



CONSULTAZIONE PUBBLICA SULLO SCHEMA DI REGOLAMENTO IN MATERIA DI TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE SULLE RETI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA

Osservazioni del Centro NEXA for Internet & Society sullo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica di cui all'allegato A) alla delibera n°398/11/cons del 6 luglio 2011

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

Il Centro ha aderito alla consultazione sui lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica di cui alla delibera 668/10/CONS, ed intende ora rispondere alla consultazione in oggetto sullo schema del regolamento proposto.

A questo fine il Centro NEXA espone all'Autorità alcune osservazioni preliminari, per poi, nella seconda parte del presente documento, presentare gli emendamenti che ritiene necessari ed opportuni, con una sintetica motivazione, come indicato nell'allegato b) alla delibera 398/11/cons.

PARTE I

OSSERVAZIONI GENERALI

A) Sull'oggetto del regolamento AGCOM

1. La relazione ed il testo del regolamento non permettono al lettore di comprendere, per lo meno con immediatezza, quale sia il campo di applicazione dello strumento in via di apprestamento da parte dell'Autorità. L'art. 1 del regolamento appare da questo punto di vista emblematico: perché mescola definizioni tratte da testi normativi diversi («fornitore di servizi di media audiovisivi o radiofonici», «servizio di media audiovisivo o radiofonico», «programma») con altre create all'occorrenza («gestore del sito internet») o ne introduce alcune apparentemente centrali (quella di «prestatore di servizi») e mai utilizzate dalle norme successive.
2. A motivo di questa apparente indeterminazione, le osservazioni preliminari qui formulate procedono dalla ricostruzione (interpretativa) dell'oggetto e del contenuto del regolamento indicata di seguito. Se corretta, questa ricostruzione dovrebbe suggerire la revisione di diversi articoli, e quanto meno

- dell'art. 1, con la cancellazione delle definizioni superflue e la chiarificazione di quelle effettivamente necessarie, nonché dell'art. 2 affinché sia indicato chiaramente il campo di applicazione del regolamento in positivo oltre che in negativo (così come fa il co. 4). Sempre che, come auspica il centro NEXA, l'Autorità non accolga l'invito a riflettere ulteriormente sull'utilità del provvedimento allo studio e sulla sua compatibilità con le competenze ad essa assegnate dalla legge.
3. Se ben comprendiamo, il regolamento posto in consultazione attribuisce ad AGCOM la competenza ad emanare provvedimenti inibitori fondati sulla violazione di diritti d'autore e connessi perpetrate attraverso qualunque rete di comunicazione elettronica; nonché ad irrogare sanzioni pecuniarie od a trasmettere gli atti all'autorità giudiziaria in caso di inottemperanza all'ordine di cessazione del comportamento contestato. Restano escluse, per quanto è dato leggere nel regolamento, soltanto le violazioni che avvengano con l'uso di applicazioni *peer to peer* per lo scambio di dati.
 4. In questo modo il regolamento abbraccia situazioni assai diverse tra loro che sono oggetto per conseguenza di discipline in parte separate. Risultano in particolare comprese:
 - le violazioni di diritti d'autore e connessi compiute da fornitori di servizi di media audiovisivi sia lineari (ad es. le televisioni, anche via internet), sia non lineari (ad es. le televisioni che operano servizi *on-demand*, anche su internet, ed i distributori di contenuti che operano con modalità simili, ad es. Apple per mezzo di iTunes o di AppleTV), di cui si interessa il t.u. dei servizi media audiovisivi e radiofonici;
 - le violazioni di diritti d'autore e connessi compiute da fornitori di servizi di media radiofonici, anch'essi oggetto del t.u. dei servizi media audiovisivi e radiofonici;
 - le violazioni di diritti d'autore e connessi compiute da fornitori di servizi di media non audiovisivi né radiofonici: ad es. le testate giornalistiche che operano un sito web o che distribuiscono i propri contenuti secondo modalità *push* o *pull* agli utilizzatori di terminali mobili;
 - le violazioni di diritti d'autore e connessi compiute dagli utenti dei siti web che ospitano *user generated content* (da YouTube a Facebook, da Wikipedia a Twitter), tanto nel caso in cui i gestori di questi siti vadano considerati fornitori di servizi di semplice memorizzazione ai sensi dell'art. 16 D.L.vo 70/2003 sul commercio elettronico, quanto nel caso in cui debbano invece essere considerati (come ritiene una parte della giurisprudenza citata dall'Autorità nella delibera) a loro volta fornitori di servizi di media non audiovisivi né radiofonici (vedi punto precedente).

5. In tutti questi casi il regolamento ipotizza l'applicazione di uno stesso, nuovo procedimento a tutela dei diritti di proprietà intellettuale in cui:

- legittimati passivi sono unicamente i fornitori di servizi di media (audiovisivi, radiofonici, non audiovisivi), oppure i gestori di siti web che non sono qualificabili come fornitori di servizi di media e che ospitano contenuti caricati dai loro utenti;
- legittimati attivi sono i titolari di diritti di proprietà intellettuale, i titolari di licenze sui diritti ora detti, le associazioni di categoria oppure, a seconda dei casi, l'utente («*uploader*») che abbia utilizzato il sito web gestito da un terzo per caricare propri contenuti, nel caso in cui il gestore del sito li abbia cancellati a seguito di diffida (notice) da parte dei titolari di diritti ed abbia ritenuto di non ripristinarli a seguito di controdifida (*counternotice*) da parte dell'utente autore della pubblicazione.

B) Sulla competenza di AGCOM ad emanare il regolamento e ad esercitare le funzioni da esso contemplate.

1. Il centro NEXA ritiene insuperate le osservazioni formulate con il proprio documento del 3 marzo 2011 in risposta alla consultazione lanciata dall'Autorità con la delibera 668/10/CONS e rileva che il testo del regolamento ora in consultazione nonché le argomentazioni avanzate da AGCOM a sostegno della sua legittimità rafforzino le censure in allora formulate.
2. L'Autorità ritiene che l'art. 182-bis l.633/41, l'art. 32-bis t.u. dei servizi di media audiovisivi e radiofonici e gli artt. 14, 15 e 16 d.legisl. 70/2003 sul commercio elettronico le attribuiscono poteri di vigilanza, d'ispezione, di regolazione e provvedimenti in materia di diritto d'autore. Di qui deduce la legittimità del regolamento posto in consultazione, che si limiterebbe a disciplinare le modalità di esercizio dei poteri ora detti in funzione del conseguimento del risultato in vista del quale le sono stati conferiti.
3. Questa impostazione trova tuttavia ostacolo in un numero considerevole di argomenti, che si aggiungono a quelli formulati a suo tempo dal centro NEXA.
4. Sul potere di AGCOM di vigilare sul rispetto dei diritti d'autore e connessi.
 - L'art. 182-bis l.633/41 attribuisce a SIAE e ad AGCOM «*nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge, al fine di prevenire ed accertare le violazioni della presente legge, la vigilanza*» su di una serie di attività da cui può eventualmente derivare la violazione di diritti d'autore o connessi. Soltanto una delle competenze attribuite da questa norma riguarda tuttavia la materia

interessata dal regolamento in consultazione: e precisamente il potere di vigilanza «*su impianti di utilizzazione in pubblico, via etere e via cavo, nonché sull'attività di diffusione radiotelevisiva con qualsiasi mezzo effettuata*». Da questa norma l'Autorità può forse dedurre poteri (propri e non di SIAE) di vigilare sul rispetto dei diritti d'autore e connessi nell'esercizio di attività radiotelevisive. Ma certamente non sul rispetto di questi diritti nell'esercizio di attività completamente diverse del pari comprese nell'oggetto del regolamento in consultazione. E così ad esempio sui giornali che pubblicano anche online o sui siti che distribuiscono e-books, sui quali dovrebbe ragionevolmente avere competenza SIAE.

- L'art. 32-bis t.u. sui servizi di media audiovisivi, come già rilevato nel documento del 3 marzo 2011, è palesemente viziato da un eccesso di delega. In ogni caso, esso attribuisce ad AGCOM competenze (anche di vigilanza) limitate alle sole attività svolte dai fornitori di servizi di media audiovisivi, che secondo la definizione contenuta nel t.u. comprendono la televisione anche *on demand* ma non la radio, i siti web dei giornali, i distributori di contenuti editoriali o quelli che ospitano *user generated content* senza assumere la responsabilità editoriale dei contenuti caricati dagli utenti.

5. Sul potere di AGCOM di dettare norme (secondarie) intese ad assicurare il rispetto di diritti d'autore e connessi.

- L'unica fonte di questo potere citata dal documento in consultazione è costituita dall'art. 32-bis t.u. dei servizi di media audiovisivi, per il quale valgono le considerazioni ora svolte, tanto sul piano della sua legittimità quanto del suo campo di applicazione.

6. Sul potere di AGCOM di adottare provvedimenti a tutela dei diritti d'autore e connessi.

- L'Autorità richiama in proposito gli artt. 14, 15 e 16 del d.l.vo 70/2003 sul commercio elettronico. A suo tempo il Centro NEXA segnalò che la lettura di queste norme alla luce del diritto comunitario ed in prospettiva sistematica conduce ad escludere che da esse derivi l'attribuzione di poteri provvedimentali (ed in particolari inibitori) alle autorità di vigilanza per quanto attiene alla violazione di diritti di proprietà intellettuale. Anche a voler trascurare queste argomentazioni, resta pur sempre il fatto che le

norme qui considerate attribuirebbero competenze provvedimentali all'Autorità nei limiti della sua competenza in materia di diritto d'autore e soltanto nei confronti dei gestori di siti internet che forniscano servizi di mero *hosting* (art.16). Cioè nessuna competenza. Per le ragioni indicate poc'anzi al punto 4, sulla base dell'art. 182-bis l. 633/41 l'Autorità ha competenze di vigilanza sostanzialmente solo in materia radiotelevisiva; e sulla base dell'art. 32-bis t.u. dei servizi di media audiovisivi anche per i servizi *on demand* a condizione che il loro «fornitore» eserciti il controllo editoriale sui contenuti messi a disposizione del pubblico. Ma la prestazione di servizi di media, tradizionali oppure *on demand*, da parte del soggetto che ha il controllo editoriale sui contenuti trasmessi non rientra nel campo di applicazione dell'art. 16 d. legisl. 70/2003. Questa norma riguarda infatti il solo caso in cui il prestatore diffonda contenuti scelti e caricati dagli utenti: per l'appunto, senza l'esercizio di un controllo editoriale preventivo.

7. Sulle ulteriori argomentazioni portate da AGCOM a sostegno della legittimità del regolamento proposto.

- La relazione che accompagna il regolamento in consultazione si diffonde sul tema della tutela dei diritti di proprietà intellettuale online e presenta alcune iniziative legislative emerse a livello nazionale, le indicazioni di politica del diritto che provengono dalle istituzioni comunitarie ed infine alcune decisioni recenti della giurisprudenza italiana e comunitaria.
- Se ben comprendiamo, questa digressione è intesa a rappresentare l'esistenza di un problema, costituito dalla necessità di trovare un bilanciamento efficace tra tutela della proprietà intellettuale, accesso alle informazioni, libertà di manifestazione del pensiero, libertà d'iniziativa economica; ed a giustificare implicitamente lo sforzo compiuto da AGCOM con il regolamento in consultazione, che cerca di coniugare per l'appunto queste esigenze.
- Il tema è certamente di attualità. E va dato atto all'Autorità di aver tentato sin dall'indagine conoscitiva sul diritto d'autore nell'era internet di adottare un approccio per quanto possibile equilibrato alla materia. Resta però il fatto che questo tema, proprio per la sua delicatezza, è affrontato negli altri paesi europei e naturalmente anche a livello comunitario nella sede che gli è propria: quella cioè

di un possibile intervento di riforma delle norme sostanziali sul diritto d'autore e sui diritti connessi, da adottarsi all'esito dei procedimenti democratici di formazione delle leggi previsti dalla costituzione di tutti questi paesi e dal trattato di Lisbona per quanto riguarda l'Unione Europea. Senza dubbio queste riforme possono attribuire alle autorità indipendenti un ruolo tanto nella predisposizione della normativa secondaria necessaria per la loro attuazione quanto nell'*enforcement* dei diritti di proprietà intellettuale. Ma, per l'appunto, non può essere l'autorità indipendente a cercare nelle pieghe dell'ordinamento giuridico la competenza per dettare una sua nuova disciplina del diritto d'autore e per autoattribuirsi il compito di garantirne l'effettività.

- Da questo punto di vista pare opportuno richiamare le conclusioni dell'Avvocato Generale Villalon nella causa C-70/10 SABAM c. SCARLET S.A pendente avanti la Corte di Giustizia CE. Come noto, le conclusioni escludono la compatibilità con il diritto comunitario delle misure a tutela delle proprietà intellettuale la cui applicazione – come nel caso che ci occupa – possa implicare una restrizione delle libertà fondamentali riconosciute dalla Carta dei diritti dell'Unione Europea. A questo proposito ricordano che una delle condizioni di ammissibilità delle misure ora dette consiste nella loro previsione da parte di una <<legge>> che presenti le caratteristiche individuate dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Vale a dire *«suffisamment accessible et prévisible, c'est-à-dire formulée avec assez de précision pour permettre au justiciable – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de régler sa conduite», de «prévoir ses conséquences pour lui», «de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé»* (§ 94). Tutte caratteristiche che, ad oggi, non paiono rispettate dal regolamento proposto dall'Autorità. A parte il fatto che, come ritiene l'Avvocato Generale, *<<À l'égard de toutes ces conditions, c'est l'existence même de cette «loi» qui, à nouveau, fait défaut à notre avis, «loi» entendue comme droit «délibéré», c'est-à-dire démocratiquement légitimé. Seule, en effet, une loi au sens parlementaire du terme aurait pu permettre d'avancer dans l'examen des autres conditions que pose l'article 52,*

paragraphe 1, de la charte. Il pourrait, à cet égard, être avancé que l'article 52, paragraphe 1, de la charte incorpore une exigence implicite de loi «délibérée», en correspondance avec l'intensité du débat public>>. (§113).

