



## **DIRITTO D'AUTORE E SCHEMA DI REGOLAMENTO AGCOM: IL PUNTO.**

*Vincenza De Luca*

SOMMARIO: 1. Introduzione e quadro normativo di riferimento. – 2. La prima bozza di regolamento del 17 dicembre 2010. – 3. La successiva fase di consultazione pubblica ed i rilievi critici emersi. – 4. Il nuovo schema di regolamento. – 5. L'ulteriore fase di dibattito. – 6. Osservazioni conclusive.

1. L'evoluzione dei mezzi di comunicazione elettronica e l'irreversibile passaggio dal sistema analogico al sistema digitale hanno imposto la ricerca di nuovi equilibri tra la normativa in tema di diritto d'autore e le nuove tecnologie.

Il fenomeno della digitalizzazione, infatti, ha eliminato la necessità di incorporare l'opera in un supporto materiale (cd. *corpus mechanicum*), permettendone così l'immediata trasmissione, riproduzione e fruizione in condizioni tecnicamente ed economicamente ottimali direttamente su un terminale abilitato<sup>1</sup>.

Tuttavia, le possibilità offerte dalla tecnologia aumentano il rischio che la circolazione dei contenuti avvenga senza che i legittimi titolari di questi possano esercitare un controllo effettivo e percepirne un'adeguata remunerazione.

E' emersa pertanto l'esigenza di adattare il diritto d'autore alle mutate modalità di fruizione dei contenuti in Rete, al fine di garantire le remunerazioni spettanti agli autori e permettere il recupero degli investimenti effettuati dalle industrie di settore.

In tale contesto, più parti hanno evidenziato la necessità di dover tener conto delle enormi potenzialità non solo economiche, ma anche culturali, insite nel mercato digitale che rischierebbero di essere frustrate da una normativa sbilanciata a favore dei soli autori e degli investitori e che non tenga nella giusta considerazione il diritto del consumatore all'accesso ai contenuti *online*.

Alle esigenze di libertà di iniziativa economica da parte dei fornitori di contenuti e di diritto a un equo compenso per i contenuti di cui detengono i diritti di sfruttamento, si contrappongono infatti gli interessi degli utenti a partecipare liberamente alle relazioni sociali e commerciali *online*.

Emerge così chiaramente il contrasto tra diversi interessi: da una parte quelli degli autori e degli esponenti delle industrie di settore, dall'altra quelli dell'utente *online*, che non può vedere violata la propria libertà di espressione o la *privacy*<sup>2</sup> e il diritto di accesso<sup>3</sup> ad Internet.

---

<sup>1</sup> V. MANGINI, *Manuale breve di diritto industriale*, PADOVA, 2009, pag. 82.

<sup>2</sup> E' noto il caso *Promusicae – Telefonica*, Corte di Giustizia Europea, Proc. C-275/06, col quale veniva sottoposto al giudizio della Corte di Giustizia Europea una controversia che vedeva coinvolte la Promusicae, un'associazione rappresentativa dei produttori ed editori spagnoli di registrazioni musicali e audiovisive da un lato, e Telefonica, un service provider che fornisce agli utenti un servizio di accesso ad Internet. La



In questo quadro si collocano gli aggiornamenti di disciplina effettuati a livello sovranazionale.

In particolare, in ambito comunitario<sup>4</sup> il legislatore si è sforzato di armonizzare gli interessi relativi alla tutela delle opere, l'accesso a Internet e la tutela della privacy, e in ambito convenzionale-internazionale sono stati predisposti accordi, quali il *Copyright Treaty* e il *Performances and Phonograms Treaty* adottati nell'ambito della *World Intellectual Property Organization* (WIPO) e l'*Anti-counterfeiting Trade Agreement*, questi ultimi in particolare caratterizzati dall'inserimento di nuove opere nel novero di quelle protette (come ad esempio i *software*), dal rafforzamento dei diritti di esclusiva e talvolta da limitazioni dei diritti riservati agli utenti<sup>5</sup>.

La delicatezza degli interessi in gioco non poteva esimere il legislatore nazionale dall'affrontare anch'esso, in un certo senso indirettamente, la spinosa questione : con l'art. 6

