVIERI; M. RICOLFI; P. SPADA, *Diritto Industriale, Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, Torino, 2012.

F. BASSI - F. MERUSI, *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993.

M. BERTANI, *L'enforcement amministrativo dell'IP*, in *AIDA*, 2012.

B. BEUTLER; R. BIEBER; J. PIPKORN; J. STREIL; J.H. WEILER, *L'Unione Europea*, Bologna, 1998.

R. CARANTA, *Il nuovo processo amministrativo (commentario sistematico)*, Torino, 2011.

F. CARDARELLI, *La competenza dell'Autorità amministrativa a vigilare sul diritto d'autore nelle comunicazioni elettroniche*, Seminario *Il Regolamento Agcom sulla tutela del diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica*, Roma, 18 febbraio 2014.

F. CASSESE – C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996.

R. CHIEPPA - R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011.

I. P. CIMINO, *L'art. 21 della Costituzione ed i limiti al sequestro dei contenuti (multimediali) nelle pubblicazioni telematiche e nei prodotti editoriali*, in *Dir. Inf.*, 2009.

A. D'ALOIA, *Libertà di manifestazione del pensiero e mezzi di comunicazione*, in (a cura di) A. PIZZORUSSO – R. ROMBOLI – A. RUGGERI, A. SAITTA, G. SILVESTRI, *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005.

L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010, 133 ss.

F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, Padova, 2004.

M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, Milano, 2010.

C. DI LELLO, *Internet e Costituzione: garanzia del mezzo e suoi limiti*, in *Dir. Inf.*, 2007.

A. M. GAMBINO, *Tutela AGCOM delle "opere digitali" e soggetti destinatari dell'obbligo di sorveglianza. Il ruolo dell'autoregolamentazione*, Seminario *Il Regolamento dell'AGCOM sulla tutela del diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica*, Roma, 18 febbraio 2014.

M. HEINS, *Will Fair Use Survive? Free Expression in the Age of Copyright Control*, New York, 2005, 29 ss.

G. OLIVIERI, *Il diritto d'autore digitale tra regole, concorrenza e tecniche specifiche di enforcement*, Seminario *Il Regolamento dell'AGCOM sulla tutela del diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica*, Roma, 18 febbraio 2014.

V. ONIDA, *Parere in tema di misure per contrastare la c.d. "pirateria informatica"*, 2013.

G.W. PRING - P. CANAN, *SLAPPS: Getting sued for speaking out*, New York, 1996.

A. SANDULLI, *Interferenza tra incompetenza e eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1947, IV.

S. STAMMATI, *Tre questioni in tema di "autorità amministrative indipendenti"*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, 1999.

J. M. URBAN & L. QUILTER, *Efficient Process or "chilling effects"? Takedown notices under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*, in *Santa Clara Computer and High Tech L.J.*, 2006, 621 ss.

SITOGRAFIA

Adieu Hadopi, cala il sipario sulla discussa legge anti-pirateria francese, www.lastampa.it/2013/07/10/tecnologia/adieu-hadopi-cala-il-sipario-sulla-discussa-legge-antipirateria-francese-8edaf80VdObYHDliB8A2GL/pagina.html.

Copyright Alert Sistem Set to Begin, www.copyrightinformation.org/wp-content/uploads/2013/02/Memorandum-of-Understanding.pdf.

Diritto d'autore: Agcom lo nega a Sky sulla serie televisiva 'Gomorra', www.ilfattoquotidiano.it/2014/10/22/diritto-dautore-agcom-lo-nega-a-sky-sulla-serie-televisiva-gomorra/1164460.

Message 303 IND 2013 0496 I EN 03-12-2013 02- 12-2013 COM 8.2 03-12-2013, www.ipkitten.blogspot.com.

Mission « Acte II de l'exception culturelle », www.culturecommunication.gouv.fr.

Pirateria online: 1300 pubblicazioni illecite rimosse dal web su ricorso della Fieg all'Agcom, www.primaonline.it/2014/11/21/194701/pirateria-online-1300-pubblicazioni-illecite-rimosse-dal-web-su-ricorso-della-fieg-allagcom/.

Regolamento anti-pirateria, l'invio Onu frena l'Agcom,
www.repubblica.it/tecnologia/2013/11/18/news/agcom_futuro-71290405/.

Se Agcom se la prende con le tesine sui Babilonesi,
www.ilfattoquotidiano.it/2014/06/16/se-agcom-se-la-prende-con-le-tesine-sui-babilonesi/1029634/.