- D'altra parte la rassegna compiuta dall'Autorità dimostra che nella maggior parte dei paesi dell'area europea gli interventi normativi programmati riguardano l'introduzione di rimedi efficaci contro lo scambio di contenuti illeciti attraverso le reti p2p. Problema di cui il regolamento in consultazione non si occupa per la parte relativa allo scambio di dati tra gli utenti, visto che l'uso delle applicazioni p2p è espressamente escluso dal suo ambito di applicazione (art. 2 co. 4). E che tocca invece incidentalmente nella parte che riguarda l'irrogazione di provvedimenti di rimozione selettiva nei confronti dei gestori di siti web che pubblicano link od altre informazioni utili per scambiare contenuti illeciti (con l'uso di *torrent*, di *digital lockers* e quant'altro). Ma che anche da questo punto di vista può risultare inefficace, attesi i limiti cui sono soggetti i provvedimenti (giudiziari e dunque ragionevolmente anche amministrativi) inibitori nei confronti dei *service provider* (limiti peraltro precisati di recente dalla Corte di giustizia CE con decisione del 12 luglio 2011, C-324/09, nel caso L'Oréal).

C) Alcune considerazioni d'insieme sul merito del regolamento.

1. L'oggetto principale del regolamento qui commentato è costituito dall'introduzione di un nuovo strumento a tutela dei diritti d'autore e connessi che si aggiunge a quelli previsti dal diritto civile e dal diritto penale.
2. Questo nuovo strumento non si caratterizza tanto per la fase prodromica necessaria del «*notice and take down*». L'invio di una diffida prima dell'avvio di iniziative giudiziarie è infatti d'uso: così che da questo punto di vista il regolamento si limita più che altro a renderla obbligatoria ed a contingentare i tempi entro i quali il diffidato può scegliere di adeguarsi alle intimazioni ricevute.
3. Innovativa è invece l'attribuzione al titolare dei diritti asseritamente lesi od all'*uploader* di contenuti ingiustamente rimossi di adire (non l'autorità giudiziaria ordinaria bensì) l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e di ottenere da quest'ultima l'emanazione di provvedimenti nei confronti del fornitore di contenuti o del gestore del sito. Nel primo caso è prevista l'inibitoria ed eventualmente anche l'applicazione di una sanzione o

l'inoltro degli atti all'autorità giudiziaria. Nel secondo non si sa, visto che il testo attuale del regolamento non dice nulla sul punto.

4. Provvedimenti inibitori, assistiti peraltro eventualmente da penalità di mora, possono tuttavia essere disposti già dal giudice civile, anche in via d'urgenza e ricorrendone in presupposti anche inaudita altera parte. La rassegna di casi giurisprudenziali operata da AGCOM nei documenti in consultazione dimostra del resto il ricorso ampio dei titolari di diritti ai rimedi ora detti.
5. Se così è, occorre domandarsi se vi siano ragioni che giustificano l'introduzione di una procedura davanti all'Autorità ed eventualmente se le disposizioni del regolamento siano adeguate al risultato perseguito.
6. Quanto alle ragioni che giustificano l'adozione del regolamento, la delibera che ha avviato questa consultazione non dice alcunché, a parte i richiami alle posizioni tra loro contrastanti espresse dai partecipanti alla consultazione precedente ed il rinvio generico alla necessità di assicurare una tutela adeguata (e possibilmente però bilanciata) dei diritti d'autore e connessi sulle reti di comunicazione elettronica. Non emergono in particolare i motivi per cui i rimedi civili e penali esistenti non sarebbero sufficienti; né tanto meno l'Autorità spiega quali argomenti – tra i tanti emersi a favore e contro in occasione della precedente consultazione – convincono a suo giudizio dell'opportunità (prima ancora della legittimità) di un suo intervento in questo campo.
7. Le norme del regolamento in consultazione suggeriscono d'altra parte che l'Autorità abbia voluto assecondare prima di tutto la richiesta dei titolari di diritti di proprietà intellettuale di accedere ad una tutela più rapida, efficace ed economica di quella garantita dai rimedi civilistici. Ed al tempo stesso abbia tuttavia avvertito anche la necessità di bilanciare in qualche modo la messa a disposizione dello strumento richiesto con la tutela del diritto alla manifestazione del pensiero degli autori dei contenuti contestati nonché con la protezione della libertà di iniziativa economica dei fornitori di servizi di media e dei gestori di siti web.
8. Certo può comprendersi l'interesse dei titolari di diritti alla cessazione immediata delle contraffazioni manifeste. E da questo punto di vista potrebbe anche condividersi l'idea che tempi e costi del procedimento cautelare civilistico siano sproporzionati rispetto all'evidenza della violazione del diritto; o ancora l'idea che abbia poco senso accrescere il carico di lavoro degli uffici giudiziari con questioni non necessariamente bagatellari – visti gli interessi economici talora in gioco – ma di facile e pronta soluzione.
9. Residua tuttavia un problema difficile da risolvere: come evitare cioè che la repressione delle contraffazioni (asseritamente ed apparentemente) manifeste colga invece utilizzazioni lecite per ragioni varie (inesistenza del diritto azionato, assenza delle legittimazione sostanziale ad agire

dell'attore, estraneità dell'utilizzazione contestata al perimetro dell'esclusiva, sussistenza di libere utilizzazioni e via dicendo) e talora di difficile accertamento. Con il conseguente possibile sacrificio di interessi (alla manifestazione del pensiero ed alla libertà d'iniziativa economica) che godono di protezione sia nella legge sul diritto d'autore che nella costituzione.

10. Per risolvere questo problema il regolamento impiega tre strumenti.

- Un primo strumento raccorda la fase prodromica di *notice and take down* a quella contenziosa davanti all'Autorità e riguarda il caso in cui il gestore di un sito abbia accolto la richiesta di rimozione di contenuti caricati da un proprio utente ed abbia respinto la *counternotice* da questi presentata. In questo caso il regolamento accorda all'*uploader* la legittimazione ad agire davanti all'Autorità nei confronti del gestore del sito. E ciò allo scopo evidente di disincentivare atteggiamenti troppo remissivi da parte dei gestori di siti web che ospitano *user generated content*, tenuto conto d'altra parte che spesso le condizioni contrattuali praticate agli utenti non li obbligano a tenere online i contenuti anche se leciti (in particolare in presenza di contestazioni di terzi).
- Un secondo ed un terzo strumento riguardano invece la fase contenziosa davanti all'Autorità e si applicano qualora la procedura sia avviata dal titolare di diritti d'autore o connessi che abbia esperito infruttuosamente il *notice and take down*. Il regolamento prevede qui che la direzione incaricata della procedura compia una prima verifica d'ufficio sulla fondatezza della pretesa e sull'inapplicabilità al caso di specie delle utilizzazioni libere previste dagli artt. 65 e 70 l.a. (secondo strumento); e soltanto in caso di esito positivo proceda alla notifica del ricorso al fornitore di servizi di media od al gestore del sito. A seguito della notifica, il fornitore di servizi od il gestore del sito hanno facoltà di presentare propri scritti difensivi (terzo strumento); non sono peraltro obbligati a farlo; e possono decidere di desistere dal comportamento contestato od attendere che l'Autorità emetta i provvedimenti previsti dal regolamento. Ora, è subito chiaro che essi avranno interesse a difendersi qualora diffondano contenuti propri o fatti propri, nel senso di forniti da terzi, ad es. dagli utenti di internet, e sottoposti a controllo editoriale prima della pubblicazione. Questo interesse può sussistere anche quando pubblichino contenuti di terzi senza controllo editoriale, in particolare quando si siano obbligati a tenerli online salvo che ledano diritti di terzi oppure quando il modello commerciale impiegato si basi pressoché interamente sulle libere utilizzazioni riconosciute dalla legge agli utenti dei loro servizi. E naturalmente può mancare del tutto nel caso in cui manchino le condizioni ora dette. Tenuto conto che, allo stato, il regolamento non

consente all'*uploader* di intervenire nel procedimento, la verifica preventiva da parte della direzione dell'Autorità svolge allora un ruolo centrale a tutela degli interessi protetti dalle libere utilizzazioni e da norme di rango anche costituzionale.

11. Se si prova a riflettere sull'adequatezza di questi strumenti, si percepisce subito come essi siano in larga parte insufficienti.

- Il primo strumento (ricorso dell'*uploader* all'Autorità) appare per molti versi debole.
 - Anzitutto perché il procedimento davanti ad AGCOM si instaura tra uploader e gestore del sito che ospitava i contenuti da lui caricati; lascia da parte il titolare dei diritti d'autore o connessi che ha chiesto ed ottenuto il take down (talora) ingiustificatamente; e contribuisce così a rafforzare l'azzardo morale dei titolari di diritti, peraltro incentivato da alcune altre caratteristiche del procedimento di cui si dirà.
 - Poi ulteriormente perché il regolamento non dice quali provvedimenti possa prendere l'Autorità nei confronti del gestore del sito che abbia ingiustificatamente rimosso i contenuti caricati dall'utente. Né tanto meno prevede l'applicazione di sanzioni per il caso in cui il gestore del sito non vi ottemperi.
 - Ed infine perché nel caso in cui l'Autorità respinga il suo ricorso, l'*uploader* che resti convinto delle sue ragioni dovrà impugnare il provvedimento davanti al TAR Lazio. Ciò che introduce un onere per chiunque risieda altrove; e può di per sé (vista anche la natura della controversia, spesso più di principio che motivata da ragioni economiche) spingere l'*uploader* a desistere.
- Il secondo strumento (valutazione preliminare da parte dell'Autorità) sembra a sua volta affetto da elementi di debolezza.
 - Anzitutto perché la verifica preventiva non comprende anche l'accertamento dell'esistenza del diritto azionato e della legittimazione attiva del ricorrente a farlo valere. Ciò che, in uno con la definizione troppo ampia contenuta ora nel regolamento dei «titolari di diritti» (*rectius*: dei legittimati ad agire), contribuisce ad incentivare iniziative di dubbio fondamento. Sia qui sufficiente un esempio. Spesso la giurisprudenza si è trovata ad affrontare il problema della sussistenza di diritti d'autore in Italia su film di origine estera, ad

esempio americana, risalenti al periodo precedente all'ultima guerra mondiale. La questione è risultata complicatissima, per ragioni che attengono al calcolo della durata della protezione ed ai successivi trasferimenti dei diritti di utilizzazione nell'arco del tempo. E talora la sua soluzione ha dimostrato la totale assenza di fondamento delle pretese degli attori in giudizio.

- D'altra parte una delibazione pur preliminare sull'esistenza della violazione di un diritto d'autore o connesso, inclusa la verifica dell'applicabilità di utilizzazioni libere, risulta spesso complessa: per la definizione in positivo del contenuto del diritto, per la determinazione del contenuto delle utilizzazioni libere, per l'applicazione delle regole così precisate al caso di specie. Nel caso in cui il fornitore di servizi di media od il gestore del sito decidano di non presentare scritti difensivi, l'accoglimento della domanda viene a dipendere unicamente dalla solerzia con la quale la direzione dell'Autorità svolge questo accertamento preliminare. E visto l'obiettivo generale di dar vita ad un procedimento rapidissimo ed economico, può sorgere più di un dubbio in proposito. Ciò che pare particolarmente grave in ragione dell'impossibilità per l'*uploader* di intervenire nel procedimento: visto che la rimozione dei contenuti dal sito si riflette anzitutto sul suo diritto di manifestazione del pensiero. Sotto questo profilo la norma incorre in una violazione simultanea di due precetti cardine della nostra Costituzione, gli artt. 21 e 24.
- Il terzo ed ultimo strumento (presentazione di scritti difensivi da parte del fornitore di servizi di media o del gestore di siti) appare a sua volta insufficiente.
 - Anzitutto per ragioni che attengono alle regole del procedimento: che assegnano al fornitore di servizi di media od al gestore del sito termini brevissimi per apprestare le proprie difese (v. il commento alle singole norme del regolamento); non prevedono tra l'altro neppure la possibilità di chiedere un'audizione, se del caso in contraddittorio, prima dell'emanazione del provvedimento; ed assegnano all'Autorità un termine per decidere che può risultare largamente insufficiente ad una ponderazione soddisfacente dei fatti alla base

della controversia, tenuto conto anche del carico di lavoro che potrebbe essere generato dall'applicazione del regolamento nonché delle strutture di cui dispone AGCOM.

- Poi per ragioni che attengono alle conseguenze di una difesa vittoriosa: a tacer d'altro perché (in generale e dunque) anche in questo caso non è prevista l'applicazione del principio della soccombenza, che pure potrebbe svolgere una funzione utile nel dissuadere i titolari di diritti da iniziative avventurose.

D) Conclusioni

Le ragioni ora richiamate sconsigliano ad opinione del centro NEXA l'introduzione di un procedimento nuovo che non potrebbe garantire in modo più efficace la tutela della proprietà intellettuale di quanto consentito dai rimedi civili e penali esistenti senza comprimere oltre il giusto la protezione di interessi che godono di una protezione quanto meno pariordinata. Senza peraltro che emerga dai documenti pubblicati dall'Autorità l'esigenza di ridurre il carico che grava ora sull'autorità giudiziaria, con la conseguente necessità di introdurre un *enforcement* amministrativo (corredato delle necessarie garanzie per i controinteressati e delle misure necessarie per evitare abusi nell'invocazione della tutela) della proprietà intellettuale in funzione deflattiva.

