



**CONSULTAZIONE PUBBLICA SUI LINEAMENTI DI PROVVEDIMENTO
CONCERNENTE L'ESERCIZIO DELLE COMPETENZE DELL'AUTORITÀ
NELL'ATTIVITÀ DI TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE SULLE RETI DI
COMUNICAZIONE ELETTRONICA**

Osservazioni del Centro NEXA for Internet & Società sulle proposte di intervento di cui all'allegato b) alla delibera n°668/10/cons del 17 dicembre 2010 *"lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica"*

PREMESSA

1. 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, conducendo anche ricerche finanziate dall'Unione Europea, nonché collaborando col Berkman Center for Internet & Society dell'Università di Harvard.
2. Il Centro NEXA ha apprezzato la puntuale ed approfondita indagine conoscitiva dell'Autorità sul tema «Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica», pubblicata il 12 febbraio 2010; ha preso atto della delibera 668/10/CONS e dei lineamenti di provvedimento di cui al relativo allegato B), ed all'esito ritiene opportuno fornire il proprio contributo alla consultazione pubblica indetta.
3. Il Centro NEXA valuta con favore l'impegno espresso dall'Autorità, sin dall'indagine conoscitiva citata, per la ricerca di un bilanciamento tra i diritti fondamentali dei fruitori delle opere, e più in generale degli utenti della rete, ed i diritti conferiti ad autori e titolari di diritti connessi.
4. In particolare il Centro NEXA apprezza la volontà di AGCOM di contribuire, nei limiti delle sue competenze, allo sviluppo di una più ampia ed equa offerta legale dei contenuti.
5. L'apertura del mercato, con la rimozione delle barriere allo sviluppo individuate ai punti 3.3.1 dell'allegato B) e la proposta di incentivazione delle c.d. licenze collettive estese di cui al punto 3.6, pur presentando nei lineamenti proposti profili di criticità, costituiscono, a parere del Centro NEXA, presupposto essenziale per poter svolgere efficaci campagne informative e di educazione alla legalità come indicate al punto 3.4.

6. In particolare nel settore dei media audiovisivi, un'offerta legale di contenuti ampia ed a condizioni eque è presupposto necessario per adottare provvedimenti proporzionati a tutela del diritto d'autore: in difetto, misure meramente repressive rischiano di tradursi in un'indebita compressione dei diritti della persona, in particolare della libertà di espressione in ogni sua manifestazione in rete.
7. Il Centro NEXA ritiene che in questa prospettiva i temi cruciali toccati nel documento oggetto di consultazione riguardino i provvedimenti a tutela del diritto d'autore (§3.5) ed il ricorso alle licenze collettive estese per legalizzare il *file sharing* (punti 172-195). Le riflessioni offerte dal centro NEXA si concentreranno pertanto soltanto su questi argomenti.

PUNTO 3.5 ALLEGATO B): PROVVEDIMENTI A TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE

Osservazioni sul potere provvedimentale dell'Autorità

8. Destinatari dei provvedimenti ipotizzati sono unicamente i fornitori di servizi internet, intesi nella più ampia accezione¹.
9. L'Autorità propone due procedure a tutela dei diritti di cui alla L.d.A. (punto 3.5.2):
 - i) la "rimozione selettiva" di contenuti diffusi via internet in violazione di diritti di proprietà intellettuale di terzi, ispirata al c.d. *Notice and Take down* statunitense;
 - ii) la "rimozione totale" dei siti esclusivamente volti alla diffusione di contenuti protetti in violazione di diritti di proprietà intellettuale di terzi, ovvero i cui server siano localizzati fuori dei confini italiani. La rimozione totale sarebbe attuata con la predisposizione di *black list* a disposizione degli ISP, ovvero con il blocco diretto tramite inibitoria del DNS o dell'IP del sito "attenzionato" ed oscurato.
10. In premessa, al punto 3.5.1, l'Autorità precisa altresì che le procedure proposte costituirebbero una «*forma di protezione alternativa (e non sostitutiva) rispetto a quella già offerta dall'Autorità giudiziaria*» sul presupposto che «*...il legislatore ha voluto introdurre meccanismi alternativi di prevenzione e reazione agli illeciti...*».
11. I meccanismi di *enforcement* proposti consistono in procedimenti paragiurisdizionali che si svolgono davanti, *rectius* con l'intervento, dell'Autorità e che possono concludersi con provvedimenti a contenuto sostanzialmente inibitorio, talora a carico dei responsabili diretti della

¹ «...nei confronti dei fornitori di servizi di media audiovisivi, dei gestori dei siti web, degli operatori di rete, dei fornitori di connettività (gli ISP), dei fornitori di servizi di caching/hosting, e più in generale nei confronti di tutti gli operatori di comunicazione elettronica». (cfr. pag.13 all.B).

violazione di diritti di proprietà intellettuale (nel caso dei procedimenti nei confronti dei fornitori di servizi media audiovisivi e dei content provider), talora a carico di soggetti cui non è addebitabile alcuna violazione (per i procedimenti nei confronti di alcune categorie di prestatori di servizi internet).

12. Su questi meccanismi l'Autorità formula alcune domande puntuali. Prima di rispondervi e di analizzare alcuni aspetti delle procedure proposte che meritano un ripensamento, il Centro NEXA ritiene tuttavia necessario svolgere alcune riflessioni sulla titolarità in capo all'Autorità dei poteri necessari per introdurre ed amministrare le procedure di rimozione selettiva o totale proposte. Si tratta d'altro canto di un tema cruciale, come dimostra l'ampia ed articolata trattazione contenuta nel documento oggetto di consultazione.
13. Così come tutte le autorità indipendenti ed in ossequio al principio di legalità, anche AGCOM dispone dei soli poteri regolamentari e provvedimentali che le sono attribuiti dalla legge.
14. Nel documento oggetto di consultazione l'Autorità afferma che il potere di disciplinare le procedure di rimozione selettiva o totale proposte e di emanare provvedimenti inibitori a tutela di diritti d'autore o connessi nei confronti degli ISP e dei fornitori di servizi di media audiovisivi le deriva:
 - i) da un insieme di disposizioni di legge che nel loro complesso le assegnano «*ampi poteri in termini di prevenzione, anche generale, e accertamento delle violazioni della disciplina che tutela la proprietà intellettuale*»; e
 - ii) da alcune norme di legge che le attribuiscono la competenza ad emanare provvedimenti specifici, nei confronti ora degli ISP (artt. 14 co. 2, 15 co. 2 e 16 co. 3 D. L.vo 70/2003 sul commercio elettronico e art. 182 bis L.d.A.) ed ora dei fornitori di media audiovisivi (art. 32-bis T.U. Radiotv come introdotto dall'art. 6 D. L.vo 44/2010).
15. Questa conclusione e gli argomenti che la sorreggono non appaiono tuttavia convincenti.

i) In generale sui limiti costituzionali al potere di AGCOM di «rimozione selettiva» o «rimozione totale»

16. Le ragioni di dubbio emergono anzitutto da riflessioni di ordine generale sui vincoli normativi cui deve rispondere un provvedimento amministrativo emesso da una Autorità indipendente atto ad incidere su posizioni soggettive costituzionalmente tutelate: tali sarebbero infatti i diversi ordini di rimozione e/o di blocco, ipotizzati dall'Autorità nei confronti dei vari fornitori di servizi in rete.
17. L'Autorità, sin dall'indagine conoscitiva su «*Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*», si è sforzata di individuare nel diritto positivo norme primarie volte a supportare un proprio potere regolamentare in

materia di diritto d'autore. A fronte della frammentarietà (e talvolta della contraddittorietà) dei riferimenti normativi, la stessa indagine conoscitiva citata trova soccorso nella teoria dei c.d. poteri impliciti².