---

Promusicae sosteneva che alcuni utenti avvalendosi del sistema "peer to peer" avevano accesso a fonogrammi i cui diritti patrimoniali di utilizzo sarebbero spettati alla Promusicae. Pertanto chiedeva al service provider la comunicazione degli indirizzi IP per poter intraprendere nei confronti degli utenti così individuati le azioni risarcitorie dei danni patiti dai titolari dei diritti d'autore. La Telefonica negava l'accesso a tali dati sostenendo che, ai sensi della normativa spagnola, la comunicazione degli indirizzi IP poteva essere autorizzata esclusivamente nell'ambito delle indagini penali, per la tutela della pubblica sicurezza e della difesa nazionale. La questione veniva rimessa alla Corte di Giustizia al fine di chiarire se la normativa comunitaria imponesse agli Stati membri l'obbligo di comunicazione dei dati personali nel contesto di un procedimento civile. La Corte osservava che le misure necessarie per la protezione dei diritti e delle libertà altrui figuravano tra le deroghe consentite dalle direttive sulla tutela dei dati personali. Poiché la direttiva non specifica i diritti e le libertà oggetto di tale deroga, essa doveva essere interpretata in modo da esprimere la volontà del legislatore comunitario di non escludere dal suo ambito di applicazione la tutela del diritto di proprietà né le situazioni in cui gli autori mirano ad ottenere tale tutela nel contesto di un procedimento civile. Pertanto da un lato essa non escluderebbe la possibilità di istituire l'obbligo di divulgare dati personali nell'ambito di un procedimento civile, dall'altro, non impone agli Stati membri di prevedere questo obbligo. Inoltre la Corte constatava che le stesse direttive in materia di proprietà intellettuale non richiedono, per garantire l'effettiva tutela del diritto di autore, la previsione dell'obbligo di comunicare dati personali nell'ambito di un procedimento civile. La soluzione della controversia richiedeva dunque il temperamento degli obblighi connessi alla tutela di diversi diritti fondamentali: da una parte, il rispetto della *privacy* e dall'altra, i diritti posti a tutela della proprietà.

Alla luce di queste osservazioni la Corte invitava gli Stati membri, in occasione della trasposizione delle direttive, a garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti in materia di proprietà intellettuale e di tutela della *privacy* previsti dall'ordinamento giuridico comunitario.

<sup>3</sup> L'esigenza di accesso proviene principalmente dalla comunità scientifica e di ricerca e ha ad oggetto la diffusione e la fruizione senza scopo di lucro dei contenuti per finalità di studio, ricerca, insegnamento (si veda anche il *considerando* 4 della Direttiva 140/2009/CE, secondo cui Internet è essenziale per l'istruzione e l'esercizio pratico della libertà di accesso all'informazione).

<sup>4</sup> In particolare con le Direttive nn. 2000/31/CE in materia di commercio elettronico, 2001/21/CE e 2000/29/CE in tema di armonizzazione del diritto d'autore e diritti connessi alla società d'informazione, 2004/48/CE (cd. "direttiva *Enforcement*"), che hanno completato il piano sanzionatorio delle condotte poste in essere in violazione dei diritti di proprietà industriale e, più recentemente, con le Direttive nn. 140/2009/CE e 136/2009/CE, che hanno ribadito le garanzie in favore degli utenti.

<sup>5</sup> Si veda F. MACALUSO, *Distribuzione di contenuti digitali in rete*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, MILANO, Anno XXIV, Fasc. 4-2010.



del d.lgs. 15 marzo 2010 (cd. decreto Romani) l'AGCOM è stata delegata ad emanare un regolamento in materia, denominato *“Lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica”*<sup>6</sup>.

L'art. 6 del decreto Romani si applica solo nei confronti dei fornitori di contenuti audiovisivi, l'AGCOM, tuttavia, ha precisato che *“per i siti gestiti da privati, ma intesi a favorire l'accesso non autorizzato di materiale protetto da copyright, soccorre la generale competenza dell'Autorità in fatto di prevenzione ed accertamento delle violazioni posta dall'art. 182 bis della legge n. 633/41, e ciò anche a prescindere dal possesso del titolo autorizzatorio per la fornitura di servizi di media audiovisivi”*.

2. Nel primo testo predisposto con delibera n. 668/10/CONS del 17 dicembre 2010, l'AGCOM si premura dunque di delineare la propria area di competenza in materia di diritto d'autore, consapevole che i confliggenti interessi oggetto di regolamentazione meriterebbero *“una revisione complessiva delle norme sul diritto d'autore”* stante l'inadeguatezza della normativa vigente, peraltro segnalata al Parlamento e al Governo.

L'Autorità, premettendo che *“qualunque politica o intervento di contrasto della pirateria non può prescindere dalla coeva promozione di misure finalizzate a favorire l'offerta legale di contenuti accessibili ai cittadini: politiche che guardino ad uno solo di questi due aspetti sono destinate a fallire, come dimostra l'inefficacia delle misure tecniche di contrasto alla pirateria”*, procede ad illustrare le sue proposte d'intervento volte sia alla promozione e allo sviluppo dell'offerta legale sul mercato<sup>7</sup> che alla tutela del diritto d'autore (cd. di misure di *enforcement*).

Sono state proprio queste ultime a suscitare un ampio dibattito, non ancora sopito, tra gli addetti ai lavori ma anche tra gli utenti stessi del Web.

L'Autorità, infatti, pur sostenendo di dover operare un bilanciamento tra la tutela del diritto d'autore e di proprietà intellettuale e il valore costituzionalmente tutelato della libertà di espressione, individua una procedura di *“notice and take down”* analoga a quella adottata negli Stati Uniti con il *Digital Millennium Copyright Act* del 1998<sup>8</sup>.

L'AGCOM ha ritenuto che tale meccanismo potesse essere compatibile con i criteri di semplicità, celerità e proporzionalità cui debbono ispirarsi gli strumenti di tutela del diritto d'autore *online* e ha previsto che tutte le fasi siano integrate dalla propria attività di garanzia e vigilanza.