PARTE II

OSSERVAZIONI ED EMENDAMENTI

Articolo 1

Definizioni

1. Ai fini del presente Regolamento si intendono per:

- a. "Autorità": l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, istituita dall'art. 1, comma 1, della legge 31 luglio 1997, n. 249;*
- b. "Legge sul diritto d'autore": la legge 22 aprile 1941, n. 633 recante "Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio";*
- c. "Testo unico": il "Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici" approvato con decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, come modificato dal decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 44;*
- d. "Decreto sul commercio elettronico": il decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70,*

recante "Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno";

e. "servizio di media audiovisivo o radiofonico": un servizio quale quello definito dall'articolo 2, comma 1, lett. a), del Testo unico;

f. "programma": una serie di immagini animate, sonore o non, che costituiscono un singolo elemento nell'ambito di un palinsesto o di un catalogo stabilito da un fornitore di servizi di media, la cui forma ed il cui contenuto sono comparabili alla forma ed al contenuto della radiodiffusione televisiva. Non si considerano programmi le trasmissioni meramente ripetitive o consistenti in immagini fisse;

g. "fornitore di servizi di media audiovisivi o radiofonici": la persona fisica o giuridica cui è riconducibile la responsabilità editoriale della scelta del contenuto del servizio di media audiovisivo e/o radiofonico e ne determina le modalità di organizzazione in un palinsesto cronologico o in un catalogo nel caso di servizi a richiesta; 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;

h. "prestatore di servizi": il fornitore di servizi di mere conduit, di caching o di hosting, come definito agli articoli 14, 15 e 16 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70;

i. "gestore del sito internet": il soggetto che sulla rete internet presiede alla gestione di contenuti, anche caricati da terzi, e all'organizzazione dei medesimi anche attraverso un loro sfruttamento economico;

j. "fornitori di servizi": i soggetti di cui alle lettere f), g) e h), del presente comma;

k. "reti di comunicazione elettronica": i sistemi di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o di instradamento e altre risorse che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo di fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici, comprese le reti satellitari, le reti terrestri mobili e fisse, a commutazione di circuito e a commutazione di pacchetto, compresa internet, le reti utilizzate per la diffusione circolare dei programmi sonori e televisivi, i sistemi per il trasporto della corrente elettrica, nella misura in cui siano utilizzati per trasmettere i segnali, le reti televisive via cavo, indipendentemente dal tipo di informazione trasportato;

l. "contenuto": ogni contenuto sonoro, audiovisivo, giornalistico ed editoriale coperto da copyright diffuso su reti di comunicazione elettronica;

m. "titolare del diritto": ogni soggetto titolare di diritto o licenza di sfruttamento o di utilizzo esclusivo con riferimento al contenuto di cui alla lett. l), legittimato alla segnalazione in proprio o attraverso associazioni di gestione collettiva o di categoria;

n. "uploader": ogni persona fisica o giuridica che rende disponibile al pubblico contenuti su reti di comunicazione elettronica;

o. "Direzione": la Direzione contenuti audiovisivi e multimediali dell'Autorità;

p. "organo collegiale": la Commissione per i servizi e prodotti dell'Autorità che ai

sensi dell'articolo 1, comma 6, lett. b), n. 4-bis, come aggiunto dall'art. 11, comma 2, della legge n. 248/2000 esercita le funzioni di vigilanza e accertamento ai sensi dell'art. 182-bis della legge n. 633/41 e quelle di cui agli articoli 14, 15 e 16 del decreto legislativo n. 70/2003.

Come rilevato nella premessa, non poche, e non secondarie, sono le perplessità che emergono già dalla lettura del primo articolo contenente le "definizioni". Se alcune di queste paiono inutili ovvero inconferenti (ad esempio il termine "programma" definito alla lett. f., incongruamente richiamata alla lett. j., non compare mai nel testo del provvedimento al pari del "prestatore di servizi" di cui alla lett. h.), altre rivelano una pericolosa commistione tra normative assai differenti, in particolare tra la disciplina sul commercio elettronico e la disciplina dei servizi media audiovisivi e radiofonici. In alcuni casi vi è il semplice rimando a disposizioni contenute in norme primarie, in altri sono trascritte solo in parte definizioni proprie di altri provvedimenti di legge senza indicazione della fonte. Le differenze sostanziali ed i rapporti tra genere e specie delle definizioni di "fornitore di servizi", "prestatore di servizi" e "gestore del sito internet" sono nell'ambito del regolamento confuse e fonte di equivoco.

Il riferimento ad istituti estranei alla legislazione italiana, o a termini stranieri, quali *copyright* o *uploader*, costituiscono indubbi elementi di confusione in una norma che vorrebbe esser chiarificatrice per l'intero regolamento.

Prima di sottoporre all'attenzione dell'Autorità le possibili modifiche, riteniamo dunque necessario un sintetico commento sulle definizioni che presentano maggiori criticità, rivelando limiti strutturali nel regolamento stesso.

1) i soggetti.

Il provvedimento individua tre categorie di soggetti: a) i titolari dei diritti di privativa che sono i legittimati ad azionare le diverse fasi del procedimento; b) i responsabili della violazione, che possono esser sia i fornitori di servizi internet qualora siano *content provider*, ovvero fornitori di contenuti, sia gli utenti che immettono sulla rete opere protette senza autorizzazione (*uploader*); c) i gestori dei siti destinatari delle richieste e dei provvedimenti di rimozione: soggetti questi ultimi che, qualora non siano essi stessi fornitori dei contenuti messi a disposizione, saranno estranei alla violazione e, a determinate condizioni, esenti da responsabilità ai sensi del D.L.vo 70/2003.

Il regolamento non si limita a dare attuazione al comma 3 dell'art. 32 bis del Testo Unico, rendendo effettivo il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale unicamente nei confronti dei fornitori di servizi media audiovisivi, ovvero di soggetti portatori di responsabilità editoriale per i soli contenuti ivi determinati, ma intende disciplinare la rimozione di qualsivoglia opera protetta da chiunque

immessa in rete in violazione dei diritti di cui alla L. 633/41. Dunque i soggetti coinvolti, ed in particolare i destinatari dei provvedimenti ipotizzati, sono molteplici ed assai differenti tra loro quanto a disciplina normativa. Si valutino i singoli soggetti come definiti dalla norma.

1.a) I destinatari dei provvedimenti.

L'articolo in commento parrebbe voler creare una categoria generale costituita dai "fornitori di servizi" che a mente della lett. j) ricomprenderebbe il "prestatore di servizi" di cui alla lett. h) - ovvero gli ISP che possono beneficiare delle limitazioni di responsabilità di cui al D.L.vo 70/2003 - e il "fornitore di servizi di media audiovisivi o radiofonici" di cui alla lett. g). La categoria comprenderebbe dunque da un lato i fornitori di accesso e i servizi di *caching* e *hosting*, e dall'altro alcuni *content provider*, limitatamente ai contenuti media audiovisivi: tali soggetti sono però assolutamente disomogenei e sono sottoposti a normative totalmente differenti. Quale sia l'utilità di tale categoria non è chiaro, tant'è che nel provvedimento i "fornitori di servizi" tout court, non sono più menzionati.

Per contro i *content provider* diversi dai fornitori di servizi media audiovisivi o radiofonici, ad esempio le testate giornalistiche on line o i *blog*, non sarebbero, ai fini del regolamento, "fornitori di servizi".

Il "gestore del sito internet" definito alla lettera i) non apparterebbe poi a tale categoria, sebbene in tutta evidenza, usualmente colui che "presiede alla gestione dei contenuti" sia il fornitore del servizio. A rigor di logica, la categoria del "gestore del sito", per come definita, è costituita da qualsivoglia prestatore di servizi a distanza della società dell'informazione che "presiede" alla gestione di contenuti, ivi compresi dunque i fornitori di media audiovisivi. Ciò a meno che non si intenda con la definizione scindere il prestatore del servizio in sé, dall'eventuale gestore tecnico della piattaforma utilizzata: soggetto questo che per altro rientrerebbe comunque nella medesima categoria dei prestatori di servizi per via elettronica come definiti dalla Legge 317/1986 richiamata dal D.L.vo 70/2003. Inoltre una differenziazione tra fornitore (o prestatore) del servizio e gestore del sito risulta falsante nella singolare determinazione della competenza dell'Autorità che pare individuata sulla base della registrazione del nome a dominio. Questo aspetto sarà oggetto di osservazione nel commento agli artt. 13 e 14.

Non è davvero facile orientarsi.

Anche a voler cercare di dedurre ulteriori indicazioni dal testo del regolamento non si giunge a maggior chiarezza.

I procedimenti previsti dal Capo III prevedono due sole figure come destinatari degli avvisi e dei provvedimenti: i fornitori dei servizi media audiovisivi ed i gestori dei siti. All'interno dei "gestori del sito" vi saranno però sia dei fornitori di contenuti (*content provider*) - che al pari dei fornitori dei servizi media audiovisivi

sono direttamente responsabili della violazione che giustifica l'ordine di rimozione - sia prestatori di servizi che viceversa non sono affatto responsabili dei contenuti veicolati. La bipartizione non pare aderente a ragioni di logica giuridica, ma soprattutto rende evidente come le "definizioni" contenute nell'articolo in commento non rispondono a reali esigenze ermeneutiche dell'articolato.

A mero titolo esemplificativo, se il fornitore del contenuto (*rectius* il responsabile della violazione) è il "gestore del sito", ovvero, più correttamente, il prestatore del servizio, sarà necessariamente diversa la valutazione delle finalità commerciali o meno dell'immissione dei contenuti in rete rispetto al prestatore di un servizio di mero *hosting*, che nulla sa delle ragioni lucrative o meno della condivisione (illecita) del contenuto protetto ad opera di terzi.

La categoria del "gestore del sito", centrale nel regolamento ma nuova nel panorama legislativo italiano ed europeo, è così indefinita ed impalpabile da non esser correttamente citata neppure quale categoria rappresentata nel tavolo tecnico.

In vero, l'unica ragione che pare giustificare la contrapposizione tra fornitori dei servizi media audiovisivi e tutti gli altri ISP è ravvisabile nella ricerca di disposizioni legislative che fondino i poteri dell'Autorità e nel collage normativo più volte denunciato. Così che occorre parlare di fornitori di servizi di media audiovisivi per evocare l'art. 32-bis t.u. media audiovisivi e la normativa ivi contenuta; di gestori di siti per tutti quegli intermediari della comunicazione che non hanno disciplina specifica nel settore, non essendo sufficiente richiamare unicamente gli artt. 14-16 d.legisl. 70/2003 applicabile solo ad alcuni prestatori di servizi. Per i primi i poteri dell'Autorità sono chiaramente definiti entro i limiti, tracciati più o meno correttamente, da una norma primaria, ovvero il Testo Unico media audiovisivi come emendato dal c.d. Decreto Romani. Per gli altri manca invece una norma primaria che delimiti il perimetro di azione dell'Autorità amministrativa, così da dare legittimità e concretezza nel diritto interno all'intervento inibitorio genericamente previsto come possibile nella Direttiva *e-commerce* 2000/31 CE attuata dal D.L.vo 70/2003 per alcuni. Il procedimento stragiudiziale proposto non trova infatti nei compiti di mera vigilanza finalizzata ad accertamento e prevenzione previsti dagli artt. 182 bis e 182 ter L. 633/41 alcun supporto atto a delimitare e sorreggere i poteri di rimozione ipotizzati.

1.b) il titolare del diritto

La titolarità di un diritto di privativa su di un'opera (e l'ampiezza di tale privativa) discende dalla complessa normativa contenuta nella L. 633/41. La definizione in realtà ha una sua utilità se volta ad individuare non tanto il titolare del diritto, determinato ex lege, quanto i soggetti legittimati ad esperire ed azionare i rimedi previsti dal regolamento. L'art. 6 infatti che introduce la notifica di violazione,

conferisce tale facoltà al "soggetto legittimato" . Ed è questa locuzione a dover esser chiarita, delimitando con chiarezza quali soggetti siano legittimati attivi nei diversi procedimenti.

Tale legittimazione non potrà esser diversa e più estesa della legittimazione ad agire in giudizio avanti le sezioni specializzate, come tratteggiata dalla giurisprudenza.

In particolare, la legittimazione delle "associazioni di gestione collettiva e di categoria" dipende dalla sussistenza in capo a tali soggetti di un apposito ed esplicito mandato da parte dei titolari. La legittimazione delle *collecting* diverse dalla SIAE discende infatti dal mandato ricevuto dai propri iscritti, e non dal possesso dei diritti. Le associazioni di categoria non potranno agire se ad esse non è conferito espresso e specifico mandato dal titolare per quel contenuto. La definizione di cui alla lett. m) deve esser riformulata.

1.c) l' uploader

Il termine è usualmente riferito all'utente che "carica" contenuti su di un servizio di condivisione.

Dal canto suo, la definizione di cui alla lettera n) descrive il "fornitore di contenuti", sia esso un ISP, sia esso un utente privato destinatario di un servizio. Se vi è violazione del diritto d'autore, è il responsabile della stessa.

E' il soggetto, persona fisica o giuridica, che " mette a disposizione del pubblico, immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta, o parte di essa".

La condotta, descritta agli artt. 171 e 171 ter L.633/41, se abusiva, ovvero se commessa senza autorizzazione e al di fuori delle eccezioni e delle limitazioni dei diritti di privativa conferiti all'art. 16, integra sempre reato. Come l'Autorità possa, alla prima valutazione di fondatezza della richiesta del titolare, disattendere il chiaro disposto dell'art. 182 ter L. 633/41 e soprattutto l'obbligo di cui all'art. 331 c.p.p. secondo cui "i pubblici ufficiali (c.p.357) e gli incaricati di un pubblico servizio (c.p.358) che, nell'esercizio o a causa delle loro funzioni o del loro servizio, hanno notizia di un reato perseguibile di ufficio, devono farne denuncia per iscritto, anche quando non sia individuata la persona alla quale il reato è attribuito", rimane uno dei punti di maggior criticità del regolamento. Sul punto si tornerà nel commento di cui agli artt. 13 e 14.

La definizione deve in ogni caso esser modificata, quanto meno per rispetto alla lingua italiana, con quella di <<fornitore del contenuto>>

2) i contenuti

Poiché come noto, il Centro NEXA nutre perplessità e dubbi sulla potestà regolamentare dell'Autorità in ordine a tutti i possibili contenuti veicolati in rete, per coerenza suggerisce che tale definizione sia limitata ai contenuti audiovisivi come disciplinati dal Testo Unico.