18. Invero, a prescindere dalla corretta individuazione dell'esistenza e dei limiti di una competenza *ratione materiae* dell'Autorità, e data per ammessa l'esistenza di una potestà regolatoria in relazione ai fornitori di servizi di media audiovisivi (art. 6 del D. L.vo n. 44/2010) e di una funzione di vigilanza sulle reti di comunicazione elettronica (art. 182 bis L.d.A.), assai più complessa appare l'analisi di un potere provvedimentale atto ad imporre obblighi di *facere* a carico di soggetti terzi, in alcuni casi totalmente estranei alla violazione, il cui inadempimento si assume essere sanzionabile dall'Autorità.
19. Nel documento in commento, a pag. 13, AGCOM si limita a ribadire l'assegnazione a sé da parte del legislatore di poteri di vigilanza e regolamentari finalizzati alla protezione del diritto d'autore e trae da essi un potere provvedimentale di cui però come si vedrà non vi è traccia in alcuna specifica norma di legge.
20. Come noto, la lettura finalistica dei poteri delle Autorità indipendenti - secondo cui, dato legislativamente lo scopo e le finalità dell'ente ne discende l'onere ed il potere di perseguirne amministrativamente il raggiungimento - consente smagliature al principio di legalità unicamente quanto ai poteri regolamentari³.
21. Quando tuttavia si tratta non di poteri regolamentari, e dunque di previsioni generali ed astratte, ma di poteri provvedimentali, capaci di incidere su posizioni soggettive costituzionalmente garantite, la individuazione del fondamento alla base del potere esercitato deve necessariamente rispondere a regole rigorose, tali da garantire i principi di legalità e di tipicità previsti dalla Costituzione⁴.
22. L'art. 23 Cost.⁵ impone infatti una riserva di legge da cui discende nel settore provvedimentale e sanzionatorio un principio di legalità forte, declinato nel

² Cfr. AGCOM, *Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*, pubblicato sul sito internet dell'Autorità in data 12 febbraio 2010, 16.

³ L'autore citato nell'indagine conoscitiva pubblicata da AGCOM dà una lettura analoga del principio dei poteri impliciti, ammettendolo unicamente con riferimento ai poteri regolamentari: G. Morbidelli, *Il principio di legalità ed i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. Amm.*, 2007, 729-734.

⁴ L'autore citato nell'indagine conoscitiva pubblicata da AGCOM dà una lettura analoga del principio dei poteri impliciti, ammettendolo unicamente con riferimento ai poteri regolamentari: G. Morbidelli, *Il principio di legalità ed i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. Amm.*, 2007, 729-734.

⁵ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2007, n. 2244. Si vedano anche TAR Lombardia, Sez. III, 4 giugno 2002, e la nota di commento di N. Bassi, *A volte (per fortuna) ritorna: il principio di legalità dell'azione amministrativa fra regole costituzionali e comunitarie*, in *Foro Amm. Tar.*, 2002, 1906. In tal senso anche G. Morbidelli, *Il principio di legalità ed i c.d. poteri impliciti*, cit., 731.

corollario della tipicità dei provvedimenti e della tassatività delle fattispecie sanzionate.

23. Gli ipotizzati ordini di rimozione, ovvero le inibitorie ed i blocchi di interi siti, incidono su situazioni individuali tutelate costituzionalmente (artt. 2, 21, 41, Cost.): per tali provvedimenti, proprio in relazione all'attività delle Autorità indipendenti, la giurisprudenza richiede da sempre il rigoroso rispetto del principio di legalità cui non può soccorrere la teoria dei poteri impliciti.
24. La facoltà di incidere e limitare diritti fondamentali costituzionalmente garantiti di molteplici soggetti, dai fornitori di servizi e fornitori di accesso sino in ultimo agli utenti, con provvedimenti impositivi, non può avere, come sarebbe nel caso in esame, quale unica base normativa un provvedimento regolamentare emesso dalla Autorità stessa, pena l'inevitabile contrasto con la riserva di legge di cui all'art 23 Cost.⁶
25. E' difficile ravvisare nell'ordinamento, un potere provvedimentale generale nei confronti di tutti gli intermediari, in capo ad AGCOM, in tema di diritto d'autore.
26. Per provvedimenti inibitori quali quelli proposti è dunque necessario individuare una norma primaria capace di conferire alle diffide ed alle sanzioni ipotizzate legalità e tipicità in conformità al dettato costituzionale

ii) Sull'impossibilità di dedurre il potere di AGCOM di rimozione selettiva o totale dalle norme comunitarie ed italiane sulla irresponsabilità degli ISP.

27. L'Autorità ritiene che la dir. 2000/31/CE sul commercio elettronico (c.d. dir. e-Commerce) ed il D. L.vo 70/2003 di suo recepimento le affidino il potere di emanare provvedimenti inibitori nei confronti degli ISP rivolti a impedire la violazione di diritti d'autore o connessi di terzi da parte degli utenti dei propri servizi (pag. 5 doc. sottoposto a consultazione).
28. Questa conclusione si regge a) su di una lettura non condivisibile delle norme comunitarie in campo; e b) su di una lettura parziale ed errata delle norme italiane di recepimento.

a) Il diritto comunitario

29. La dir. e-Commerce (artt. 12-15) esenta da responsabilità alcuni prestatori di servizi internet (ISP) per gli illeciti eventualmente compiuti dagli utenti dei loro servizi e fa però salva (testualmente: «*lascia impregiudicata*») la possibilità per gli Stati membri di attribuire all'autorità giudiziaria od a quella amministrativa competenti poteri inibitori anche nei confronti dei medesimi prestatori di servizi al fine di impedire o porre fine a possibili violazioni di diritti di terzi.

⁶ Sul punto, con ampia rassegna giurisprudenziale e note bibliografiche ancora G. Morbidelli, // *principio di legalità ed i c.d. poteri impliciti*, cit., 732 ss..