In particolare, nella bozza del dicembre 2010, ha previsto che i titolari dei diritti e tutti gli altri soggetti autorizzati possano segnalare la violazione del *copyright* al gestore del sito o al

<sup>6</sup> Si veda l'Allegato B alla Delibera AGCOM n. 668/10/CONS del 17 dicembre 2010.

<sup>7</sup> Si veda l'Allegato B alla Delibera 668/2010/CONS del 17 dicembre 2010, pagg. 7-12.

<sup>8</sup> Tale meccanismo prevede che il soggetto titolare del *copyright* possa segnalare al gestore del sito la pubblicazione di un contenuto in violazione dei propri diritti chiedendone la rimozione. A seguito della segnalazione, il gestore del sito, previo contatto con il soggetto che ha caricato il contenuto in questione e se la richiesta è fondata, procede alla rimozione. Il soggetto che ha caricato il contenuto può, a quel punto, presentare una contro-notifica (*counter-notice*), qualora ritenga di non aver violato alcun diritto sul *copyright*. In caso di eventuale controversia, la questione viene rimessa all'Autorità giudiziaria.



fornitore del servizio di media audiovisivo. Questi ultimi, se la richiesta è fondata e dopo aver eventualmente contattato il soggetto che ha caricato il contenuto illecito, devono rimuovere il contenuto entro 48 ore decorse le quali, in caso di mancata rimozione, il titolare del diritto può rivolgersi all'Autorità.

All'esito di una verifica in contraddittorio con le parti coinvolte, da concludersi entro un termine di cinque giorni, l'Autorità può ordinare l'immediata rimozione del materiale trasmesso in violazione.

Seguirebbe poi una fase di monitoraggio del rispetto dell'ordine di rimozione e l'eventuale applicazione di sanzioni in caso di reiterata ottemperanza.

In aggiunta al meccanismo *segnalazione- verifica- eventuale provvedimento inibitorio*, il Garante ha previsto la possibilità di ordinare la rimozione integrale dei contenuti illeciti ospitati, nel caso in cui la finalità del sito sia esclusivamente di diffusione di contenuti in violazione del diritto d'autore o i cui *server* siano situati al di fuori del territorio nazionale.

A tal fine, l'AGCOM ha previsto due modalità alternative di attuazione: o mediante la predisposizione di una lista di siti illegali (cd. *black list*) da mettere a disposizione degli *Internet Service Provider* o per mezzo dell'inibizione del nome del sito web ovvero dell'indirizzo IP, analogamente a quanto già avviene per l'offerta *online* di giochi, scommesse e lotterie senza autorizzazione o nei casi di pedopornografia.

3. All'esito della consultazione pubblica indetta all'indomani dell'approvazione della delibera n. 668/2010, gli *stakeholder* e i comuni utenti della Rete non hanno mancato di evidenziare alcuni profili di problematicità che hanno contribuito a rendere ulteriormente vivace il dibattito sui lineamenti di provvedimento stilati dall'AGCOM.

E' stato evidenziato in primo luogo l'assenza di legittimazione in capo all'Autorità nel predisporre la procedura di *notice and take down*: essa infatti è prevista dalle normative europee solo a seguito di richiesta dell'autorità giudiziaria.

In particolare, non si rinviene una base normativa che esplicitamente giustifichi l'attribuzione in capo all'AGCOM di quei poteri sanzionatori che essa ha previsto con lo schema di provvedimento: l'art. 182 *bis* della legge n. 633 del 1941 attribuisce all'Authority il potere di vigilanza, in concorrenza con la SIAE, nell'ambito delle violazioni del diritto d'autore al fine di prevenire e accertare le infrazioni.

La normativa vigente dunque non le assegna esplicitamente alcun potere sanzionatorio, se non limitatamente a quanto previsto dal decreto Romani con riguardo, però, al solo settore audiovisivo.

Pertanto, al di fuori della disciplina dei media audiovisivi, l'AGCOM sarebbe sprovvista di potere sanzionatorio: non sarebbe dunque rispettato il principio di stretta legalità che vige



nel nostro ordinamento sia per le sanzioni derivanti da illecito penale che per quelle amministrative<sup>9</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, si può dunque ritenere che i provvedimenti sanzionatori AGCOM rischierebbero di essere impugnati perché inficiati da violazione di legge ed eccesso di delega. Né, d'altro canto, si potrebbe far riferimento alla cd. "teoria dei poteri impliciti", valida per il potere regolamentare delle Autorità Amministrative Indipendenti, ma non per quello provvedimentale<sup>10</sup>.

Inoltre, molti dei partecipanti alla consultazione hanno espresso perplessità relativamente ai tempi troppo brevi previsti dalla bozza: il termine di 48 ore, previsto per la rimozione del contenuto asseritamente illecito, non produrrebbe altro risultato che l'immediata cancellazione del contenuto oggetto della segnalazione a prescindere dalla fondatezza della domanda; a molti addetti ai lavori è parso ugualmente riduttivo e poco rispettoso di un effettivo contraddittorio il termine di cinque giorni previsto per la conclusione dell'istruttoria innanzi all'AGCOM.