La nozione di contenuto di cui alla lett. i) è per altro fonte di possibile equivoco.

Il riferimento al "contenuto editoriale" non pare pertinente: il rapporto tra tale tipologia di contenuto con il "prodotto editoriale" definito dalla L. 62/2001 rischia di esser fonte di confusione. Quale sia la funzione del richiamo all'aggettivo editoriale, cioè destinato alla pubblicazione, rimane oscuro e privo di reale significato ai fini del regolamento.

Se l'Autorità ritiene di poter dettare disciplina per qualsivoglia contenuto, la definizione non potrà che coincidere con quella di qual si voglia opera protetta ai sensi dell'art. 1 comma 1 L.633/41.

Singolare nella definizione l'utilizzo del termine *copyright* che non è proprio del diritto italiano: con tale termine si intendono talvolta i soli diritti connessi al diritto d'autore, e tal altra tutte le privative conferite ai diversi soggetti nei sistemi di *common law*. Il termine è fonte di confusione e non vi è ragione per non chiamare tali diritti per quel che risulta dalla L.633/41: diritti d'autore e connessi.

3) l'organo collegiale

Nulla quaestio nel merito, ma la definizione di cui alla lett.p) oltre ad esser incompleta, riteniamo per mero refuso, nel riferimento alla legge istitutiva dell'Ente, tradisce ed evidenzia l'assenza di una norma primaria dell'ordinamento italiano che consenta di individuare in capo all'Autorità la facoltà di adottare provvedimenti di inibizione nei confronti dei prestatori di servizi che godono delle limitazioni di responsabilità genericamente previste dalla direttiva sul commercio elettronico. Il mero riferimento agli art. 14, 15 e 16 del D.L.vo 70/2003 non consente di colmare l'evidente vuoto normativo. E' sufficiente leggere il comma 3 dell'art. 14 della direttiva 2000/31 CE, per comprendere come la possibilità di una procedura per la rimozione debba avvenire in conformità con l'ordinamento interno. Allo stato tale norma primaria, in Italia, non esiste, e non può esser ricavata, tautologicamente, dal medesimo decreto attuativo della direttiva che si limita a trascrivere la clausola di salvaguardia generale prevista nella direttiva.

Le sintetiche considerazioni di cui sopra inducono il Centro NEXA a suggerire la seguente formulazione dell'art.1:

Articolo 1

Definizioni

1. Ai fini del presente Regolamento si intendono per:

- a. "Autorità": l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, istituita dall'art. 1, comma 1, della legge 31 luglio 1997, n. 249;*
- b. "Legge sul diritto d'autore": la legge 22 aprile 1941, n. 633 recante "Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio";*
- c. "Testo unico": il "Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici" approvato con decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, come modificato dal*

decreto legislativo 15 marzo 2010, n.44;

d. "Decreto sul commercio elettronico": il decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, recante

"Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società

dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno";

e. **"prestatore di servizi": la persona fisica o giuridica che presta un servizio della società dell'informazione per via elettronica come definito dall'articolo 1, comma 1, lettera b), della legge 21 giugno 1986, n. 317**

f. **"fornitore di servizi di media audiovisivi o radiofonici": la persona fisica o giuridica cui è riconducibile la responsabilità editoriale della scelta del contenuto del servizio di media audiovisivo e/o radiofonico di cui all' articolo 2, comma 1, lett. a), del Testo unico, come definito dall'art 2 comma 1 lett. b) del Testo Unico;**

g. "reti di comunicazione elettronica": i sistemi di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o di instradamento e altre risorse come definite dall'art. 2 comma 1 lett. c) del Testo Unico;

h. **"contenuto": l' opera o parte di essa, tutelata ai sensi della Legge sul diritto d'autore;**

i. **"titolare del diritto": ogni soggetto titolare dei diritti esclusivi conferiti dalla Legge sul diritto d'autore sul contenuto.**

l. **"soggetto legittimato": la persona fisica o giuridica che sia titolare del diritto sul contenuto nonché il soggetto, persona fisica o giuridica, che abbia ricevuto espresso e specifico mandato di rappresentanza da questi;**

m. **"fornitore del contenuto": ogni persona fisica o giuridica che rende disponibile al pubblico su reti di comunicazione elettronica, il contenuto;**

n. "Direzione": la Direzione contenuti audiovisivi e multimediali dell' Autorità;

o. **"organo collegiale": la Commissione per i servizi e prodotti dell' Autorità prevista dall' articolo 1, comma 2, Legge 31/07/1997, n. 249.**

* * *

Articolo 2

Finalità e ambito di applicazione

1. Il presente regolamento disciplina le attività dell'Autorità in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e, in particolare, quelle finalizzate allo sviluppo dell'offerta legale di contenuti e della loro corretta fruizione nonché quelle relative alla vigilanza, accertamento e cessazione delle violazioni del diritto d'autore, comunque realizzate, poste in essere sulle reti di comunicazione elettronica, fatte salve le eccezioni di cui agli articoli 65 e 70 della Legge sul diritto d'autore.

2. Nell'espletamento delle attività di cui al comma 1, l'Autorità opera nel rispetto dei diritti e delle libertà di espressione del pensiero, di cronaca, di commento,

critica e discussione.

3. *L'Autorità promuove l'adozione da parte dei fornitori dei servizi di codici di condotta sul rispetto del diritto d'autore nell'ambito delle attività del Tavolo tecnico di cui al capo II.*

4. *Sono esclusi dall'ambito di applicazione del presente regolamento le applicazioni con le quali gli utenti possono scambiare contenuti direttamente con altri utenti attraverso reti di comunicazione elettronica.*

Nell'articolo 2 l'Autorità si auto-assegna un ampissimo perimetro di azione: solo apparentemente essa impone a se stessa dei limiti. Alcuni di questi sono in realtà limiti evidenti e ineludibili. Se l'utilizzo non è abusivo per la sussistenza di un'eccezione alle privative, non vi è violazione dei diritti d'autore: far salve le eccezioni di cui agli artt. 65 e 70 L.633/41 è riduttivo ed inutile. Altri limiti sono parte ineludibile di ogni ordinamento di diritto e la precisazione del comma 2 risulta più inquietante che rassicurante poiché è difficile anche solo ipotizzare che un'autorità amministrativa, *rectius* una qualsiasi autorità, possa operare senza il rispetto di diritti costituzionalmente garantiti. L'ultima limitazione, relativa allo scambio diretto tra utenti ha ad oggetto "le applicazioni": se ne può intuire il senso, ma come tale esclusione sia intesa dall'Autorità non è affatto chiaro.

Nel suo complesso la disposizione, volta a delimitare il raggio d'azione del regolamento amministrativo, dovrebbe contenere i riferimenti alle norme primarie cui intende dare attuazione tecnica.

Se non ché i limiti derivanti dalla triangolazione interpretativa operata dall'Autorità (32 bis T.U. - 182 bis L.633/41- Decreto 70/2003) non consentono di ampliare all'intera rete di comunicazione elettronica, per qualsivoglia contenuto, un potere regolamentare conferito sui soli fornitori di servizi media audiovisivi per i contenuti loro propri; il limitato potere di vigilanza tratteggiato dagli artt. 182 bis e 182 ter L.633/41 non fornisce supporto per accertamenti e soprattutto per provvedimenti di inibizione e rimozione, (e sanzione) dei contenuti, genericamente ipotizzati dal decreto sul commercio elettronico solo per alcuni fornitori di servizi.

Il riferimento poi alla "*corretta fruizione*" pare inaccettabile. La fruizione può esser illegale, se viola diritti di terzi, ma a stabilirlo sarà solo la legge, e non un'autorità amministrativa. L'utilizzo di un'opera, che può esser cosa diversa dalla sua fruizione, è definito "*corretto*" nelle normative di *common law* sul *copyright* che contemplano il *fair use*: un'ampia e aperta eccezione ai diritti esclusivi. In Italia le eccezioni e le limitazioni, tassative e interpretate da sempre in modo assai restrittivo, non consentono ad un'autorità amministrativa di autoconferirsi poteri per delimitare la correttezza o la scorrettezza della fruizione di opere dell'ingegno.

Per quanto osservato, il Centro NEXA ritiene che l'art. 2 debba esser riformulato

con le seguenti modifiche:

Articolo 2

Finalità e ambito di applicazione

1. Il presente regolamento disciplina le attività dell'Autorità in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e, in particolare, quelle finalizzate allo sviluppo dell'offerta legale di contenuti audiovisivi offerti dai fornitori dei servizi media audiovisivi di cui all'art. 1 comma 1 lett. f) nonché quelle relative alla vigilanza, accertamento e cessazione delle violazioni del diritto d'autore, comunque realizzate, poste in essere dai predetti fornitori sulle reti di comunicazione elettronica.

Ove non si ritenga di dover limitare il regolamento ai soli fornitori di servizi media audiovisivi:

1. Il presente regolamento disciplina le attività dell'Autorità in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e, in particolare, quelle finalizzate allo sviluppo dell'offerta legale di contenuti nonché quelle relative alla vigilanza, accertamento e cessazione delle violazioni del diritto d'autore, comunque realizzate, poste in essere sulle reti di comunicazione elettronica.

2. L'Autorità promuove l'adozione da parte dei fornitori dei servizi di codici di condotta sul rispetto del diritto d'autore nell'ambito delle attività del Tavolo tecnico di cui al capo II.

3. Il presente regolamento non si applica allo scambio diretto di contenuti tra utenti delle reti di comunicazione elettronica con l'uso di qualunque applicazione e di protocolli peer to peer ed ai servizi forniti per la fruizione di tali applicativi.

* * *

Articolo 3

Sviluppo e promozione dell'offerta legale

1. L'Autorità promuove la massima diffusione dell'offerta legale di contenuti accessibili agli utenti, incoraggia lo sviluppo e la promozione di offerte commerciali innovative e competitive e la creazione di un mercato aperto dell'accesso ai contenuti a tutela degli utenti e della concorrenza.

2. Ai fini di cui al comma 1, l'Autorità predispone un'apposita sezione sul proprio sito internet per promuovere la conoscibilità e l'accesso ai servizi che consentono la fruizione legale di contenuti protetti dal diritto d'autore.

3. Ai fini dello sviluppo delle attività di cui al presente articolo, l'Autorità si avvale

del Tavolo tecnico sul diritto d'autore istituito presso la Direzione.

Il principio enunciato al comma 1 è certamente condivisibile, ed è indubbio che un'offerta legale ampia ed a prezzi equi, che consenta una fruizione senza artificiose limitazioni (costituite anche da invasive misure di protezione, con conseguente artificiosa creazione di mercati chiusi) costituisce il mezzo più efficace per la lotta alla pirateria. In un settore dominato però da evidenti concentrazioni di imprese che difendono la loro ampia autonomia contrattuale di titolari di diritti connessi, è difficile comprendere quali mezzi possa utilizzare l'Autorità per raggiungere l'ambito obiettivo. E' sufficiente leggere i contributi versati dalle diverse associazioni di categoria nella prima consultazione per aver contezza dei limiti dell'Autorità.

Il secondo comma suscita viceversa serie perplessità. Quali siano le modalità ed il contenuto della ipotizzata sezione del sito dell'autorità dedicato a promuovere la conoscibilità e l'accesso ai servizi che consentono la fruizione legale di contenuti protetti dal diritto d'autore non è chiaro.

Non possiamo credere che l'Autorità intenda stilare una sorta di *white list* contenente i siti a suo giudizio "legali" ovvero i servizi che consentono la "corretta" fruizione dei contenuti protetti dal diritto d'autore. Una tale velleitaria operazione sarebbe da un lato impossibile da realizzare stante la dinamicità e la magmaticità del web e l'ampiezza della tutela che il diritto d'autore conferisce ai diversi contenuti presenti in rete, dall'altra, qualora l'elenco fosse limitato ad alcuni servizi, l'operazione si tradurrebbe in una inammissibile ed inaccettabile "bollino" di legalità atto a falsare un mercato in costante rapida evoluzione. Il comma 2 deve esser espunto dal regolamento

il Centro NEXA ritiene che l'art. 3 debba esser riformulato con le seguenti modifiche:

Articolo 3

Sviluppo e promozione dell'offerta legale

- 1. L'Autorità promuove la massima diffusione dell'offerta legale di contenuti accessibili agli utenti, incoraggia lo sviluppo e la promozione di offerte commerciali innovative e competitive e la creazione di un mercato aperto dell'accesso ai contenuti a tutela degli utenti e della concorrenza.***
- 2. Ai fini dello sviluppo delle attività di cui al presente articolo, l'Autorità si avvale del Tavolo tecnico sul diritto d'autore istituito presso la Direzione.***

* * *

Articolo 4

Costituzione e compiti del Tavolo tecnico

1. Impregiudicata la competenza di altri organismi istituiti sulla materia presso altre amministrazioni dello Stato, il Tavolo tecnico sul diritto d'autore ha il compito di agevolare il raggiungimento di accordi tra produttori, distributori, fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici, fornitori di servizi della società dell'informazione e di proporre soluzioni all'organo collegiale ed è composto da:

a) rappresentanti dei consumatori, associazioni, produttori, distributori, fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici, fornitori di servizi della società dell'informazione anche per mezzo delle proprie associazioni di categoria che hanno presentato richiesta di adesione entro trenta giorni dall'entrata in vigore della presente delibera, nel numero massimo di due rappresentanti per ciascun soggetto;

b) rappresentanti della Società italiana degli autori ed editori (SIAE), del Comitato consultivo permanente per il diritto d'autore presso il Ministero per i beni e le attività culturali, del Comitato tecnico contro la pirateria digitale e multimediale istituito presso il Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio dei ministri, della Polizia postale, della Guardia di finanza;

c) rappresentanti dell'Autorità come individuati con separata determina del Segretario generale su proposta del Direttore della Direzione.