30. La direttiva non disciplina affatto tale potere, né impone alcunché agli Stati membri. Si tratta d'altro canto di una direttiva "orizzontale", valevole in ogni settore dei servizi della società dell'informazione. Per questa ragione, a fronte delle condizioni di irresponsabilità dettate per alcune fondamentali categorie di ISP, vi era la necessità di inserire una clausola generica di salvaguardia delle norme presenti negli Stati membri a tutela nei confronti delle possibili e variegata violazioni commesse sulle reti di comunicazione elettronica.
31. La necessità di tale clausola di salvaguardia trova ragione anche nel fatto che, nello stesso torno di tempo in cui è stata approvata la dir. e-Commerce, le istituzioni comunitarie erano impegnate nella predisposizione di due ulteriori direttive riguardanti la società dell'informazione: la prima destinata ad adattare il diritto d'autore alle esigenze delle reti di comunicazione; e la seconda diretta proprio ad armonizzare procedimenti e sanzioni a tutela dei diritti di proprietà intellettuale.
32. La dir. 2001/29/CE sul diritto d'autore nella società dell'informazione (cd. direttiva INFOSOC) prende atto al considerando 16 che la responsabilità degli ISP per le attività degli utenti dei loro servizi è disciplinata in modo orizzontale dalla dir. e-Commerce.
33. Nel contempo, al considerando 59 enuncia la necessità per gli Stati membri di mettere a disposizione dei titolari di diritti d'autore o connessi provvedimenti inibitori nei confronti degli ISP i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare la loro proprietà intellettuale.
34. L'art. 8 co. 3 prevede che *«gli Stati membri si assicurano che i titolari dei diritti possano chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un diritto d'autore o diritti connessi»*.
35. Vi è dunque un obbligo di attuazione sul punto, ma la Direttiva non disciplina direttamente la procedura delle ingiunzioni previste, rimettendo agli stati membri le condizioni e le modalità per i predetti provvedimenti inibitori (considerando 59).
36. Nel loro insieme dalle disposizioni citate è possibile trarre il seguente quadro normativo: 1) gli ISP di cui agli articoli 12-17 della dir. e-Commerce non sono responsabili per la violazione di diritti d'autore e connessi compiute dagli utenti attraverso i loro servizi; 2) i titolari di diritti d'autore e connessi possono ottenere provvedimenti inibitori nei confronti degli ISP incolpevoli affinché pongano fine alle violazioni operate dai rispettivi utenti (dir. INFOSOC); 3) gli Stati membri sono tenuti a prevedere un rimedio così fatto a favore dei titolari delle privative (dir. INFOSOC), ma possono attuarlo alle condizioni e con le modalità ritenute più aderenti all'ordinamento interno.
37. La tutela dei diritti d'autore e connessi imposta dalla dir. 2001/29/CE potrà dunque esser attuata liberamente ed in autonomia dai singoli Stati membri. Nel contempo la dir. 2000/31/CE ammette la possibilità di inibitorie verso i soggetti dichiarati irresponsabili, siano esse emesse dall'autorità giudiziaria

ovvero da quella amministrativa. Quale sia la scelta del legislatore italiano emergerà nel prosieguo.

38. Nel 2004 la dir. 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (c.d. IPRED) estende il rimedio previsto dall'art. 8 co. 3 dir. INFOSOC agli altri diritti di proprietà intellettuale. La direttiva tende proprio all'armonizzazione delle procedure di tutela di tutti i diritti di proprietà intellettuale e prevede le inibitorie verso gli intermediari tanto in fase cautelare quanto nelle ingiunzioni definitive [artt. 9 co. 1 lett. a) e 11].
39. Lo scopo della direttiva, nel rispetto degli accordi TRIPs, è quello di eliminare gli ostacoli alla libera circolazione delle merci e dei servizi nel mercato interno che derivano dalle differenze tra le legislazioni nazionali in ordine agli strumenti di protezione della proprietà intellettuale (cfr. consideranda 8 e 10). A questo fine, a differenza delle precedenti, la direttiva detta regole di armonizzazione ampie e specifiche, che mirano anche a coordinare le regole sull'*enforcement* dei diritti di proprietà intellettuale già contenute in altre direttive precedenti.
40. La dir. IPRED non lascia gli Stati membri liberi di scegliere condizioni e modalità di tutela ma disciplina la tutela minima dell'*enforcement* compiendo una netta scelta di giurisdizionalizzazione delle procedure.
41. Per quanto qui d'interesse, la direttiva indica infatti con chiarezza nell'autorità giudiziaria il soggetto deputato alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale.
42. Nessuna norma della direttiva indica nell'autorità amministrativa il soggetto deputato all'emanazione dei provvedimenti a tutela della proprietà intellettuale. Basta per il tema che ci occupa leggere gli artt. 9 e 11 per avere contezza del fatto.
43. Per concludere: il diritto comunitario obbliga gli Stati membri a mettere a disposizione dei titolari di diritti d'autore e connessi rimedi inibitori nei confronti degli ISP in conseguenza di violazioni commesse (non da loro ma) dagli utenti, destinatari dei loro servizi. La direttiva IPRED che disciplina espressamente condizioni e modalità dell'*enforcement*, nel richiamare i principi di lealtà, equità e ragionevolezza e nel prescrivere per i provvedimenti effettività, proporzionalità e dissuasività, obbliga gli Stati a che tali provvedimenti siano applicati in modo da evitare la creazione di ostacoli al commercio legittimo e da prevedere salvaguardie contro gli abusi (art. 3 comma 2).
44. A fronte di tali obblighi la Direttiva indica con chiarezza nell'autorità giudiziaria il soggetto deputato all'*enforcement*.
45. L'Italia si adegnerà come indicato qui di seguito.

b) Le norme interne di recepimento.

46. La dir. e-Commerce è stata attuata in Italia dal D. L.vo 70/2003. Il legislatore italiano traspone la clausola di salvaguardia presente all'ultimo comma degli

- artt. 12, 13 e 14 dir. («*Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità per un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa, in conformità agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di esigere che il prestatore ...*») con la formula «*L'autorità giudiziaria o quella amministrativa, avente funzioni di vigilanza (o competente), può esigere...*» (artt. 14 co. 2, 15 co. 2, 16 co. 3).
47. Ovviamente il decreto attuativo non detta alcuna disciplina sul punto.
48. L'Autorità parrebbe ritenere di potere ricavare da tale generica previsione, apparentemente valida per qualsivoglia violazione di qualunque diritto commessa in rete con il contributo fattuale necessario degli intermediari, una sorta di investitura ad agire nel settore del diritto d'autore.
49. Questa lettura non appare tuttavia condivisibile.
50. Il D. L.vo 70/2003 recepisce come detto la dir. e-Commerce. Così come la direttiva cui è collegato, esso non fa menzione della tutela dei diritti di proprietà intellettuale, né ovviamente disciplina le inibitorie attribuendone in concreto (per legge) il potere a questa o a quella Autorità. Come nella direttiva il riferimento alle inibitorie costituisce unicamente l'indicazione di una possibilità non in contrasto con l'irresponsabilità statuita per alcune categorie di intermediari.
51. Per accertare se il legislatore italiano abbia in effetti attribuito potere di intervento alle Autorità amministrative di vigilanza e/o competenti (ammesso ma non disciplinato nel D. L.vo 70/2003), è necessario verificare le modalità di attuazione delle altre due direttive speciali: doppiamente speciali rispetto alla e-Commerce poiché l'una, la INFOSOC, è riferita espressamente al diritto d'autore, e l'altra, la IPRED, perché disciplina nello specifico le modalità di *enforcement* dei diritti di proprietà intellettuale, anche nei confronti degli intermediari e dei fornitori di servizi della società dell'informazione.
52. Sotto il primo profilo, il D. L.vo 68/2003 nell'attuare la dir. 2001/29/CE per la verità si dimentica degli intermediari. L'art. 8 co. 3 dir. INFOSOC non trova disciplina e le inibitorie non sono regolate da alcuna norma primaria italiana espressa.
53. Sotto il secondo profilo, compiuta disciplina sarà data in attuazione della dir. IPRED con il D. L.vo 140/2006. Come si dirà in vero il legislatore interviene sul punto nel 2003 e nel 2004, ma non in diretta attuazione di direttive comunitarie (vedi punto 62 e segg.).
54. Dal canto suo, il D. L.vo 16 marzo 2006 n. 140, *Attuazione della direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale*, ha innovato profondamente il testo degli artt. 156 e 163 della legge sul diritto d'autore.
55. Il nuovo testo dell'art. 156 co. 1 L.d.A. legittima ora il titolare di un diritto d'autore o connesso ad agire in giudizio per chiedere che la violazione del suo diritto sia accertata e ne sia vietato il proseguimento «*sia da parte dell'autore della violazione che di un intermediario i cui servizi sono utilizzati per tale violazione*». L'art. 8 della dir. INFOSOC trova qui pertanto regolamentazione.