La stessa proposta di predisposizione di una *black list* da parte dell'AGCOM parrebbe confliggere con quanto disposto dall'art. 1 co. 5 e 6 della legge n. 128/2004, ai sensi del quale tale attività spetta all'autorità giudiziaria e alle autorità di polizia<sup>11</sup>.

4. L'Autorità, tenendo conto di queste e di altre osservazioni e critiche avanzate dalle parti intervenute alla fase di consultazione pubblica<sup>12</sup>, ha rielaborato lo schema di

---

<sup>9</sup> Art. 1 della legge n. 689 del 1981: "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".

<sup>10</sup> "Quando si tratta non di potere regolamentare, ma di poteri provvedimentali, la loro individuazione ed enucleazione deve infatti rispondere a regole rigorose, tali da garantire l'ossequio al principio di tipicità. Non è cioè sufficiente la fissazione dell'obiettivo da raggiungere, ovvero sia lo scopo da perseguire. Il principio di tipicità non vuol dire però esclusione di ogni potere implicito, ma vuol dire che *l'attribuzione di tale potere deve essere ricavata non dal criterio finalistico, ma dal sistema normativo in cui questo potere si radica* (MORBIDELLI)", CHIEPPA-GIOVAGNOLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, MILANO, 2011, pag. 469.

<sup>11</sup> Art. 1 co. 5 e 6 della legge 22 maggio 2004, n. 128: "5. A seguito di provvedimento dell'autorità giudiziaria, i prestatori di servizi della società dell'informazione, di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, comunicano alle autorità di polizia le informazioni in proprio possesso utili all'individuazione dei gestori dei siti e degli autori delle condotte segnalate. 6. A seguito di provvedimento dell'autorità giudiziaria, per le violazioni commesse per via telematica di cui al presente decreto, i prestatori di servizi della società dell'informazione, ad eccezione dei fornitori di connettività alle reti, fatto salvo quanto previsto agli articoli 14, 15, 16 e 17 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, pongono in essere tutte le misure dirette ad impedire l'accesso ai contenuti dei siti o a rimuovere i contenuti medesimi".

<sup>12</sup> Tra i contributi pervenuti e indicati nella delibera n. 398/2011: l'Associazione editori software videoludicoitaliana, l'Associazione italiana editori, l'Associazione Italiana Internet Provider, l'Associazione Nazionale Industrie Cinematografiche Audiovisive e Multimediali, l'Associazione Nazionale Produttori Autori Disc, l'Associazione Nazionale video noleggiatori italiani, l'Associazione produttori televisivi, l'Associazione content service provider, l'Associazione ridistributori del settore home entertainment, l'Assotelecomunicazioni, la Business Software Alliance, la camera di commercio USA, lo studio legale CBM & partners, Confindustriacultura, Confindustria sistemi innovativi e tecnologici, EMI Music Italy, la Federazione



regolamento, approvato in allegato alla delibera n. 398/11/CONS il 6 luglio 2011, intitolata “*Consultazione pubblica sullo schema di regolamento in materia di diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*”: anche questo provvedimento, infatti, è stato sottoposto ad una nuova fase di audizioni<sup>13</sup>, al fine di consentire un'ulteriore occasione di confronto tra le parti interessate.

Nel presentare il nuovo schema di regolamento, il Presidente dell'Autorità, Corrado Calabrò, ha parlato di un testo “*attentamente riconsiderato, dal quale sono state eliminate ambiguità e possibili criticità, fugando così qualsiasi dubbio sulla proporzionalità e sui limiti dei provvedimenti dell'Autorità e sul rapporto tra l'intervento amministrativo e i preminenti poteri dell'Autorità giudiziaria*”.

Il nuovo testo mantiene la suddivisione in due parti, una rivolta ad iniziative di carattere promozionale e l'altra alle misure di *enforcement*.

Con la prima parte l'AGCOM fa riferimento alle misure necessarie allo sviluppo dell'offerta legale e alla promozione dell'accesso ai contenuti per mezzo di vari strumenti: “*misure di sostegno allo sviluppo dei contenuti digitali e delle soluzioni idonee alla riduzione delle barriere normative, elaborazione di codici di condotta dei gestori dei siti e dei fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici, promozione di accordi tra produttori e distributori per la riduzione delle finestre di distribuzione, e la messa a disposizione di contenuti con modalità di acquisto semplificate e a costi contenuti, promozione di accordi tra operatori volti a semplificare la filiera di distribuzione dei contenuti digitali relativi alle nuove modalità di sfruttamento favorendo l'accesso ai contenuti premium, l'individuazione di criteri e procedure per l'adozione di accordi collettivi di licenza, la realizzazione di campagne di educazione alla legalità nella fruizione dei contenuti e di un osservatorio per monitorare i miglioramenti della qualità e le riduzioni dei prezzi dell'offerta legale di contenuti digitali*”.