2. Il Tavolo tecnico elabora soluzioni ai fini del raggiungimento dei seguenti obiettivi:

a) promozione dell'offerta legale tramite l'individuazione delle misure di sostegno allo sviluppo dei contenuti digitali e delle soluzioni idonee alla rimozione delle barriere normative e commerciali;

b) adeguamento delle condizioni contrattuali dei fornitori di servizi alle procedure di cui agli articoli 6 e 7;

c) predisposizione di codici di condotta dei fornitori di servizi;

d) promozione di accordi tra produttori e distributori per la riduzione delle finestre di distribuzione;

e) promozione di accordi tra operatori volti a semplificare la filiera di distribuzione dei contenuti digitali in ordine alle nuove modalità di fruizione favorendo l'accesso ai contenuti premium;

f) individuazione di criteri e procedure per l'adozione di accordi collettivi di licenza;

g) realizzazione di campagne di educazione alla legalità nella fruizione dei contenuti;

h) creazione di un osservatorio per monitorare i miglioramenti della qualità e la riduzione dei prezzi dell'offerta legale di contenuti digitali.

La norma tende a disciplinare la composizione del tavolo tecnico ed a indicarne gli obiettivi. Non è dato sapere quali strumenti siano a disposizione dell'organo consultivo e soprattutto quali strumenti abbia l'Autorità, ovvero l'Organo Collegiale destinatario delle proposte, per l'attuazione delle stesse. Si veda quanto

osservato all'articolo precedente.

La composizione

Perplessità sorgono sulla composizione e sulla mancanza di una previsione di periodico rinnovo.

Il web ci ha abituato ad un costante mutamento di ruoli, con nuovi protagonisti che nell'arco di pochi mesi divengono portatori di interessi spesso inediti o comunque "trasversali" rispetto alle categorie che possono astrattamente esser individuate.

E' dunque opportuno riflettere tanto sulla creazione di rigide categorie di stakeholders, quanto sulla necessità di un costante o quanto meno periodico rinnovamento dei componenti.

Tra i componenti "istituzionali" di cui alle lett. b) e c) qualche perplessità suscita la presenza di rappresentanti della polizia giudiziaria, quale la Polizia Postale e la Guardia di Finanza, i cui compiti sulla rete sono prevalentemente di repressione e prevenzione dei reati. L'Autorità non ha poteri sanzionatori diretti sulle violazioni del diritto d'autore, e le finalità del tavolo tecnico sono rivolte al mercato ed ai rapporti tra operatori della comunicazione e industrie dei contenuti. Non vi è alcuna attinenza con fini repressivi o anche solo di vigilanza.

Si rileva invece la mancanza di altri soggetti istituzionali altamente qualificati quali i) rappresentanti della magistratura, nella componente delle sezioni specializzate di cui al D.L.vo 168/2003, e soprattutto ii) gli enti universitari e gli istituti di ricerca.

Le Università hanno da sempre svolto un ruolo fondamentale nella rete e nello sviluppo di internet e del web ed il loro apporto tecnico, svincolato da interessi meramente commerciali, appare fondamentale.

Quanto agli stakeholders "privati" di cui alla lett.a), l'individuazione di due rappresentanti per ciascun soggetto diviene complessa nell'impossibilità di individuare e distinguere i soggetti tra categorie tutt'altro che definite e chiare.

Non si comprende infatti se per "soggetto" si intenda anche il singolo operatore privato che ne faccia richiesta, sia esso un produttore o un ISP, ovvero se il riferimento a "rappresentanti" delle diverse categorie menzionate implichi una qualche forma di designazione da parte di associazioni o enti esponenziali. La rappresentatività della società e del mercato della rete, al Tavolo tecnico, dipende ovviamente dal numero di componenti ipotizzati e dalle modalità di partecipazione.

Un access provider, pur essendo "fornitore di servizi" al pari di un fornitore di media audiovisivo, ha interessi potenzialmente contrastanti con questi ultimi, ma può egli stesso, come spesso accade, offrire servizi a valore aggiunto ed esser egli

stesso content provider. Una testata giornalistica on line è portatore di istanze assai differenti da un motore di ricerca o da un servizio di pubblicità in rete. Gli stessi "consumatori", ma meglio sarebbe dire "fruitori", sono spesso anche fornitori di contenuti e la loro rappresentanza dovrebbe esser diversamente definita, per evitare di vanificare la partecipazione di una delle componenti fondamentali del web 2.0.

Gli obiettivi

L'elencazione degli otto obiettivi parrebbe tassativa, ma sarebbe opportuno, a fronte del compito dichiarato genericamente al comma 1, esplicitare che l'elenco è meramente esemplificativo, così da consentire un'utile elasticità nella scelta degli obiettivi.

il Centro NEXA ritiene che l'art. 4 debba esser riformulato con le seguenti modifiche:

Articolo 4

Costituzione e compiti del Tavolo tecnico

1. Impregiudicata la competenza di altri organismi istituiti sulla materia presso altre amministrazioni dello Stato, il Tavolo tecnico sul diritto d'autore ha il compito di agevolare il raggiungimento di accordi tra titolari dei diritti, fruitori, fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici, e prestatori di servizi della società dell'informazione e di proporre soluzioni all'organo collegiale.

2. Il Tavolo tecnico è composto da:

- a) consumatori e destinatari dei servizi, attraverso rappresentanti di associazioni ed enti esponentiali;***
- b) titolari dei diritti, anche attraverso le associazioni di categoria;***
- c) fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici, anche attraverso le associazioni di categoria;***
- d) prestatori di servizi della società dell'informazione anche per mezzo delle loro associazioni di categoria ;***
- e) rappresentanti delle Università ed i centri e gli enti di ricerca legati a tali istituti di istruzione superiore;***

Tali soggetti, dovranno presentare richiesta di adesione entro trenta giorni dall'entrata in vigore della presente delibera e successivamente, entro trenta giorni dalla successiva delibera di rinnovo come stabilito all'art.5;

3. Sono altresì componenti del Tavolo tecnico i rappresentanti della Società italiana degli autori ed editori (SIAE), del Comitato consultivo permanente per il diritto d'autore presso il Ministero per i beni e le attività culturali, del Comitato tecnico contro la pirateria digitale e multimediale istituito presso il

Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio dei ministri, nonché un componente della magistratura appartenente alle sezioni specializzate di cui al D.L.vo 168/2003.

I rappresentanti dell'Autorità saranno individuati con separata determina del Segretario generale su proposta del Direttore della Direzione.

2. Il Tavolo tecnico elabora soluzioni ai fini del raggiungimento degli obiettivi di cui al comma 1 ed a titolo non esaustivo opera per:

a) la promozione dell'offerta legale tramite l'individuazione delle misure di sostegno allo sviluppo dei contenuti digitali e delle soluzioni idonee alla rimozione delle barriere normative e commerciali;

b) l' adeguamento delle condizioni contrattuali dei fornitori di servizi alle procedure di cui agli articoli 6 e 7;

c) la predisposizione di codici di condotta dei fornitori di servizi;

d) la promozione di accordi tra produttori e distributori per la riduzione delle finestre di distribuzione;

e) la promozione di accordi tra operatori volti a semplificare la filiera di distribuzione dei contenuti digitali in ordine alle nuove modalità di fruizione favorendo l'accesso ai contenuti premium;

f) l' individuazione di criteri e procedure per l'adozione di accordi collettivi di licenza;

g) la realizzazione di campagne di educazione alla legalità nella fruizione dei contenuti;

h) la creazione di un osservatorio per monitorare i miglioramenti della qualità e la riduzione dei prezzi dell'offerta legale di contenuti digitali.

* * *

Articolo 5

Modalità di funzionamento del Tavolo tecnico

1. Entro trenta giorni dall'entrata in vigore della presente delibera il Tavolo tecnico è istituito con separata delibera del Consiglio, definendone la pianificazione, l'articolazione e il monitoraggio delle attività. Il Tavolo opera anche attraverso appositi Tavoli tematici, costituiti al suo interno, finalizzati alla trattazione di aspetti e problemi caratterizzati da specificità ed autonomia.

2. Il Tavolo tecnico si avvale di una segreteria costituita all'interno della Direzione, alla quale sono affidati i compiti di organizzare le riunioni e gli incontri, curare la documentazione, attivare le ricerche bibliografiche, analizzare processi e procedure, nonché collaborare alla predisposizione degli atti.

3. I lavori del Tavolo tecnico sono pubblici ed ai risultati viene data la massima diffusione.

Come già osservato all'articolo che precede, a fronte della dinamicità della rete in tutte le sue componenti, è necessario stabilire un rinnovo frequente dei rappresentanti delle diverse categorie e dei diversi stakeholders.

I componenti del Tavolo tecnico potranno esser rinnovati quanto meno ogni due anni.

Il Centro NEXA propone che dopo il comma 2 sia inserito un comma che prevede il rinnovo periodico.

L'art.5 potrà esser così formulato:

Articolo 5

Modalità di funzionamento del Tavolo tecnico

1. Entro trenta giorni dall'entrata in vigore della presente delibera il Tavolo tecnico è istituito con separata delibera del Consiglio, definendone la pianificazione, l'articolazione e il monitoraggio delle attività. Il Tavolo opera anche attraverso appositi Tavoli tematici, costituiti al suo interno, finalizzati alla trattazione di aspetti e problemi caratterizzati da specificità ed autonomia.

2. Il Tavolo tecnico viene rinnovato, nei componenti di cui al comma 2, con apposita delibera del Consiglio ogni due anni.

3. Il Tavolo tecnico si avvale di una segreteria costituita all'interno della Direzione, alla quale sono affidati i compiti di organizzare le riunioni e gli incontri, curare la documentazione, attivare le ricerche bibliografiche, analizzare processi e procedure, nonché collaborare alla predisposizione degli atti.

4. I lavori del Tavolo tecnico sono pubblici ed ai risultati viene data la massima diffusione.

* * *

Articolo 6

Procedura di notifica di violazione del diritto d'autore (notice and take-down)

1. Qualora un soggetto legittimato ritenga che uno specifico contenuto violi un diritto d'autore o di copyright di cui è titolare e che non sia stato diffuso nei limiti delle eccezioni di cui agli articoli 65 e 70 della Legge sul diritto d'autore, può inviare, anche attraverso organismi associativi, una richiesta di rimozione del contenuto al gestore del sito su cui lo stesso è disponibile o al fornitore del servizio di media audiovisivo o radiofonico che lo abbia messo a disposizione del pubblico

secondo la procedura di cui alla presente Sezione, salvo che questi non abbia già adottato un'apposita procedura finalizzata alla rimozione di contenuti o programmi diffusi in violazione del diritto d'autore (notice and take-down). La segnalazione va trasmessa utilizzando il modulo redatto secondo il facsimile di cui all'allegato 1 al presente regolamento e reso disponibile sul sito dell'Autorità, al quale poter accedere attraverso un link messo a disposizione sul sito del gestore del sito o del fornitore del servizio di media audiovisivo o radiofonico.

2. Nei casi in cui il contenuto oggetto della segnalazione sia stato caricato da terzi, il soggetto a cui sia stata trasmessa la richiesta di cui al comma 1, ove possibile, ne dà notizia all'uploader, il quale ha la facoltà di presentare le proprie controdeduzioni.

3. Trascorsi quattro giorni dalla richiesta di cui al comma 1, senza che il contenuto sia stato rimosso, il soggetto segnalante di cui al comma 1 può trasmettere la richiesta all'Autorità che provvede secondo quanto previsto alla Sezione II del presente Capo, impregiudicato il diritto di rivolgersi all'Autorità giudiziaria.

Una prima osservazione di forma circa la rubrica della disposizione e l'utilizzo di termini stranieri.

Il riferimento esplicito al "*Notice and take down*" e l'utilizzo del termine "*copyright*" dovrebbero esser evitati, per ragioni formali e per evitare equivoci e dubbi interpretativi.

Il *Notice and take down*, istituto americano presente all'art. 512 del DMCA che recepisce l'accordo OCILLA (*Online Copyright Infringement Liability Limitation Act*) del 1998, è procedura che mal si adatta, per la sua stessa genesi, ad esser riferito indiscriminatamente a qual si voglia fornitore di servizi on line come proposto nella sezione in commento. L'accordo, nato come *safe harbour*, ha come fine quello di limitare la c.d. *secondary liability* degli intermediari per le violazioni commesse da terzi, in particolare dagli utenti nei servizi di trasmissione, memorizzazione temporanea, archiviazione (*hosting*) e collegamento (*linking*).

Gli *internet service provider* che siano fornitori di contenuti, ovvero i fornitori di servizi media che hanno responsabilità editoriali, sono esclusi dalla procedura che, con alcune assonanze alla direttiva europea 2000/31 e-commerce, tratteggia una modalità di esenzione da responsabilità per fatti di terzi.

La procedura proposta nel regolamento è invece applicabile a tutti i "gestori di siti", compresi dunque i *content provider*, ed ai fornitori di media audiovisivi, e non mira a salvaguardare i destinatari della notifica da responsabilità, ma è semplicemente un presupposto procedurale per consentire, ad esclusiva tutela dei titolari dei diritti di proprietà intellettuale, un inedito procedimento di rimozione coattiva, fonte di autonoma responsabilità sanzionabile patrimonialmente.

La confusione generata dalla criticabile individuazione dei soggetti destinatari dei provvedimenti, rilevata nelle osservazioni all'art. 1, è aggravata proprio dall'equivoco richiamo alla procedura di *Notice and Take Down*.

Il regolamento tende a disciplinare con un'unica procedura situazioni assai differenti tra loro in fatto ed in diritto e, come osservato, si limita a distinguere tra fornitori di servizi media audiovisivi e “gestori di siti”: se i primi sono indubbiamente responsabili della immissione in rete, i secondi possono esser sia meri intermediari, sia fornitori di contenuti. La distinzione, che permea l'intera procedura di rimozione selettiva, non ha ragioni giuridiche se non, come evidenziato, nel fatto che per i contenuti audiovisivi il Testo Unico fornisce, più o meno correttamente, una base normativa primaria per la successiva regolamentazione tecnico-amministrativa. Non così per gli intermediari e per i *content provider* non assimilabili ai media radiotelevisivi, confinati nell'incerta categoria dei “gestori di siti”.