56. Il nuovo testo dell'art. 163 L.d.A. consente poi al titolare del diritto di chiedere i medesimi provvedimenti in via d'urgenza «*secondo le norme del codice di procedura civile concernenti i procedimenti cautelari*».
57. Correttamente «*sono fatte salve le disposizioni di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70*» (art. 156 co. 2 L.d.A.).
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.
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 vicende del c.d. decreto Urbani.
62. Si ricorderà al riguardo come, con sorprendente sollecitudine, il D.L. 22 marzo 2004, n. 72⁷ meglio noto come decreto Urbani si sia di fatto proposto di anticipare nell'ordinamento l'approvanda direttiva IPRED. Il Governo si era probabilmente accorto della dimenticanza del D. L.vo 68/2003 attuativo della dir. INFOSOC, che si era perso in fase di attuazione l'art. 8 sulle ingiunzioni agli intermediari.
63. L'art. 1 del decreto Urbani (recante misure di contrasto alla diffusione telematica abusiva di opere cinematografiche e assimilate), introduceva (invero a dispetto della rubrica, per tutte le opere dell'ingegno) alcuni nuovi reati, modificava l'elemento soggettivo di alcune fattispecie, ed introduceva per i fornitori di servizi della società dell'informazione «*misure dirette ad impedire l'accesso ai siti o a rimuovere i contenuti segnalati*» .
64. Nella prima versione tale potere era conferito oltre che all'autorità giudiziaria anche al dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno.
65. Non vi era attribuzione alcuna ad AGCOM, ma indubbiamente era previsto l'intervento di un organo amministrativo, vale a dire il Ministero dell'Interno, con facoltà di inibitoria a contenuti e siti.
66. Il decreto ebbe vita travagliata, ma ciò che qui rileva è che, in sede di conversione, il dibattito parlamentare e gli emendamenti apportati alla norma

⁷ D.L. 22 marzo 2004, n. 72: “*Interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di materiale audiovisivo, nonché a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo*”.

- con la L. 128/2004, tutt'ora in vigore, ebbero come obiettivo proprio quello di elidere qualsivoglia potere all'ente amministrativo, riservando le inibitorie verso gli intermediari in rete esclusivamente all'autorità giudiziaria.
67. La lettura della relazione finale dell'Onorevole Carlucci alla L. 128/2004, e soprattutto il dibattito che ne segue, rintracciabile negli atti della Camera, non lascia spazio a dubbi, essendovi riferimenti specifici alla futura attuazione della direttiva IPRED con una netta scelta di garanzia verso la procedura giudiziaria per i procedimenti inibitori verso gli intermediari della rete.
68. Il D.L. 31 gennaio 2005, n. 7 convertito con la L. 31 marzo 2005, n. 43 modificherà successivamente alcuni eccessi sanzionatori del decreto Urbani, ma confermerà per le violazioni previste dalla L. 128/2004, tra cui spicca evidentemente il diritto di messa in condivisione sulle reti, la possibilità di inibitorie verso gli intermediari per ordine esclusivamente dell'autorità giudiziaria.
69. Queste ragioni paiono sufficienti per escludere che, nell'ordinamento Italiano, un'autorità amministrativa possa adottare i provvedimenti qui considerati.
70. Del resto, la scelta, comune all'Europa, di giurisdizionalizzare tali provvedimenti è certamente scelta di garanzia sorretta da ragioni sostanziali.
71. L'unica norma primaria, avente valore di legge, atta a definire un potere provvedimentoale con inibitorie dell'Autorità è ad oggi il D. L.vo 44/2010 che ha introdotto il comma 8 all'art. 1 *ter* del T.U. 277/2005. Come si vedrà però tale norma è riservata ai fornitori di servizi media come definiti nel medesimo T.U.: trattasi di content provider che nulla hanno a che fare con la collocazione normativa degli intermediari dei servizi internet (ISP) oggetto del D. L.vo 70/2003 e della proposta in commento. Sul punto si tornerà.

iii) Sull'impossibilità di dedurre il potere di AGCOM di rimozione selettiva o totale dall'art. 182 bis L.d.A. o dall'art. 32 bis T.U. Radiotv

72. Se pure si volesse sposare la tesi di AGCOM secondo cui gli artt. 14 co. 2, 15 co. 2 e 16 co. 3 D. L.vo 70/2003 assegnano a qualsivoglia autorità amministrativa «dotata di poteri di vigilanza» il potere di emettere provvedimenti inibitori nei confronti degli ISP, resta pur sempre da dimostrare che AGCOM sia effettivamente l'autorità amministrativa «dotata di poteri di vigilanza» sul rispetto dei diritti d'autore e connessi.
73. Il D. L.vo 70/2003, lo si è visto, rinvia genericamente alla possibilità di chiedere provvedimenti inibitori contro gli ISP per violazioni commesse da terzi all'autorità amministrativa dotata dei poteri di vigilanza o comunque competente.
74. Il decreto non attribuisce tuttavia funzioni di vigilanza ad alcuna autorità amministrativa né indica l'autorità amministrativa competente per l'emanazione dei provvedimenti qui considerati.