---

antipirateria audiovisiva, FASTWEB, FEDERAZIONE ITALIANA DEGLI AUTORI, la Federazione operatori web, la Federazione Editori Musicali, la Federazione media digitali indipendenti, la Federazione Italiana EditoriGiornali, la Federazione Industria Musicale Italiana, FOX, GOOGLE, il Prof. Gustavo Ghidini, il Nuovo Istituto per la tutela dei diritti degli artisti interpreti esecutori, l'Avv. Marco Provierda, Massimiliano Santoni, il Movimento per la difesa dei cittadini, MEDIASET, MICROSOFT, la Motion Picture Association of America, il centro studi NEXA Politecnico di Torino, i Produttori musicali indipendenti, RAI, RTI, SACT, SCAMBIO ETICO, la Società Italiana Autori ed Editori, SKY, THE SPACE CINEMA, Telecom Italia, Telecom Italia Media, UNIVERSALMUSIC, UNIVERSAL PICTURES, l'Unione italiana editoria audiovisiva, VODAFONE, WARNER BROS, WARNERMUSIC, WIND, l'iniziativa SITONONRAGGIUNGIBILE (che comprende Agorà digitale, Studio legale Sarzana, Assoprovider, Altroconsumo, Adiconsum), la categoria dei video noleggiatori (che comprende Alphamatic, Busterpoint, CastVideo e musica, Centro Professionale, Centro Video, Cinecittà Videoclub Sas, Dvd Planet, Effetti speciali sas, Euroself, Filminvideo, Hollywoodcinema, il grande cinema Biancavilla, il Grande Cinema di Agliozzo Gaetano, Movie 24h, Moviestation, Nonsolovideo, PCPFratelli Paolini, Planet movie, Ricupero Rocco Santi, Robovideo, Selfvideosas, Tamtam video, Tecnovideo sas, Tigervideo, Videobox snc, Videoclub93, Videoexpress, Videoline, Videomania OK, Videomusichouse, Videonauta, Videonews, Videosound, Videostore Sas, Videoteca Rocca Saverio, Videovoglia).

<sup>13</sup> La consultazione pubblica termina il 13 settembre (sessantesimo giorno di pubblicazione del provvedimento su Gazzetta Ufficiale n. 163 del 15 luglio 2011). Va tuttavia precisato che la delibera è sospesa per 90 giorni in attesa del parere UE: la Commissione Europea dovrà far pervenire le proprie osservazioni entro novembre. Oltre che alla Commissione Europea, lo schema di regolamento è stato notificato anche al *World Intellectual Property Organization* (WIPO), l'organizzazione con base a Ginevra per la tutela della proprietà intellettuale.



Inoltre, si prevede l'istituzione di un Tavolo Tecnico presso l'Autorità, che funga da sede di confronto per le categorie interessate e le associazioni di consumatori e utenti.

Tuttavia, la parte più discussa, e sulla quale l'AGCOM ha operato alcune parziali modifiche a seguito della prima fase di consultazioni, è quella avente ad oggetto le azioni di *enforcement* a tutela del diritto d'autore *online*, atteso che la maggior parte dei partecipanti alle audizioni è favorevole ad iniziative volte alla promozione e allo sviluppo dell'offerta legale di contenuti digitali.

La procedura si articola in due fasi: una relativa al procedimento dinanzi al gestore del sito e la seconda relativa al procedimento dinanzi all'AGCOM.

In primo luogo, nella fase del *notice and take down*, sono stati allungati i tempi relativi alla rimozione del contenuto violativo del diritto d'autore: se la pretesa è fondata, il gestore del sito può rimuovere il contenuto oggetto della segnalazione entro 4 giorni (e non più 48 ore, come originariamente previsto).

Anche il termine di 5 giorni per il contraddittorio dinanzi all'Autorità viene allungato a 10 giorni: nella seconda fase, infatti, qualora l'esito della procedura di *notice and take down* non sia sufficiente ai fini della tutela del diritto, la parte che si ritenga lesa potrà rivolgersi al Garante. Quest'ultimo, a seguito di un contraddittorio *trasparente* della durata di 10 giorni, potrà impartire nei successivi 20 giorni (prorogabili di altri 15) un ordine di rimozione selettiva dei contenuti illegali o, rispettivamente, di loro ripristino.

In caso di mancato rispetto dell'ordine impartito, l'AGCOM potrà irrogare le sanzioni amministrative pecuniarie previste dalla legge 31 luglio 1997, n. 249<sup>14</sup>

In risposta ai dubbi sollevati in merito ad un'arbitraria sostituzione del Garante alla competenza della Magistratura, viene riconosciuta la preminenza della sede giudiziaria e si chiarisce che la procedura prevista è alternativa e non sostitutiva di tale via e si blocca in caso di ricorso al giudice di una delle parti; inoltre i provvedimenti adottati dall'Authority saranno impugnabili dinanzi al TAR Lazio.

Di conseguenza, è venuta meno anche l'ipotesi di inserimento di una *black list*, poichè l'Autorità ritenuto di non includere negli interventi di propria competenza alcuna misura di inibizione dell'accesso ai siti, sia italiani che stranieri. Tali misure, eventualmente, spettano all'Autorità giudiziaria<sup>15</sup> su segnalazione della stessa AGCOM, ove persista la violazione

---

<sup>14</sup> Stabilite nel minimo edittale in 10.000 euro e nel massimo in 258.000 euro.