L'articolo mira a disciplinare una “procedura di notifica e rimozione volontaria” e questa potrebbe a parere di NEXA esser la rubrica dell'articolo.

Nel dettaglio:

1) La legittimazione alla notifica coinciderà con la definizione di “soggetto legittimato”, introdotta nell'art. 1 lett. l) ed è dunque superfluo l'inciso <<anche attraverso organismi associativi>>. Come detto, la legittimazione attiva non potrà esser diversa dalla legittimazione ad agire in giudizio definita dall'art. 167 L.633/41 come interpretato in giurisprudenza.

2) Le libere utilizzazioni evidentemente escludono la violazione del diritto. Il titolare del diritto potrà richiedere la rimozione solo a fronte di una “abusiva” immissione in rete, a fronte di un'utilizzazione dell'opera che violi un proprio diritto esclusivo. Il richiamo agli artt. 65 e 70 appare superfluo e fonte di possibile equivoco. Sul punto si tornerà in relazione all'art. 10.

3) I destinatari della notifica potranno essere i fornitori di media audiovisivi come definiti dall'art.1 lett.f) qualora l'Autorità riconosca il difetto di potere regolamentare nei confronti della generalità dei fornitori dei servizi della società dell'informazione.

In alternativa, qualora l'Autorità ritenga di poter disciplinare amministrativamente una procedura di volontaria rimozione relativa alla circolazione di qualsivoglia contenuto tutelato da diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, i destinatari saranno, indifferentemente, i prestatori dei servizi della società dell'informazione nell'ambito del quale il contenuto è reso disponibile al pubblico. La nozione di “gestore del sito” come rilevato non è infatti univoca e non vi è ragione di derogare, con la creazione di un nuovo indeterminato soggetto, alla

definizione di “pretatore del servizio” che trova puntuale definizione in più testi normativi e che reca seco obblighi di informazione e identificazione definiti, quali quelli previsti in via generale dall'art. 7 D.L.vo 70/2003.

4) la predisposizione del modulo ha indubbiamente il vantaggio di delineare le caratteristiche necessarie affinché una notifica possa dirsi validamente esperita. Vi è da rilevare, a scanso di equivoco ed a conferma della volontarietà della rimozione eventualmente conseguente l'avviso, che tale notifica non pare comunque in grado di determinare in capo ai prestatori di servizi di *hosting* di cui all'art. 16 D.L.vo 70/2003 quella effettiva conoscenza dell'illecito che impone la rimozione. La norma infatti richiede la comunicazione di una autorità e non la semplice notifica di un soggetto privato che si definisce leso. Ancora una volta si incorre nell'errore di regolamentare con unica procedura situazioni assai differenti e disomogenee.

La predisposizione di un link sul sito, data l'ampiezza del regolamento atto a coinvolgere di fatto tutti i siti del web, se ritenuta obbligatoria si traduce di fatto in un onere per il prestatore del servizio difficilmente coercibile, che graverebbe unicamente sui siti relativi a prestatori stabiliti in Italia (o con domini registrati in Italia). La disposizione pare eccessiva, ben potendo il soggetto legittimato reperire il modello presso il sito dell'Autorità, senza gravare con ulteriori doveri di informativa sui prestatori di servizio. I fornitori di servizi per altro paiono autorizzati a predisporre proprie procedure finalizzate alla rimozione. L'esplicita riserva di validità di procedure autonome alternative di notifica e rimozione è in vero piuttosto oscura in relazione ai vincoli anche formali dettati dai modelli allegati alla delibera e non è chiaro se sia riferita unicamente ai fornitori di media audiovisivi o a tutti i soggetti destinatari della procedura volontaria.

5) L'avviso al fornitore del contenuto, quando la responsabilità della comunicazione al pubblico dell'opera o di parte della stessa gravi su quest'ultimo, non può esser facoltativa. Ovviamente se impossibile, il fornitore del servizio darà atto dell'impossibilità. Per questa ragione l'inciso << ove possibile>> dovrebbe esser eliminato. *Ad impossibilia nemo tenetur*. Con la comunicazione dovrebbe esser trasmessa la notifica, in ogni sua parte, e gli avvisi: i) che il fornitore del contenuto ha il diritto, in un termine congruo e predeterminato, per presentare le proprie osservazioni, ii) che in caso di rimozione egli ha comunque la facoltà di procedere ad autonoma contro-notifica per il ripristino come da modello reperibile presso il sito dell'Autorità ai sensi dell'art.7 del regolamento e iii) che può adire l'Autorità ai sensi dell'art. 8 comma 2, in alternativa all'autorità giudiziaria, in caso di mancato ripristino di un contenuto che egli assuma illegittimamente rimosso.

6) I tempi della fase di notifica e rimozione volontaria dovranno dunque prevedere: i) un termine breve (due giorni) a carico del fornitore del servizio per

avvisare l'eventuale fornitore del contenuto della richiesta di rimozione pervenuta; ii) un termine di giorni quattro in cui il fornitore del contenuto può far pervenire osservazioni circa la legittimità di utilizzo del contenuto; iii) un termine complessivo pari a giorni 10 decorrenti dalla notifica, al termine del quale, se il fornitore del servizio destinatario della richiesta non ha rimosso il contenuto segnalato, è possibile per il soggetto legittimato adire l'Autorità ai sensi della sezione II del capo II.

Per quanto osservato, il Centro NEXA ritiene che l'art. 6 debba esser riformulato con le seguenti modifiche:

Articolo 6

Procedura di notifica di violazione del diritto d'autore

- 1. Qualora il soggetto legittimato ritenga che uno specifico contenuto violi un diritto d'autore o un diritto connesso e che non sussistano limiti o eccezioni alla privativa vantata, può inviare una richiesta di rimozione del contenuto al fornitore del servizio di media audiovisivo o radiofonico (o al prestatore del servizio) che rende il contenuto disponibile al pubblico, secondo la procedura di cui alla presente Sezione. La segnalazione va trasmessa utilizzando il modulo redatto secondo il facsimile di cui all'allegato 1 al presente regolamento e reso disponibile sul sito dell'Autorità,***
- 2. Nei casi in cui il contenuto oggetto della segnalazione sia stato caricato e immesso a disposizione del pubblico da terzi, il prestatore del servizio a cui sia stata trasmessa la richiesta di cui al comma 1 ne dà comunicazione entro 48 ore al fornitore del contenuto, trasmettendo copia della segnalazione. Il fornitore del contenuto ha la facoltà di presentare le proprie controdeduzioni nel termine di giorni 4. Di tale facoltà e dei diritti di cui agli artt. 7 e 8 comma 2 è dato avviso nella comunicazione.***
- 3. Trascorsi 10 giorni dalla ricezione della richiesta di cui al comma 1 senza che il contenuto sia stato rimosso, il soggetto legittimato che ha eseguito la notifica di violazione di cui al comma 1 può trasmettere la richiesta all'Autorità che provvede secondo quanto previsto alla Sezione II del presente Capo, impugnando il diritto di rivolgersi all'Autorità giudiziaria.***

* * *

Articolo 7

Opposizione alla rimozione selettiva (counter notice)

- 1. Nei casi in cui il contenuto sia stato caricato da terzi, l'uploader, ove ritenga che esso sia stato rimosso ingiustificatamente, può presentare opposizione alla rimozione del contenuto utilizzando il modulo redatto secondo il facsimile di cui***

all'allegato 2 al presente regolamento e reso disponibile in un'apposita pagina web del gestore del sito o del fornitore del servizio di media audiovisivo o radiofonico.

2. Il soggetto a cui sia stata trasmessa l'opposizione, ove possibile, ne dà notizia al segnalante di cui all'articolo 6, che ha la facoltà di presentare le proprie controdeduzioni.

3. Il gestore del sito o il fornitore del servizio di media audiovisivo o radiofonico, se del caso, provvede al ripristino del contenuto segnalato entro quattro giorni dall'opposizione di cui al comma 1, ferma restando la possibilità per il segnalante di cui all'articolo 6 di trasmettere una richiesta di rimozione all'Autorità che provvede secondo quanto previsto alla Sezione II del presente Capo, impregiudicato il diritto di rivolgersi all'Autorità giudiziaria.

La norma deve essere riformulata.

La facoltà di un'opposizione alla rimozione da parte del fornitore del contenuto deve esser legata all'accoglimento, ritenuto illegittimo, di una notifica avanzata ai sensi dell'articolo precedente per violazione di diritti d'autore o connessi.

Soprattutto nelle piattaforme gratuite di contenuti creati dagli utenti, vi sono spesso chiare condizioni contrattuali, prestabilite di fornitori dei servizi di *hosting*, che escludono contrattualmente un diritto dell'utente alla diffusione dei contenuti, lasciando usualmente al prestatore ampie facoltà di rimozione e cancellazione.

Anche per questa procedura si ritiene eccessivo l'obbligo di un'apposita pagina web sul sito per il facsimile di contro-notifica.

Come per l'art.6 dovrà esser eliminato l'inciso <<se possibile>> in relazione all'avviso al titolare che ha dato origine alla prima notifica, che sarà avvisato della opposizione entro due giorni. Costui, autore della notifica di cui all'art. 6 non può certo dirsi ignoto o irreperibile. Se così fosse, correttamente vi sarà il ripristino del contenuto. Al titolare del diritto sarà concesso un termine di 4 giorni per le eventuali deduzioni.

Il prestatore del servizio provvederà all'eventuale ripristino entro 10 giorni decorrenti dalla notifica dell'opposizione.

La precisazione di cui all'ultimo capoverso, che esplicita la possibilità per il titolare di attivare la procedura avanti l'Autorità anche in caso di reimmisione del contenuto a seguito di contro-notifica può esser omessa e inserita nel successivo art. 8.

La norma potrebbe esser così riformulata:

Articolo 7

Opposizione alla rimozione selettiva

- 1. Nel caso in cui il fornitore di servizi di media audiovisivi (o il prestatore del servizio) abbia accolto la richiesta di rimozione di cui all'art. 6 ed il contenuto oggetto di notifica sia stato rimosso, il fornitore del contenuto, ove ritenga che esso sia stato rimosso ingiustificatamente, può presentare opposizione alla rimozione del contenuto utilizzando il modulo redatto secondo il facsimile di cui all'allegato 2 al presente regolamento e reso disponibile sul sito dell'Autorità.**
- 2. Il soggetto a cui sia stata trasmessa l'opposizione ne dà comunicazione al segnalante di cui all'articolo 6, trasmettendo copia della opposizione entro 48 ore. Il soggetto che ebbe ad effettuare la notifica ha la facoltà di presentare le proprie controdeduzioni nel termine di giorni 4 dalla ricezione dell'avviso.**
- 3. Il fornitore del servizio di media audiovisivo o radiofonico (o il gestore del sito), se del caso, provvede al ripristino del contenuto segnalato entro dieci giorni dall'opposizione di cui al comma 1, ferma restando la possibilità per il segnalante di cui all'articolo 6 di trasmettere una richiesta di rimozione all'Autorità che provvede secondo quanto previsto alla Sezione II del presente Capo, impregiudicato il diritto di rivolgersi all'Autorità giudiziaria.**

* * *

Articolo 8

Segnalazione all'Autorità

- 1. In caso di mancata rimozione del contenuto ai sensi dell'articolo 6, il titolare del diritto d'autore o di copyright, entro sette giorni dalla scadenza del termine di cui all'articolo 6, comma 3, anche attraverso organismi associativi, può investire della questione l'Autorità, inviando una circostanziata segnalazione, utilizzando, a pena di inammissibilità, il facsimile di cui all'allegato 3 al presente regolamento e reso disponibile sul sito internet dell'Autorità alla sezione dedicata alla tutela del diritto d'autore.*
- 2. In caso di mancato ripristino del contenuto ai sensi dell'articolo 7, l'uploader, entro sette giorni dalla scadenza del termine di cui all'articolo 7, comma 3, può investire della questione l'Autorità, inviando una circostanziata segnalazione, utilizzando, a pena di inammissibilità, il facsimile di cui all'allegato 4 al presente regolamento e reso disponibile sul sito internet dell'Autorità alla sezione dedicata alla tutela del diritto d'autore.*
- 3. Il deferimento della questione all'Autorità non può essere promosso qualora non si sia conclusa la procedura dinanzi al gestore del sito o al fornitore del servizio di media audiovisivo o radiofonico di cui alla Sezione I del presente Capo*

nei termini ivi indicati o se per il medesimo oggetto e tra le stesse parti sia stata già adita l'Autorità giudiziaria.

4. Qualora nel corso del procedimento di cui alla presente Sezione sia adita l'Autorità giudiziaria, la parte che l'ha adita ne informa tempestivamente l'Autorità, che archivia gli atti.

I soggetti legittimati ad attivare la procedura avanti l'Autorità saranno i medesimi che hanno esperito la procedura di rimozione volontaria per lo specifico contenuto.

La previsione espressa di improcedibilità della vertenza avanti l'Autorità in presenza di una procedura avente il medesimo oggetto e le medesime parti avanti l'Autorità Giudiziaria conferma che la legittimazione alla segnalazione deve esser conferita ai medesimi soggetti legittimati attivi ai sensi dell'art. 167 L.633/41.

Ci si chiede per altro se la pendenza di un procedimento penale per la medesima violazione oggetto dell'istruttoria avanti l'Autorità possa o debba anch'essa determinare l'archiviazione della procedura.