75. Si limita invece a far salve «*ove non espressamente derogate, le disposizioni in materia bancaria, finanziaria, assicurativa e dei sistemi di pagamento e le competenze degli organi amministrativi e degli organi di polizia aventi funzioni di vigilanza e di controllo, compreso il controllo sulle reti informatiche di cui alla legge 31 luglio 1997, n. 249, e delle autorità indipendenti di settore*» (art. 2 co. 3).
76. Ciò impone di domandarsi se vi siano altre norme dell'ordinamento giuridico italiano che assegnino ad AGCOM la vigilanza sul rispetto dei diritti d'autore e connessi in internet o che le attribuiscono più in generale «competenza» in questo campo.
77. La ricerca non pare tuttavia condurre ad esiti certi: per ragioni numerose che converrà qui ricordare.
78. La legge n. 249 del 1997 che ha istituito AGCOM non attribuisce alcun ruolo per la tutela dei diritti d'autore o connessi né online né offline.
79. La legge n. 248 del 2000 recante nuove norme di tutela del diritto d'autore modifica la legge istitutiva di AGCOM, affida all'Autorità «*i compiti attribuiti dall'articolo 182-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni*» (art. 1 co. 6 n. 4-bis L. 249/1997) e la incarica della vigilanza tra l'altro «*sull'attività di riproduzione e duplicazione con qualsiasi procedimento, su supporto audiovisivo, fonografico e qualsiasi altro supporto nonché su impianti di utilizzazione in pubblico, via etere e via cavo, nonché sull'attività di diffusione radiotelevisiva con qualsiasi mezzo effettuata*».
80. Questi compiti spettano tuttavia «*all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE) [...] nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge*»: e non è dato comprendere che cosa rientri nelle competenze di AGCOM e che cosa appartenga invece alle competenze di SIAE.
81. Quale che sia l'esito di questa indagine, resta il fatto che solo ed unicamente la «*vigilanza*» è attribuita all'Autorità, sebbene «*al fine di prevenire ed accertare le violazioni della [...] legge*» sul diritto d'autore. Non si fa menzione nell'art. 182 bis di alcun potere provvedimento. Anzi, l'art. 182 ter L.d-A., introdotto anch'esso dalla L. 248/2000 e chiaramente collegato anche sul piano sistematico all'art. 182 bis L.d.A., specifica che «*gli ispettori*» incaricati da SIAE o da AGCOM «*in caso di accertamento di violazione delle norme di legge, compilano processo verbale, da trasmettere immediatamente agli organi di polizia giudiziaria per il compimento degli atti previsti dagli articoli 347 e seguenti del codice di procedura penale*».
82. Il compito di SIAE ed AGCOM si esaurisce dunque con la vigilanza e la segnalazione di eventuali illeciti alla polizia giudiziaria, null'altro.
83. Va altresì considerato che il D. L.vo 15 marzo 2010 n. 44 (cd. decreto Romani) da ultimo contiene una norma (art. 6, che introduce un nuovo art. 32 bis nel T.U. Radiotv) che sembrerebbe investire AGCOM di poteri di vigilanza e regolamentari sul rispetto della proprietà intellettuale.

84. Tuttavia neppure questa norma appare decisiva.
85. Anzitutto, la norma qui considerata è stata emanata dal governo in violazione della delega contenuta nella L. 7 luglio 2009 n. 88 (cd. legge comunitaria 2008).
86. La legge comunitaria 2008, per quanto qui d'interesse, delegava il governo «*ad adottare [...] i decreti legislativi recanti le norme occorrenti per dare attuazione alle direttive comprese negli elenchi di cui agli allegati A e B*» (art. 1. co. 1 legge comunitaria 2008). E più precisamente per dare attuazione alla dir. 2007/65/CE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive (cd. direttiva sui servizi media audiovisivi), introducendo all'occorrenza «*le occorrenti modificazioni*» alle norme già in vigore «*ai fini di un migliore coordinamento [...] per i singoli settori interessati dalla normativa da attuare*» tra regole vecchie e regole nuove [art. 2 co. 1 lett. a) legge comunitaria 2008].
87. Qui converrà ricordare che la dir. sui servizi media audiovisivi procede dall'idea che la convergenza tra televisione tradizionale e fornitura di servizi media audiovisivi attraverso internet in modalità lineare e non lineare sia giunta ad uno stato di avanzamento tale da giustificare l'applicazione di regole giuridiche in larga parte identiche. Riprende allora il modello di disciplina sviluppato a livello comunitario per le televisioni tradizionali (dir. 89/552/CE, cd. dir. televisioni senza frontiere) e ne estende l'applicazione, con gli opportuni adattamenti, anche alla comunicazione di contenuti audiovisivi su internet.
88. Né le direttive comunitarie sulle televisioni né tanto meno la direttiva sui servizi media audiovisivi si interessano tuttavia del rispetto e dell'*enforcement* della proprietà intellettuale altrui da parte delle emittenti o dei fornitori di servizi, al di là del richiamo al rispetto delle cd. finestre di programmazione contenuto nella dir. 89/552/CE.
89. Non si comprende allora a che titolo il governo abbia inserito all'art. 6 del decreto Romani una norma innovativa che ribadisce l'obbligo per i fornitori di servizi media audiovisivi di rispettare la proprietà intellettuale altrui ed assegna al contempo ad AGCOM il compito di emanare «*le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti di cui al presente articolo*». Questa norma è con ogni evidenza esterna al perimetro tracciato dalla delega contenuta nella legge comunitaria 2008 ed è come tale affetta da vizio di costituzionalità siccome adottata in spregio dell'art. 76 Cost.
90. Anche a prescindere dalla sua illegittimità costituzionale, l'art. 32 bis T.U. Radiotv introdotto dal decreto Romani assegna in ogni caso ad AGCOM competenze limitate sul piano soggettivo ed oggettivo: tanto limitate da non cooperare in nessun modo a fare di AGCOM l'autorità amministrativa

- competente per l'adozione dei provvedimenti contro gli ISP di cui al D. L.vo 70/2003.
91. L'art. 32 bis T.U. Radiotv dispone che *«i fornitori di servizi media audiovisivi operano nel rispetto dei diritti d'autore e dei diritti connessi, ed in particolare [...] si astengono dal trasmettere o ri-trasmettere, o mettere comunque a disposizione degli utenti, su qualsiasi piattaforma e qualunque sia la tipologia di servizio offerto, programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi, o parti di tali programmi, senza il consenso di titolari dei diritti [...]»*.
 92. La stessa norma autorizza l'autorità ad emanare *«le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e dei divieti di cui al presente articolo»*.
 93. Ciò significa però che l'Autorità dispone del potere ora detto (a prescindere dal suo contenuto regolamentare o anche provvedimentoale) soltanto nei confronti dei *«fornitori di servizi media audiovisivi»*.
 94. E' sufficiente però scorrere le definizioni dettate dal T.U. Radiotv per rendersi conto che i *«fornitori di servizi media audiovisivi»* non sono gli ISP di cui parla il D. L.vo 70/2003.
 95. L'art. 2 co. 1 lett. b) T.U. Radiotv qualifica come *«fornitore di servizi di media [...] la persona fisica o giuridica cui è riconducibile la responsabilità editoriale della scelta del contenuto audiovisivo del servizio di media audiovisivo e ne determina le modalità di organizzazione»*; esclude espressamente *«le persone fisiche o giuridiche che si occupano unicamente della trasmissione di programmi per i quali la responsabilità editoriale incombe a terzi»*; e precisa poi che la *«responsabilità editoriale»* consiste ne *«l'esercizio di un controllo effettivo sia sulla selezione dei programmi, ivi inclusi i programmi-dati, sia sulla loro organizzazione in un palinsesto cronologico, nel caso delle radiodiffusioni televisive o radiofoniche, o in un catalogo, nel caso dei servizi di media audiovisivi a richiesta»*.
 96. E' subito chiaro che queste norme guardano ai content provider e non agli ISP che svolgano funzioni passive di *mere conduit, caching* ed *hosting*. Esse attribuiscono poteri regolamentari e di vigilanza, nonché provvedimentoali, ad AGCOM nei confronti di soggetti ben diversi da quelli presi in considerazione dal D. L.vo 70/2003. E questa ragione è sufficiente per escludere alla radice che l'art. 32 bis T.U. Radiotv qualifichi AGCOM come *«autorità avente funzioni di vigilanza»* per l'emanazione dei provvedimenti inibitori di cui agli artt. 14, 15 e 16 D. L.vo 70/2003 a fronte di violazioni di diritti d'autore o connessi di qualunque genere e tipo, quale che ne sia l'autore.
 97. Il decreto sul commercio elettronico ha infatti a mente ipotesi in cui la violazione di diritti di proprietà intellettuale di terzi sia riferibile unicamente all'utente dei servizi della società dell'informazione.
 98. L'art. 32 bis T.U. Radiotv si riferisce ad una ipotesi assai diversa. Qui infatti la violazione dei diritti di proprietà intellettuale di terzi è opera del fornitore di servizi media audiovisivi, che per definizione sceglie i contenuti da diffondere.