<sup>15</sup> Nel proprio intervento al Senato del 21 luglio 2011, il Presidente dell'Autorità ha richiamato la recente giurisprudenza che, sulla base del decreto legislativo n. 70 del 2003, volto a regolamentare specificamente l'attività su internet, ha ritenuto legittima la richiesta della parte lesa al prestatore del servizio di rimuovere i contenuti illegali una volta che questi vengano identificati come tali. Non si chiede all'operatore di telecomunicazioni di esercitare un controllo preventivo sui contenuti o di attribuire all'ISP una responsabilità *ex ante* di tipo editoriale, ma, una volta che questi venga reso edotto dell'illiceità dei contenuti, la mancata rimozione *ex post* determina una responsabilità nella contraffazione dei diritti di proprietà intellettuale che giustifica l'ordine all'inibizione del contenuto.

In questo senso, si vedano: Caso Pirate Bay – sentenza della III Sezione penale della Corte di Cassazione del 23 dicembre 2009; Caso FAVAP c/Telecom Italia e Caso RTI c/You Tube – ordinanze della IX Sezione civile del Tribunale di Roma del 12 e 15 dicembre 2009; caso PFA Film c/Yahoo! - ordinanza della IX Sezione



nonostante i richiami e la successiva richiesta di rimozione (Art. 14 dello Schema di Regolamento).

In ordine alla richiesta di prevedere un sistema di “*fair use*”<sup>16</sup>, l’Autorità ha osservato che nel predisporlo non si può prescindere dal quadro normativo nazionale e quindi dal sistema di eccezioni al diritto d’autore, già previsto agli artt. 65 e 70 della legge sul diritto d’autore.

Pertanto all’art. 10 dello schema di regolamento, facendo espresso riferimento alle suddette previsioni normative contenute nella legge n. 633/1941, si dispone che la procedura in esame non riguardi “*l’uso didattico e scientifico; l’esercizio del diritto di cronaca, di commento, di critica e di discussione nei limiti dello scopo informativo e dell’attualità; l’assenza della finalità commerciale e dello scopo di lucro; l’occasionalità della diffusione, la quantità e qualità del contenuto diffuso rispetto all’opera integrale che non pregiudichi il normale sfruttamento economico dell’opera*”.

L’Autorità precisa, inoltre, che l’espletamento delle proprie attività si svolgerà “nel rispetto dei diritti e delle libertà di espressione del pensiero, di cronaca, di commento, critica e discussione” e che la procedura non si rivolge all’utente finale, né interviene sulle applicazioni *peer-to-peer*<sup>17</sup>.

Infine, è stata recepita nella bozza di regolamento la proposta di inserire l’istituto della contro notifica, allo scopo di bilanciare gli interessi in gioco: a seguito della procedura di *notice and take down*, l’*uploader* potrà effettuare la contronotifica nei confronti del fornitore di servizi che abbia rimosso un contenuto da lui caricato (Art. 7 dello schema di regolamento).

In assenza di questa previsione se il gestore del sito rimuovesse il contenuto asseritamente violativo del diritto d’autore su richiesta di una parte, non vi sarebbe possibilità di replica per l’*uploader*.

---

civile del Tribunale di Roma del 20 marzo 2011; Caso RTI c/IOL - sentenza del 7 giugno 2011 del Tribunale di Milano.

<sup>16</sup> “La dottrina del *fair use*, conformemente alla normativa americana sul *copyright*, permette in casi limitati l’uso di porzioni di un’opera protetta senza il permesso del titolare. (..) Al fine di valutare se un particolare uso di un’opera sia o meno *fair use*, la sezione 107 dell’*U.S. Code* richiede la stima e il bilanciamento di quattro fattori, obbligatori, ma non esclusivi, da valutare comunque caso per caso: a) l’oggetto e la natura dell’uso, in particolare se la natura sia di carattere commerciale oppure didattica o comunque senza scopo di lucro; b) la natura dell’opera protetta; c) la quantità e l’importanza della parte utilizzata in rapporto all’insieme dell’opera protetta; d) le possibili conseguenze derivanti da tale utilizzazione sul mercato potenziale o sul valore dell’opera protetta”, N. LUCCHI, *I contenuti digitali. Tecnologie, diritti e libertà.*, MILANO, 2009, pag. 57.

<sup>17</sup> Diversamente da quanto avviene in Francia con la legge *Hadopi 2*, con la quale sono stati attribuiti poteri di polizia giudiziaria ai membri dell’Autorità, si è ammesso il ricorso ad un procedimento semplificato dinanzi ad un giudice unico che può emettere provvedimenti penali; si è inserito nel Codice della Proprietà Intellettuale una nuova norma che prevede, in caso di violazioni del diritto d’autore su internet, la pena della sospensione del servizio di accesso per un anno con divieto di stipulare altro contratto con un ISP per il medesimo periodo: la sanzione di sospensione viene poi notificata dall’Autorità all’ISP per l’effettiva sospensione del servizio.





5. Nell'ottica dell'Autorità le modifiche intervenute sullo schema di regolamento dovrebbero rappresentare un ragionevole equilibrio tra istanze diverse continuamente messe in discussione, un ulteriore passo verso il bilanciamento tra opposti interessi: una Rete libera e aperta da una parte e la protezione della proprietà intellettuale dall'altra.