Per quanto si dirà nel prosieguo il dubbio non è di poco conto. Sebbene nel procedimento penale non si possa parlare di "medesime parti", essendo nel corso dell'indagine preliminare inibita la costituzione di parte civile, ed essendo meramente eventuale la partecipazione dello stesso indagato alla fase delle indagini, ragioni di economia imporrebbero comunque l'improcedibilità. La Procura della Repubblica ha infatti ampi poteri inibitori, questa volta tassativamente disciplinati da norma primaria, quali le misure cautelari reale previste dal codice di procedura penale, anche nei confronti degli intermediari che non siano direttamente responsabili della violazione. La presenza di un procedimento penale, inoltre, porta seco garanzie e facoltà in capo agli indagati incompatibili con gli obblighi di collaborazione che l'art. 9 tratteggia.

Tali dubbi interpretativi dovranno esser chiariti dall'Autorità. Al di là di quanto osservato l'art. 8 potrebbe esser così riformulato:

Articolo 8

Segnalazione all'Autorità

1. In caso di mancata rimozione del contenuto ai sensi dell'articolo 6, il soggetto legittimato che ha effettuato la notifica di violazione, entro sette giorni dalla scadenza del termine di cui all'articolo 6, comma 3, può investire della questione l'Autorità, inviando una circostanziata segnalazione, utilizzando, a pena di inammissibilità, il facsimile di cui all'allegato 3 al presente regolamento e reso disponibile sul sito internet dell'Autorità alla sezione dedicata alla tutela del diritto d'autore.

2. In caso di mancato ripristino del contenuto ai sensi dell'articolo 7, il fornitore del contenuto che ha effettuato l'opposizione alla rimozione, entro sette giorni dalla scadenza del termine di cui all'articolo 7, comma 3, può investire della

questione l'Autorità, inviando una circostanziata segnalazione, utilizzando, a pena di inammissibilità, il facsimile di cui all'allegato 4 al presente regolamento e reso disponibile sul sito internet dell'Autorità alla sezione dedicata alla tutela del diritto d'autore.

3. Il deferimento della questione all'Autorità non può essere promosso qualora non si sia conclusa la procedura dinanzi al fornitore del servizio di media audiovisivo o radiofonico (al prestatore del servizio) di cui alla Sezione I del presente Capo nei termini ivi indicati. Del pari il deferimento della questione all'Autorità non può essere promosso se per il medesimo oggetto e tra le stesse parti sia stata già adita l'Autorità giudiziaria, o se la violazione del diritto d'autore o connesso lamentata nella segnalazione sia oggetto di un procedimento penale noto alle parti.

4. Qualora nel corso del procedimento di cui alla presente Sezione sia adita l'Autorità giudiziaria, ovvero divenga nota la pendenza di un procedimento penale relativo al medesimo contenuto per la violazione lamentata, la parte che l'ha adita o ne abbia conoscenza ne informa tempestivamente l'Autorità, che archivia gli atti.

**** * ****

Articolo 9

Attività istruttoria

1. Ricevuta la segnalazione di cui all'articolo 8, la Direzione ne verifica la completezza ai fini dell'ammissibilità, l'avvenuto esperimento della procedura di cui alla Sezione I del presente Capo ai fini della procedibilità e che non siano decorsi i termini di decadenza di cui all'articolo 8, commi 1 e 2.

2. Qualora non sia soddisfatto anche uno solo dei requisiti di cui al comma precedente, la Direzione dispone l'archiviazione in via amministrativa della segnalazione.

3. Soddisfatti i requisiti di cui al comma 1 del presente articolo, la Direzione, analizzati tutti gli elementi utili acquisiti compatibilmente con la celerità della procedura, ove ravvisi la fondatezza della pretesa sulla base di una prima e sommaria cognizione dei fatti oggetto della segnalazione e ove non risultino soddisfatte le eccezioni di cui agli articoli 65 o 70 della Legge sul diritto d'autore secondo i criteri di cui all'articolo 10, notifica l'avvio del procedimento al gestore del sito o al fornitore di servizi di media audiovisivo o radiofonico.

4. La comunicazione di avvio del procedimento istruttorio contiene una sommaria esposizione dei fatti, l'indicazione della violazione accertata, dell'ufficio competente e del responsabile del procedimento al quale è possibile presentare eventuali scritti difensivi attraverso l'invio all'indirizzo di posta certificata dell'Autorità entro il termine di quarantotto ore dalla ricezione della

comunicazione di avvio e, infine, del termine di conclusione del procedimento istruttorio.

5. Qualora sia necessario acquisire ulteriori elementi di valutazione, la Direzione può chiedere ai sensi dell'articolo 1, comma 30, della legge 31 luglio 1997, n. 249, ai soggetti che ne siano in possesso, informazioni e documenti utili all'istruttoria da produrre nel termine di 5 giorni dalla richiesta.

6. Ove la Direzione accerti l'infondatezza della segnalazione, dispone l'archiviazione del procedimento istruttorio.

La norma presenta plurime criticità.

Non è infatti accettabile che la notifica dell'avvio del procedimento avvenga dopo che l'Autorità ha ravvisato <<la fondatezza>> della pretesa. Non si tratta di un procedimento *inaudita altera parte*, e dunque la notifica deve avvenire immediatamente, o al più, per meri fini deflattivi, a fronte di una valutazione di non manifesta infondatezza, anche in relazione alle eccezioni e limitazioni ai diritti di proprietà intellettuale previste dalla legge.

E' opportuno qui segnalare come l'accordo TRIPs del 15 aprile 1994 alla sezione IV della parte III (art.51 e segg.) limiti l'intervento dell'autorità amministrativa doganale unicamente alle violazioni evidenti, ovvero quando *prima facie* appaia una violazione. Qualora sia necessario valutare eccezioni o limiti, il mantenimento o l'applicazione dei vincoli è rimessa all'autorità a ciò abilitata. Per l'Italia, l'autorità giudiziaria. La previsione dovrebbe far riflettere circa l'estensione del potere di accertamento assunto a se dall'Autorità.

La stessa valutazione sul corretto esperimento della procedura di notifica o di opposizione nel caso di cui al comma 3, e di rispetto dei termini può avvenire solo a contraddittorio instaurato.

La notifica dovrà contenere ovviamente l'esposizione dei fatti e dell'oggetto come indicati dal titolare del diritto. Sarà trasmessa al destinatario l'intera documentazione prodotta dal richiedente e la violazione non sarà <<accertata>>, ma accertanda o ipotizzata.

Ma è sul contraddittorio che si incentrano le maggiori criticità.

Ancora una volta, emergono evidenti differenze a seconda che il procedimento sia attuato nei confronti di prestatori di servizi che sono direttamente responsabili dei contenuti immessi sulla rete, come i fornitori di servizi media audiovisivi o i *content provider*, rispetto ai prestatori di servizi che fungono da meri intermediari, quali gli *host provider*. Ancora una volta la divisione in "gestori di siti" e "fornitori di servizi media audiovisivi" si rivela fallace, inutile ed errata.

Quando il procedimento vede come possibile destinatario un *content provider*, il contraddittorio risulta correttamente instaurato. Il destinatario del futuro provvedimento è l'autore della ipotizzata violazione e dunque ben potrà esporre le ragioni dell'immissione in rete e della comunicazione al pubblico.

Assai differente la posizione dell'intermediario che, non essendo il fornitore del

contenuto, semplicemente ospitato o trasmesso, non potrà - e non avrà interesse alcuno a - “difenderne” la diffusione realizzata da terzi.

Ad aggravare l’assoluta inefficacia di un contraddittorio che è solo apparente vi è la previsione di un termine risibile (48 ore) per gli eventuali scritti difensivi.

Ancora una volta il Centro NEXA invita l’Autorità a riflettere sull’opportunità di emettere un regolamento unico per situazioni che in fatto e in diritto sono totalmente differenti.

Il presente regolamento dovrebbe esser limitato ai fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici, o al più ai *content provider*, portatori di responsabilità editoriali.

Qualora non si ritengano fondate le criticità esposte quanto ai diversi destinatari dei provvedimenti, sarà allora opportuno, ed anzi necessario *ex lege*, prevedere il coinvolgimento nel procedimento anche del fornitore di contenuti, sia esso un diverso ISP, sia esso un utente privato o una società commerciale.

L’art. 7 della L.241/2000 impone la comunicazione di avvio del procedimento <<ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti >> ed è difficile escludere l’*“uploader”*, rectius il fornitore dei contenuti, che è il portatore principale di quei diritti costituzionali che all’art. 2 comma 2 sono richiamati a guida dell’operato della stessa Autorità.

Nel caso di contenuti forniti al prestatore di servizi (gestore del sito) da terzi, la valutazione della ipotizzata violazione e dunque anche la sussistenza o meno di una libera utilizzazione o di un’eccezione alla privativa, necessariamente deve coinvolgere colui che ha potenzialmente commesso la violazione. Proprio il richiamo alle libere utilizzazioni e la predisposizione di un articolo *ad hoc* sul punto evidenzia la necessità di un contraddittorio pieno con il responsabile della diffusione e comunicazione del contenuto che ha dato origine al procedimento. Sul punto si veda quanto osservato all’art. 10.

Il Centro NEXA non ritiene di poter indicare una formulazione alternativa dell’articolo in parola.

L’intero procedimento avanti l’Autorità soffre infatti di una errata impostazione di base, che non consente emendamenti.

* * *

Articolo 10

Criteri di valutazione delle eccezioni degli articoli 65 e 70 della legge n. 633/41

1. Le eccezioni di cui all'articolo 9, comma 3, sono valutate dall'Autorità tenendo

conto dei seguenti criteri:

- a) l'uso didattico e scientifico;*
- b) l'esercizio del diritto di cronaca, di commento, di critica e di discussione nei limiti dello scopo informativo e dell'attualità;*
- c) l'assenza della finalità commerciale e dello scopo di lucro;*
- d) l'occasionalità della diffusione, la quantità e qualità del contenuto diffuso rispetto all'opera integrale che non pregiudichi il normale sfruttamento economico dell'opera.*

2. L'impiego di contenuti protetti per le finalità di cui al precedente comma è accompagnato dalle informazioni relative alla paternità dell'opera, ove reperibili.

La finalità dell'articolo appare oscura.

Se da un lato, per quanto è dato leggere nel testo della delibera che dà atto della precedente consultazione, il fine parrebbe esser quello di conferire all'Autorità una maggiore ampiezza nella valutazione delle eccezioni ai diritti esclusivi ad ampia tutela delle libertà di espressione, la lettura dell'articolo indica l'esatto opposto.

Al di là dell'illegittimità tanto di un ampliamento quanto di un maggior rigore rispetto a quanto contenuto nelle norme primarie di rango superiore di cui alla L.633/41, basti qui osservare come << l'assenza della finalità commerciale e dello scopo di lucro >> sia criterio del tutto estraneo alla disciplina primaria e soprattutto fonte (e prova) di ulteriore confusione.

Se per fini di cronaca o di critica, e ovviamente di didattica e di studio, è lecito riprodurre opere o parti delle stesse anche a fini di lucro, non è chiaro a quale soggetto tale finalità debba appartenere. Nulla quaestio nel caso di *content provider*, sebbene il fine commerciale sia del tutto inconferente ai fini della sussistenza dell'eccezione. Ma nel caso di un fornitore di contenuti che non sia anche il destinatario dei provvedimenti, la valutazione su chi andrà compiuta? Non certo sul prestatore del servizio, mero intermediario della comunicazione, che ovviamente usualmente e lecitamente lucra sul proprio servizio, direttamente dall'utente o indirettamente, con introiti pubblicitari, come nel caso di *host gratuiti*.

Ma tale valutazione come può esser esperita in un procedimento che non vede l'autore della presunta violazione come parte del procedimento?

Altrettanto falsante il riferimento all'occasionalità della diffusione. Evidentemente ci si riferisce non tanto all'occasionalità della <<diffusione>>, ma all'occasionalità della "violazione". Criterio che presuppone però di esser, ancora una volta, di fronte ai responsabili della condotta incriminata: cosa che, quanto meno per i servizi di cui agli artt. 14, 15, 16 non sussiste salva la complessa ipotesi del concorso ex art. 110 c.p. con il fatto dell'utente.

La norma tradisce una pericolosa commistione tra la responsabilità per la violazione che giustifica l'ordine di rimozione, propria dei content provider, e la

possibilità prevista astrattamente dal D.L.vo 70/2003 di inibire la diffusione di contenuti “abusivi” nei confronti di soggetti che della violazione non sono responsabili, essendo meri intermediari della comunicazione.

Pur comprendendo le buone intenzioni che hanno indotto l'autorità alla formulazione dell'art. 10, lo stesso pare al Centro NEXA assolutamente inaccettabile.

* * *

Articolo 11

Avvio del procedimento e adeguamento spontaneo

- 1. Qualora non sia stata disposta l'archiviazione in via amministrativa ai sensi dell'articolo 9, comma 6, la Direzione, entro dieci giorni dall'avvio del procedimento istruttorio, trasmette al destinatario della comunicazione di avvio del procedimento le risultanze istruttorie, nelle quali è fatta menzione della possibilità di procedere all'adeguamento spontaneo entro il termine di quarantotto ore dalla notifica delle medesime, con l'avviso che, in caso di mancato adeguamento, la Direzione trasmetterà gli atti all'organo collegiale per l'adozione dei provvedimenti di sua competenza, ai sensi dei successivi articoli 13 e 14.*
- 2. Le risultanze istruttorie di cui al comma 1 sono notificate all'indirizzo di posta elettronica indicato nella segnalazione di cui all'articolo 8. Ove il destinatario delle risultanze istruttorie si determini all'adeguamento, ne darà comunicazione alla Direzione contestualmente e comunque non oltre le quarantotto ore.*
- 3. A seguito dell'intervenuto adeguamento, la Direzione provvede all'archiviazione in via amministrativa e periodicamente trasmette all'organo collegiale un'informativa relativa ai procedimenti archiviati ai sensi del presente comma.*
- 4. In caso di mancato adeguamento spontaneo o di mancata comunicazione ai sensi del comma 2, la Direzione trasmette gli atti all'organo collegiale ai sensi dell'articolo 12.*
- 5. Il termine per l'adozione del provvedimento finale è di venti giorni decorrenti dalla notifica delle risultanze istruttorie di cui al comma 1. I termini sono sospesi per non più di quindici giorni nel caso in cui sia necessario svolgere ulteriori approfondimenti istruttori di cui al precedente comma.*

La norma è singolare, poiché più che l'avvio del procedimento, la stessa pare esser la conclusione della una prima fase sommaria di accertamento. La Direzione, se non archivia, ordina di fatto la rimozione “spontanea” in 48 ore, avvisando che decorso tale termine l'Organo Collegiale dell'Autorità delibererà un provvedimento definitivo, al cui mancato adeguamento seguiranno, per i prestatori con nome a dominio registrato in Italia, sanzioni amministrative.