Non c'è un ISP incolpevole; e non è necessario introdurre una norma ad hoc che lo obblighi a cooperare con i titolari di diritti per limitare gli effetti delle condotte lesive di terzi. Il fornitore di servizi media audiovisivi è un semplice contraffattore nei confronti del quale sono applicabili tutti i rimedi civili e penali previsti dalla L.d.A.; eventualmente anche i rimedi amministrativi che AGCOM ritenga d'introdurre sulla base dell'art. 32 bis T.U. Radiotv.

99. Resta da dire, per completezza, che in ogni caso le competenze attribuite dall'art. 32-bis T.U. Radiotv ad AGCOM per prevenire o sanzionare gli illeciti compiuti dai content provider non sono in alcun modo generali neppure in questo campo più limitato.

100. La norma riguarda infatti i soli contenuti «media audiovisivi»: che secondo le norme della dir. di riferimento comprendono soltanto le sequenze di immagini in movimento ma non ad esempio la musica, le immagini fisse od i testi pubblicati sulla rete. Ragion per cui, a tutto concedere, AGCOM sarebbe al più autorità dotata di poteri di vigilanza ai sensi degli artt. 14 co. 2, 15 co. 2 e 16 co. 3 D. L.vo 70/2003 per la violazione di diritti d'autore o connessi relativi ad alcuni tipi di contenuti e non di altri.

101. Per concludere sul punto

Il Centro NEXA ritiene che, preso atto dei vincoli costituzionali dettati in relazione al potere provvedimentale delle Autorità Indipendenti, preso atto del contesto internazionale e dell'attuale *aquis* comunitario, nonché dell'attuale normativa a tutela del diritto d'autore in Italia, sia davvero difficile individuare in capo ad AGCOM, al di là della potestà regolatoria di cui all'art. 6 del D. L.vo 44/2010 e delle funzioni di vigilanza come conferite dall'art. 182 bis L.d.A., un potere provvedimentale «*di prevenzione e reazione agli illeciti*», aventi quali destinatari gli intermediari della comunicazione nella più ampia accezione.

Il Centro NEXA non ha rinvenuto nell'ordinamento alcuna norma che consenta di sostenere che il legislatore abbia voluto introdurre meccanismi alternativi di prevenzione e reazione agli illeciti conferendone i relativi poteri ad AGCOM.

Le domande poste in pubblica consultazione

D1. Si concorda con la procedura delineata dall'Autorità sulla rimozione selettiva anche per quanto riguarda la tempistica prevista? In caso contrario, si prega di indicare le ragioni del dissenso. Nel caso s'intenda proporre una procedura alternativa, si prega di evidenziarne anche i vantaggi che la

renderebbero preferibile a quella qui descritta.

102. Se significative e crediamo dirimenti sono le considerazioni che precedono, la procedura indicata dall'Autorità per il «*notice and take down*» evidenzia comunque significative criticità, sollevando dubbi di compatibilità tanto con l'ordinamento interno, quanto con i vincoli internazionali.
103. Gli accordi TRIPs del 1994, per ragioni potremmo dire anagrafiche, evidentemente non potevano prevedere il ruolo che gli intermediari della comunicazione avrebbero assunto nel mondo digitale.
104. Tuttavia tale accordo, nel dettare i principi di lealtà ed equità dei procedimenti giudiziari civili a difesa della proprietà intellettuale, prevede espressamente l'estensione delle medesime garanzie minime dettate all'art. 42 alle eventuali procedure amministrative previste dagli Stati (art. 49).
105. È da notare che identica previsione è contenuta nella versione finale degli accordi ACTA, all'articolo 7 comma 2 del testo 3.12.2010.
106. L'art.42 TRIPs richiede quale garanzia minima che *«I convenuti hanno diritto ad un avviso scritto tempestivo e contenente sufficienti dati, ivi compreso il fondamento delle affermazioni. Le parti possono essere rappresentate da avvocati indipendenti e le procedure non impongono condizioni eccessivamente gravose riguardo a comparizioni personali obbligatorie. Tutte le parti dei procedimenti in questione sono debitamente autorizzate a provare la validità delle loro affermazioni e a presentare tutti gli elementi di prova pertinenti»*.
107. Tali garanzie minime a salvaguardia delle parti che si assumono violare diritti di proprietà intellettuale altrui sono carenti nella proposta in esame.
108. L'Autorità richiama quali unici principi ispiratori della procedura e dei provvedimenti i concetti di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità (pag. 7), rinvenibili quali obblighi generali in diverse direttive, non ultima la 2004/48/CE, che peraltro, nel prevedere le inibitorie verso gli intermediari - tanto quelle provvisorie [ovvero cautelari: art. 9 comma 1 lett. a)] quanto le ingiunzioni definitive (art. 11) - attua una scelta netta di giurisdizionalizzazione, con conseguente diretto ed automatico rispetto delle misure minime di garanzia previste e consolidate nell'*aquis* comunitario.
109. Il procedimento para-giurisdizionale ipotizzato dall'Autorità per la tutela del diritto d'autore si può tradurre nella rimozione coattiva a mezzo degli intermediari di contenuti immessi da terzi che però non sono in alcun modo parte necessaria nel procedimento stesso. Come tale, esso si pone in contrasto con i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, gli utenti, come garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dai principi generali del

diritto comunitario, richiamati anche dall'art. 3 bis della direttiva 2009/140/CE.