Tuttavia, il dibattito non si è sopito all'indomani dell'approvazione della delibera n.398/2011: per una parte degli *stakeholder* rimangono alcune criticità, seppur alcune modifiche (l'introduzione della contro notifica e il richiamo alla dottrina del *fair use*) siano state accolte con favore.

A detta di molti operatori, lo sforzo pur ammirevole dell'Autorità di bilanciare istanze contrastanti ha prodotto una bozza di regolamento per alcuni "liberticida"<sup>18</sup>, per altri troppo blanda per poter predisporre un'efficace tutela del diritto d'autore<sup>19</sup>.

Nell'ambito delle misure di *enforcement*, i punti sui quali permangono dubbi riguardano principalmente la legittimazione dell'Agcom a emanare provvedimenti inibitori, l'effettività dell'ingresso nell'ordinamento - per mezzo dell'intervento di un'Authority- del principio del *fair use* e la ristrettezza dei tempi per la conclusione della procedura.

In particolare, come in precedenza evidenziato, una parte dei soggetti coinvolti è ferma nel ritenere che all'AGCOM spettino poteri di mera vigilanza e che non sussista una competenza generale in materia di diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica sulla base dei tre presupposti normativi da questa indicati: l'articolo 182 *bis* della Legge sul diritto d'autore, gli articoli 14, 15, 16 e 17 del D.lgs 70/2003 e, infine, l'articolo 32 *bis* del d.lgs 177/2005 (introdotto dall'articolo 6 del D.lgs 44/2010, cd. Decreto-Romani). Quest'ultima disposizione attribuisce all'AGCOM un potere provvedimentale, ma limitatamente ai fornitori dei servizi media audiovisivi<sup>20</sup>.

Oltre a ciò, l'ingresso del principio del *fair use*, seppur apprezzabile, rischia di restare inapplicato: poiché l'Italia non è un ordinamento di *common law*, l'introduzione di principi di deroga alla legislazione primaria esistente deve avvenire con legge ordinaria. Il rischio

---

<sup>18</sup> Posizione assunta da gran parte delle associazioni rappresentative dei consumatori e dei comuni utenti.

<sup>19</sup> "La bozza di regolamento..nella ricerca di una mediazione, non ha saputo mantenere il mirino ben puntato sull'obiettivo principale nella lotta alla pirateria, ovvero alle grandi piattaforme pirata che si annidano in *server* stranieri e che offrono i contenuti illegali in Italia", così Enzo Mazza, Presidente FIMI (Federazione Industria Musicale Italiana), contributo pubblicato su [letter@gcom](mailto:letter@gcom) n. 3/2011, pag. 11 (<http://www.agcom.it/default.aspx?DocID=6877>).

<sup>20</sup> Si rimanda alle osservazioni svolte dal Centro NEXA for Internet & Society in occasione della consultazione pubblica relativa alla delibera n. 668/2010, in particolare: "58. Il nostro legislatore dunque disciplina espressamente il potere di emanare provvedimenti inibitori nei confronti degli ISP sia al termine di procedimenti di merito che in via d'urgenza, conferendo tale potere alla sola autorità giudiziaria, conformemente alle scelte compiute dal legislatore europeo con la dir. IPRED. 59. In sintesi: 1) gli ISP sono destinatari dei provvedimenti inibitori indicati dalla L.d.A. ma non perdono per questo l'irresponsabilità (risarcitoria) per gli illeciti commessi dagli utenti dei loro servizi prevista dagli artt. 14, 15 e 16 D. L.vo 70/2003; 2) l'inibitoria va chiesta necessariamente all'autorità giudiziaria come disciplinato dalle modifiche introdotte in attuazione della direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale dal D.L.vo 140/2006 n.60. Di una "amministrativizzazione" della procedura, in tema di tutela del diritto d'autore, non vi è traccia nell'ordinamento sino al c.d. decreto Romani. 61. Vi è invece traccia di un ampio dibattito parlamentare volto ad escludere e respingere l'ipotesi di inibitorie verso gli intermediari in via amministrativa, in particolare in relazione alla vicenda del c.d. decreto Urbani?".



dell'introduzione del principio mediante un provvedimento amministrativo è che non regga al vaglio della giurisprudenza: il giudice ordinario, infatti, potrebbe basarsi sulla stretta interpretazione della tassatività delle eccezioni e dunque non applicare il principio del *fair use*<sup>21</sup>.

Infine, nonostante l'Autorità abbia allungato il tempo del contraddittorio tra le parti, è stato osservato che la durata massima di un mese per l'espletamento della procedura non sia sufficiente, data la delicatezza degli interessi in gioco e la gravità delle misure eventualmente adottate all'esito del procedimento, consistenti in ingenti sanzioni pecuniarie e ordini di rimozione.

La seconda stesura del regolamento non ha dunque mitigato il dibattito, pertanto si è ritenuto di farne slittare l'entrata in vigore a novembre, all'esito del vaglio della U. E. e della W. I. P. O.