L'invio delle risultanze istruttorie, cui non segue alcun ulteriore contraddittorio,

segna la chiusura e non l'avvio, della fase valutativa della Direzione.

Poiché la Direzione ha ritenuto sussistente la violazione, ci si chiede a questo punto come possa l'Autorità di vigilanza non trasmettere alla Polizia giudiziaria (ex art. 182 ter L.633/41) o direttamente all'Autorità giudiziaria competente (ex art.331 c.p.p.) la notizia criminis ufficialmente acquisita, autoestinguendo, per così dire, tutti i procedimenti.

Come già osservato, chi, a qualsiasi scopo e in qualsiasi forma, senza averne diritto, "mette a disposizione del pubblico, immettendola in un sistema di reti telematiche mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta, o parte di essa" commette un reato, più o meno grave a seconda dell'elemento soggettivo che sorregge l'azione (artt. 171, 171 ter comma 2 L. 633/41). Tutti i reati sono procedibili d'ufficio (perché così hanno sempre voluto i titolari dei diritti) e *ad abundantiam*, sono anche sanzionati amministrativamente, dall'art. 174 bis, ma non da AGCom ma dalle Prefetture cui deve esser trasmessa la notizia della violazione.

Non pare sussistano spazi residuali tra la violazione del diritto di cui all'art.16 L.644/41 e le responsabilità penali e amministrative previste nella sezione II del capo III, del titolo III della medesima legge.

Al di là dell'omissione di atti d'ufficio per ragioni di giustizia (art.328 c.p.), l'Autorità, seppur con tutte le buone intenzioni del caso e per ragioni tutto sommato condivisibili, scardina in un sol colpo il rigoroso e severo (per quanto oggettivamente inefficace) sistema di tutela penale e amministrativa contenuto nella Legge 633/41.

La scelta di render perseguibile d'ufficio e non a querela i reati a tutela delle privative patrimoniali in particolare dei titolari di diritti connessi è stata da sempre propugnata e difesa da questi ultimi, timorosi di veder attenuare con la procedibilità su richiesta di parte il rigore della legge e l'efficacia preventiva e dissuasiva della tutela.

Oggettivamente sarebbe più razionale e condivisibile un sistema di tutela che conferisca ai titolari la scelta se procedere o meno penalmente: i diritti di sfruttamento economico, ed in particolare i diritti connessi sono infatti di diritti patrimoniali disponibili. Ma così non è.

La scelta di sanzionare penalmente ogni possibile violazione dei diritti conferiti, per qualsivoglia scopo e da chiunque commessa è stata un'infruttuosa battaglia degli stessi soggetti che oggi chiedono all'Autorità di procedere con discrezione e al di fuori degli obblighi di legge, purché sia celermente.

Il punto nodale, e crediamo insuperabile, è che un regolamento amministrativo non può porsi in contrasto con un sistema legislativamente definito e compiuto, derogando a chiare disposizioni di legge. E ciò per quanto si possa esser concordi nel ritenere tale sistema eccessivo e soprattutto inefficace. Senza una riforma organica ed una legge, il regolamento non riesce ad inserirsi armonicamente nel quadro normativo di tutela del diritto d'autore.

Anche questo articolo non può esser emendato senza stravolgere e vanificare le finalità non condivise della procedura.

* * *

Articolo 13

Provvedimenti nei confronti di soggetti localizzati in Italia

- 1. L'organo collegiale può ordinare ai gestori di siti i cui nomi di dominio siano stati registrati da un soggetto residente o stabilito in Italia, la rimozione selettiva dei contenuti oggetto di segnalazione che siano stati diffusi in violazione delle norme sul diritto d'autore;*
- 2. L'organo collegiale può ordinare ai fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici soggetti alla giurisdizione italiana la cessazione della trasmissione o della ritrasmissione di programmi audiovisivi diffusi in violazione delle norme sul diritto d'autore.*
- 3. Nei casi di cui ai commi 1 e 2, l'organo collegiale può altresì ordinare di dare evidenza di tale circostanza con le modalità all'uopo individuate in presenza di reiterata violazione accertata dall'Autorità.*

Articolo 14

Provvedimenti dell'Autorità nei confronti di soggetti localizzati all'estero

- 1. L'organo collegiale può adottare nei confronti dei gestori di siti i cui nomi di dominio siano stati registrati da un soggetto non residente o non stabilito in Italia e che diffondano contenuti in violazione del diritto d'autore, la cui fruizione è destinata al pubblico italiano, i seguenti provvedimenti:*
 - a) richiamare i gestori dei siti al rispetto della Legge sul diritto d'autore;*
 - b) ove la violazione persista nonostante il richiamo di cui alla lettera a) oltre quindici giorni dal richiamo medesimo, richiedere la rimozione selettiva dei contenuti oggetto di segnalazione che siano stati diffusi in violazione delle norme sul diritto d'autore;*
 - c) ove la violazione persista nonostante la richiesta di rimozione di cui alla lettera b) nei termini ivi indicati, segnalare il caso all'Autorità giudiziaria per gli*

adempimenti di competenza.

2. L'organo collegiale può ordinare al fornitore di servizi di media audiovisivi o radiofonici attivo in Italia la cessazione della trasmissione o della ritrasmissione di programmi audiovisivi diffusi in violazione delle norme sul diritto d'autore.

Gli articoli 13 e 14 possono esser trattati congiuntamente.

La categoria del “gestore del sito” in se, e quale alternativa al fornitore di servizi media audiovisivi è già stata oggetto di critica, in particolare nelle osservazioni all’art.1.

Negli articoli in commento le perplessità sono acute in ragione della singolare distinzione che viene creata in relazione al paese di residenza di un terzo soggetto, ovvero l’intestatario del nome a dominio utilizzato dal gestore del sito (rectius dal prestatore del servizio).

L’individuazione del titolare del nome a dominio, e della sua residenza, se appare agevole formalmente, crea un discrimine del tutto inaccettabile nella forma e nel contenuto dei provvedimenti, poiché del tutto arbitrario, sganciato da qualsivoglia logica giuridica e agevolmente aggirabile.

Molto spesso il titolare del nome a dominio non ha alcun ruolo nella “gestione del sito” e dei contenuti, ospitati su piattaforme multilivello, né è soggetto che riveste necessariamente ruoli di responsabilità nella fornitura dei molteplici servizi offerti.

Come più volte ribadito la distinzione tra “gestori” e “fornitori di media audiovisivi” deve esser abbandonata. Con il “gestore del sito” deve esser abbandonata anche la singolare determinazione di differente procedura e potestà sanzionatoria legata al titolare del nome a dominio.

Il Centro Nexa ribadisce che solo nei confronti dei fornitori di servizi media audiovisivi sussiste allo stato un potere regolamentare dell’Autorità in virtù delle innovazioni introdotte dal Decreto Romani: l’art. 32 bis, richiamato anche al comma 8 dell’art.1 del Testo Unico, sebbene sia norma affetta da evidente incostituzionalità per eccesso di delega, conferisce oggi poteri regolamentari e provvedimentali nei confronti di determinati soggetti per i contenuti audiovisivi. E’ però singolare che nel regolamento l’Autorità si sia discostata anche da tali norme nella previsione dei provvedimenti.

Preso atto della tetragona volontà ribadita dall’Autorità di accertare e reprimere le violazioni alla L.633/41 per tutti i contenuti circolanti sull’intera rete di comunicazione elettronica, risulta peraltro oscura la ragione per cui non si è affiancata al fornitori di media audiovisivi la nozione di “prestatore di servizi” di cui al D.L.vo 70/2003. E’ difficile ipotizzare un “gestore del sito” che non sia un “prestatore di servizio della società dell’informazione”

La direttiva 2000/31 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, al considerando 19) chiarisce come il luogo di stabilimento del prestatore va determinato in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, secondo la quale la nozione di stabilimento implica l'esercizio effettivo di un'attività per una durata di tempo indeterminata mediante l'insediamento in pianta stabile.

Precisa la direttiva, che il luogo di stabilimento, per le società che forniscono servizi tramite Internet, non è là dove si trova la tecnologia del supporto del sito né là dove esso è accessibile, bensì il luogo in cui tali società esercitano la loro attività economica.

Per quale ragione l'Autorità determini una competenza totalmente slegata, non solo dalla violazione e dal responsabile della stessa, ma altresì svincolata dal servizio della società dell'informazione che ha contribuito fattualmente alla diffusione del contenuto illegale non solo non è chiaro, ma è fonte di incomprensibili disparità di trattamento, ed è foriera di facili prassi elusive.

Un'ultima annotazione è opportuna in relazione alla prevista <<segnalazione all'Autorità giudiziaria per gli adempimenti di competenza>> di cui alla lettera c) dell'art. 14.

Per quanto è dato comprendere, solo a questo punto, e solo nei confronti dei siti il cui nome a dominio sia stato registrato da un soggetto non residente o non stabilito in Italia, l'Autorità sua sponte invia gli atti alla Procura competente. E' infatti la magistratura inquirente penale l'unico possibile destinatario della accertata violazione, posto che l'autorità giudiziaria civile non può certo ravvisare in capo all'Autorità una legittimazione attiva in nome e per conto dei titolari delle private.

L'intero regolamento sembrerebbe dunque culminare con la seguente inaccettabile situazione di fatto: gli italiani sono graziati, e per essi l'Autorità si arroga il diritto di render facoltativa l'azione penale a fronte di un illecito costituente per la legge italiana reato.

Per gli stranieri, si proceda penalmente.

Davvero una significativa novità nel panorama normativo, soprattutto se attuata con un regolamento di una autorità amministrativa indipendente.

* * *

CAPO IV ATTIVITÀ DI VIGILANZA

Articolo 15 ***Vigilanza***

1. *L'Autorità vigila sul rispetto delle disposizioni del presente regolamento e verifica la concreta attuazione dei provvedimenti di cui agli articoli 13 e 14.*
2. *Qualora il soggetto destinatario delle misure di cui all'articolo 13 non ottemperi all'ordine si applica la sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'articolo 1, comma 31, della legge 31 luglio 1997, n. 249.*
3. *Ai sensi dell'articolo 1, comma 26, della legge 31 luglio 1997, n. 249, i ricorsi avverso i provvedimenti dell'Autorità rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. La competenza di primo grado è attribuita in via esclusiva e inderogabile al Tribunale amministrativo regionale del Lazio*

I soggetti che non ottemperano agli ordini e alle diffide dell'Autorità, impartiti ai sensi della L. 31 luglio 1997, n. 249 istitutiva dell'Autorità, sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria da lire venti milioni a lire cinquecento milioni. Questo il precetto contenuto al comma 31 della medesima legge, che dovrebbe sanzionare l'omessa rimozione dei contenuti ritenuti dall'Autorità in violazione dei diritti d'autore. .

Poiché per le sanzioni amministrative vige il principio di legalità da cui come noto discende il principio di tassatività, è davvero difficile applicare la norma agli ordini di rimozione emessi ai sensi dell'art. 13 del regolamento emanando.

L'art 1 della legge 689/1981 recita:

Principio di legalità.

Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione.

Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati .

E' indiscusso che dal principio di legalità consacrato nell'art. 1 della L.689/81 discendono anche per le sanzioni amministrative, per legge ordinaria, i principi di tassatività, con il corollario divieto di interpretazione analogica, di determinatezza, di precisione (cfr. Corte Cost. 1981/96; Corte Cost. 1995/34).

E' vero che tale principio, non essendo legato all'art. 25 Cost. come avviene per le fattispecie penali ma dall'art. 23 Cost. è assai meno rigido, ed è usuale e pacificamente ammesso che a fronte di una legge "in bianco", i precetti siano integrati anche da norme di secondo grado o regolamentari, ma nel caso di specie è proprio la norma primaria invocata a delimitare i poteri sanzionatori ai soli provvedimenti impartiti ai sensi della L. 31 luglio 1997, n. 249.

Che il regolamento in oggetto non sia emesso in forza della legge istitutiva dell'ente è evidente, né valgono a colmare tale carenza i compiti di cui all'art. 182 bis L.633/41 inseriti all'art. 1 comma 6 lett.b) n 4-bis, che non prevedono alcun potere provvedimentale o regolamentare, ma di mera vigilanza.

La norma deve esser espunta.

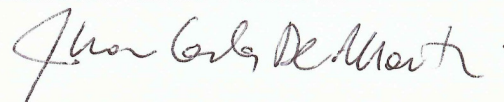
Torino, 13 settembre 2011

Con osservanza

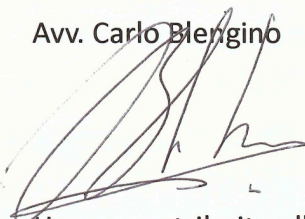
Prof. Marco Ricolfi



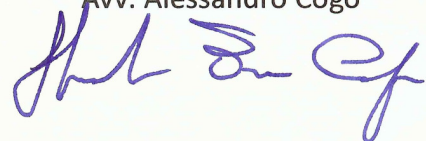
Prof. Juan Carlos De Martin



Avv. Carlo Blengino



Avv. Alessandro Cogo



Hanno contribuito alla stesura del presente documento:

Federico Morando, Deborah De Angelis, Angelo Maria Rovati, Andrea Rossetti, Giuseppe Vaciago, Alessandro Mantelero, Francesco Paolo Micozzi, Valentin Vitkov.