110. La procedura ipotizzata è di fatto assai distante dal *notice and take down* previsto dalla normativa statunitense, cui l'Autorità dichiara espressamente di ispirarsi.
111. Senza voler approfondire il tema, basti in questa sede osservare come l'art. 512 del DMCA che recepisce l'accordo OCILLA (*Online Copyright Infringement Liability Limitation Act*) del 1998 non prevede affatto l'intervento di una pubblica autorità (men che mai amministrativa) che imponga la rimozione. La procedura prevista dal 512 DMCA costituisce unicamente la stringente regolamentazione delle condizioni atte a determinare la responsabilità secondaria degli intermediari nelle violazioni dei diritti d'autore commesse dagli utenti, a fronte di una generale irresponsabilità sancita nel medesimo articolo a condizioni non dissimili da quanto previsto a livello europeo con la direttiva e-Commerce.
112. Il procedimento di *notice and take down* di cui al DMCA tende a garantire il difficile equilibrio tra gli interessi dei titolari dei diritti di privativa ed i diritti degli utenti quali destinatari dei servizi, a fronte dell'attività di mera intermediazione (accesso, trasmissione, memorizzazione temporanea o ospitalità) di alcuni fornitori della società dell'informazione.
113. L'esito della procedura determina unicamente l'insorgere della possibile responsabilità patrimoniale dell'intermediario, altrimenti irresponsabile, che potrà esser fatta valere avanti l'autorità giudiziaria in caso di mancata rimozione.
114. Il paragrafo J) dell'art. 512 DMCA che prevede le possibili ingiunzioni a carico degli ISP ai sensi dell'art. 502 (*Remedies for infringement: Injunctions*), rimette esclusivamente all'autorità giudiziaria la valutazione attenta dei molteplici interessi in gioco per le inibitorie.
115. La procedura di rimozione proposta da AGCOM prevede in effetti solo una prima fase simile al *notice and take down* statunitense (la fase 1 dello schema di pag. 14, punto 3.5.2). Ma essa è, per l'appunto, soltanto la prima parte di un procedimento ben più lungo ed articolato, che vede l'intervento di AGCOM come organo paragiurisdizionale e che può concludersi con un provvedimento autoritativo o addirittura con sanzioni di vario tipo.
116. La prima fase del procedimento assegna ad AGCOM un ruolo marginale: ad essa spetta soltanto la predisposizione dei moduli che potranno essere utilizzati dai titolari dei diritti per segnalare agli ISP l'uso dei loro servizi per violare diritti di proprietà intellettuale.
117. Questa prima fase è pertanto affidata interamente ai privati: il titolare del diritto invia la richiesta di rimozione e l'internet service provider deve valutarla.

118. Qui emerge però un primo difetto assai significativo della procedura proposta da AGCOM. Essa prevede che «*il gestore del sito, se la richiesta appare fondata, deve rimuovere il contenuto entro il termine di 48 ore dalla ricezione della richiesta, eventualmente contattando il soggetto che ha caricato il video, il quale può a sua volta effettuare una contronotifica*». Sulla base di questa regola l'ISP non è dunque obbligato a prendere contatto con il content provider, ovvero il soggetto che ha caricato il contenuto («*eventualmente*»). Se anche decide di contattarlo, quest'ultimo non ha materialmente il tempo di preparare le proprie controdeduzioni: a tacer d'altro perché allo scadere delle 48 ore dalla ricezione della richiesta di rimozione l'ISP deve procedere se vuole evitare che la procedura prosegua con l'intervento dell'Autorità.
119. Allo scadere di questo termine brevissimo il titolare del diritto può promuovere l'avvio del procedimento amministrativo davanti ad AGCOM. L'azione amministrativa avrà come legittimato passivo unicamente l'intermediario incolpevole: questi diviene oggetto di diffida e sanzioni con una valutazione condotta sommariamente, in modalità «automatiche», in assenza del necessario contraddittore, ovvero il fornitore del contenuto, supposto responsabile della violazione, di cui l'ISP è appunto semplice intermediario.
120. Le conseguenze di tale errata impostazione saranno evidenti nel prosieguo, ma basta leggere i lineamenti della «*verifica in contraddittorio*» di cui al passaggio 3 della procedura, per comprendere come si tratti di un contraddittorio solo apparente dei titolari dei diritti in gioco. Da un lato vi sarà il presunto titolare del diritto, dall'altro unicamente il «*gestore del sito*» che, qualora non abbia responsabilità diretta nella violazione (cioè non sia un content provider) ma sia appunto mero intermediario, non sarà in grado, né in vero avrà interesse alcuno, a difendere l'operato dell'utente destinatario del servizio: pur di non incorrere nelle sanzioni ed in responsabilità patrimoniali per effetto del venir meno dell'esimente di cui al D. L.vo 70/2003, il fornitore rimuoverà il contenuto con buona pace del reale interessato, potenziale responsabile della violazione ovvero, perché no, potenziale legittimo utilizzatore, o addirittura coautore.
121. Ma se è così, appare allora chiaro che la procedura proposta viola anche l'art. 7 della L. 241/1990, secondo cui l'avviso di procedimento deve essere comunicato necessariamente a tutti soggetti nei cui confronti il provvedimento è destinato a produrre effetti. Non vi è dubbio infatti che tra tali soggetti vi sia senz'altro colui che ha immesso online il contenuto «*attenzionato*» ed oggetto di valutazione.
122. La procedura, articolata in 5 passaggi, è solo apparentemente lineare, e pare davvero inficiata da eccesso di ottimismo la previsione contenuta nel documento secondo cui, dopo un breve rodaggio, la stessa potrà operare

in maniera pressoché automatica, sulla base di un accertamento della violazione “di tipo puramente oggettivo”.

123. La frammentazione dei diritti d'autore e dei diritti connessi, la contestuale presenza di diverse e variegata privative sulla medesima opera, e la previsione anche in Italia di complesse eccezioni e di usi legittimi, i cui confini spesso implicano sofisticate e complesse valutazioni soggettive, rendono davvero singolare l'affermazione.
124. La stessa individuazione della titolarità del diritto o della legittimazione ad innescare la procedura, così come la individuazione del «*gestore del sito*» a fronte della magmaticità del web 2.0 ove piattaforme multifunzionali ospitano in domini di diverso livello contenuti e «siti» gestiti da più soggetti, rendono davvero esili i lineamenti tratteggiati nelle proposte.
125. È opportuno notare che la notifica prevista nell'art. 512 DMCA nei confronti degli intermediari contiene vincoli di responsabilità per chi si fa valere i propri diritti qualificandosi titolare, che giungono sino alla incriminazione penale nel caso di falsa o incompleta certificazione⁸. Sebbene nel documento in consultazione sia prevista l'emanazione di linee-guida per la redazione della prima segnalazione, è difficile ipotizzare la corretta individuazione in termini generali di standard probatori a fronte della complessa e magmatica struttura delle privative.
126. Ci sia consentito, a mero titolo di esempio, citare due ipotesi che riteniamo saranno quotidiane in relazione in particolare alle piattaforme di *user generated contents* (ammesso che su tali provider vi sia competenza).
127. i) Art. 70 co. 1 bis L.d.A.: «È consentita la libera pubblicazione attraverso la rete internet, a titolo gratuito, di immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate, per uso didattico o scientifico e solo nel caso in cui tale utilizzo non sia a scopo di lucro». Non essendo mai stato pubblicato il previsto Decreto del Ministero per i beni e le attività culturali, che avrebbe dovuto definire quali fossero i «limiti all'uso didattico o scientifico», né la definizione di uno standard per la risoluzione «bassa» o «degradata», diventa difficile ipotizzare un automatismo sulla base della sola prospettazione di uno dei titolari dei diritti.
128. ii) Molte opere immesse in rete dagli utenti sono oggetto di elaborazioni creative. Le piattaforme di u.g.c., con *mash up*, parodie e satira, sono la quotidiana espressione dell'elaborazione creativa che l'art. 4 L.d.A. espressamente tutela. La valutazione di un'opposizione, prevista per l'autore dell'opera originaria ai sensi dell'art. 20 L.d.A., non è affatto «oggettiva». Così come soggettivi sono i confini di satira e parodia che discendono direttamente dall'art. 21 Cost. e trovano disciplina positiva nell'art. dell'art. 5 co. 3 lett. k), dir. 29/2001/CE.