In merito al parere della Commissione Europea, il Presidente Calabrò ha infatti dichiarato: *“Il consiglio ha deciso di notificare il nostro schema alla Commissione Europea che ha 90 giorni dalla notifica per farci pervenire le sue osservazioni. Vogliamo che il testo non sia nemmeno un centimetro oltre l'orizzonte comunitario. Non riteniamo che lo sia, ma vogliamo il vaglio della Commissione”*.

6. In attesa del parere UE, è agevole osservare che le vivaci polemiche che hanno accompagnato la stesura della bozza di regolamento derivano dal difficile equilibrio tra istanze di autori, editori e distributori da un lato, e consumatori e utenti della Rete dall'altro e sono figlie di una normativa frammentaria e inefficace, incentrata su una legge, quella sul diritto d'autore, che ha visto la luce in un mondo, quello del 1941, “dove la letteratura odorava di carta, la musica di vinile e la cinematografia di pellicola in acetato di cellulosa”<sup>22</sup>, un mondo forse più affascinante, ma di certo molto lontano dal nuovo contesto digitale.

Su questo punto, sia i fautori che i detrattori della bozza di regolamento AGCOM si trovano d'accordo: chi in termini di radicale riforma, chi di “razionalizzazione” della normativa.

---

<sup>21</sup> Sul punto: F. SARZANA, *Una disciplina tra luci e ombre*, commento alla delibera n. 398/2011 pubblicato su [letter@gcom](mailto:letter@gcom) n.3/2011 (<http://www.agcom.it/Default.aspx?message=visualizzadocument&DocID=6877>): *“Va ricordato infatti che il principio generale dell'uso amatoriale, secondo la migliore dottrina, e nonostante una diversa chiave di lettura fornita dal Governo dell'epoca del recepimento, non sarebbe stato inserito come clausola generale del nostro ordinamento all'atto del recepimento della direttiva comunitaria, diversamente da quanto previsto invece negli Stati Uniti. Il che significa che il regime delle eccezioni al diritto d'autore si dovrebbe considerare tassativo e non generalizzato come invece sembra essere stato delineato nell'articolo 10 dell'Allegato A alla Delibera. I criteri di valutazione che l'Autorità adotterà per valutare i casi di libere utilizzazioni sono richiamati dall'art 9, comma 3, dell'Allegato alla Delibera.(...) L'inesistenza nel nostro ordinamento del valore giuridico dei precedenti e della funzione “creatrice” della giurisprudenza diversamente dal sistema giudiziario anglosassone difficilmente però permetterà l'ingresso del “fair-use all'italiana” nei nostri tribunali, a cui la delibera attribuisce comunque l'ultima istanza in caso di impugnazione dei provvedimenti dell'Autorità”*.

<sup>22</sup> A.M.GAMBINO, *Diritto di autore e nuovi processi di patrimonializzazione*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, [www.dimt.it](http://www.dimt.it), 6/07/2011, riprendendo V. FRANCESCHELLI, ne *Il buon droit d'auteur d'antant e l'odioso diritto d'autore oggi*, in *Riv. dir. ind.*, 2008, I, 151 ss.



E' stata evidenziata la necessità di ripensare in termini netti la legislazione in tema di diritto d'autore, una volta venuta meno la base tecnologica che ne era il presupposto (e cioè il controllo di supporti fisici prodotti da attori economici), e di condurre il dibattito in primo luogo all'interno dell'organo preposto (il Parlamento)<sup>23</sup> e con l'ausilio di un'indagine parlamentare che faccia chiarezza “*sul sistema del diritto d'autore, sul ruolo della SLAE, sullo stato degli autori, sui diritti degli utenti, sulla situazione internazionale*”.

Anche l'Autorità, per mezzo del Presidente Calabrò, nel corso della Audizione al Senato a seguito all'approvazione dello schema di regolamento, ha sottolineato la presenza di questioni irrisolte di cui dovrebbe occuparsi il legislatore: la necessità di una visione legislativa d'insieme della normativa, i problemi di applicabilità del principio del *fair use* dovuti alla rigidità della L.D.A., la configurabilità di una responsabilità *ex post* degli *Internet Service Provider* in caso di inottemperanza all'ordine di rimozione del contenuto illecito.

In definitiva, non senza un certo pragmatismo, l'Authority auspica un intervento di “*razionalizzazione e di collegamento*” della normativa esistente, più che una radicale riforma del diritto d'autore, che, sebbene teoricamente risolutiva, “*rischierebbe*”, data la lentezza dell'iter legislativo e l'inesorabile rapidità dello sviluppo tecnologico, “*di vedere la luce in un mondo post-digitale*”<sup>24</sup>.

E' comunque certo che la pluralità e la rilevanza degli interessi in gioco non consente di abbandonare questo settore a se stesso senza alcuna regolamentazione.

---

<sup>23</sup> J.C. DE MARTIN, *Un nuovo ordine per il diritto d'autore nell'era del Web*, in *letter@com*, n. 3/2011, pag. 8: <http://www.agcom.it/Default.aspx?message=visualizzadocument&DocID=6877>

<sup>24</sup> Così come esplicitato nel corso dell'intervento al Senato del 21 luglio 2011 da parte del Presidente dell'AGCOM.