⁸ A statement that the information in the notification is accurate, and under penalty of perjury, that the complaining party is authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed.

129. La possibilità di una tempestiva rimozione dei contenuti, senza che sia previsto un efficace contraddittorio che tenga conto della frequente coesistenza sulle medesime opere di diversi e ulteriori diritti autoriali (quelli degli elaboratori), anch'essi candidati a beneficiare di utilizzazioni libere, oltre che degni di tutela per il loro concorrente apporto creativo, si traduce in una ingiustificata prevalenza delle ragioni economiche dei grandi operatori economici del mercato digitale su quelle degli utenti e dei destinatari dei servizi.
130. Così come prospettata la procedura conduce ad esiti che valorizzano maggiormente le ragioni del mercato rispetto a quelle della creatività, della libertà di espressione e di opinione: tale impressione è l'inevitabile conseguenza di un'eccessiva semplificazione non solo della procedura, ma del complesso tema del diritto d'autore sulle reti digitali che pure la stessa Autorità ha sondato con competenza ed autorevolezza nell'indagine conoscitiva.
131. A riprova dell'omessa valutazione delle ragioni degli utenti e dei fornitori di contenuti in reti di condivisione quali soggetti interessati, e dell'inammissibile prevalenza delle ragioni dei detentori di diritti, vi è la previsione di «archiviazione» della procedura nel caso in cui l'ISP volontariamente, nei 5 giorni concessi dall'avviso di procedimento a lui solo notificato, rimuova «senza colpo ferire» il contenuto.
132. L'utente, magari «sentito» a seguito della segnalazione, avrà vanamente cercato di esporre le sue buone ragioni, ma, essendo il procedimento archiviato, non potrà far altro che rivolgersi al giudice per la debole violazione del contratto che lo lega al fornitore del servizio. Cosa difficilmente ipotizzabile per chi agisce solitamente senza fini di lucro ma per mera condivisione.
133. Un'ultima considerazione sul potere sanzionatorio e sul «*monitoraggio successivo del rispetto dell'ordine a fronte di reiterata inottemperanza*».
134. Non è dato comprendere cosa si intenda per «*reiterata inottemperanza*». E' bene però precisare che anche con riferimento all'ingiunzione emessa dall'Autorità Giudiziaria, prevista dalla direttiva 48/2004 CE all'art. 11, vi è un ampio dibattito circa limiti e portata degli obblighi gravanti sull'intermediario⁹ a seguito dell'inibitoria.
135. Certamente l'ordine di rimozione emesso dall'Autorità amministrativa non può che riguardare il singolo contenuto, specificatamente determinato, la cui trasmissione e diffusione costituisce la specifica violazione sollevata dal titolare nel caso portato all'attenzione dell'Autorità.

⁹ Sul punto interessante l'opinione espressa dall'Avv.to Generale Jaaskinen nella causa C-324/09 L'Oreal S.A./eBay:
<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=IT&Submit=rechercher&numaff=C-324/09>

136. Sarebbe impensabile un'inibitoria dell'Autorità di vigilanza per tutte le future possibili violazioni, non ancora commesse, di quel contenuto o di un determinato titolare di diritti.
137. L'eventuale re-immissione del contenuto, magari ad opera di altro utente, sul medesimo sito di *hosting*, certamente non potrà esser sanzionata sulla base di una precedente inibitoria, sebbene emessa per lo stesso contenuto, nei confronti del medesimo intermediario, dovendo rimaner ferma l'esenzione prevista dal D. L.vo 70/2003, che esclude qualsivoglia onere preventivo di controllo sui contenuti immessi in rete da terzi.
138. In altre parole la rimozione selettiva non potrà mai imporre all'ISP un onere di verifica e controllo, neppure su di una singola opera, poiché ciò contrasterebbe evidentemente con la normativa italiana, ma soprattutto con la normativa europea, traducendosi in un onere per il fornitore di servizi di controllo e verifica preventivo.
139. Una misura di tal fatta si porrebbe in contrasto con le finalità di tutela del mercato interno perseguite dalla direttiva e-Commerce.
140. La reiterazione è dunque davvero difficilmente ipotizzabile: o il «gestore del sito» rimuove, ovvero non lo fa ed allora sarà oggetto di sanzione. Per quel contenuto, in quella determinata circostanza, come provato dal titolare del diritto.
141. Quanto al potere sanzionatorio, a fronte dei principi di legalità e tassatività delle fattispecie sanciti dall'art. 23 Cost. e dall'art. 1 L. 689/81, emergono forti perplessità dalla lettura delle norme di riferimento.
142. Il comma 31 dell'art. 1 della L. 249/97 conferisce potere sanzionatorio per l'inadempimento agli ordini e alle diffide dell'Autorità unicamente se impartiti ai sensi della predetta legge.
143. L'art. 11 della L. 248/2000 ha introdotto nella L. 249/97 al comma 6 lett. b) n° 4 bis dell'art. 1 la vigilanza in tema di diritto d'autore nei limiti di cui al 182 bis L.d.A.
144. La lettura di tale ultima norma, come detto, consente di individuare unicamente funzioni di vigilanza in capo all'Autorità, e non fornisce alcun potere provvedimento a fini di prevenzione.
145. Al capoverso 8 del medesimo art. 11 della L. 248/2000 era infatti inserito il disposto divenuto ora l'art. 182 ter L.d.A. che disciplina l'esito dell'attività di vigilanza delegata all'Autorità: in caso di accertata violazione, è prevista unicamente l'immediata trasmissione degli atti agli organi di polizia giudiziaria per l'inoltro all'autorità giudiziaria.
146. Dunque la norma di riferimento per dar legittimità ad un potere sanzionatorio ricavato dall'art. 1 non solo non fornisce gli indispensabili parametri di legge, ma disciplina l'attività di vigilanza rimettendo all'autorità giudiziaria il compito di intervenire per sanzionare.

147. Tale profilo non solo esclude la configurabilità di un potere sanzionatorio dell’Autorità per effetto dei compiti di vigilanza di cui all’art. 182 bis L.d.A., ma reca con sé una più articolata conseguenza.
148. L’Autorità è tenuta *ex lege*, pena l’omissione di atti d’ufficio sanzionata penalmente, alla trasmissione degli atti alla polizia giudiziaria ogni qual volta essa, nell’ambito della sua attività di vigilanza, venga a conoscenza di una possibile violazione della normativa.
149. La penalizzazione a tutto tondo di qualsivoglia violazione del diritto d’autore, presente agli artt. 171 e seg. L.d.A., con procedibilità d’ufficio, esclude *per tabulas* una procedura «alternativa» al procedimento penale.
150. Dunque, se il provvedimento ipotizzato, nel disegno criticato ai punti 131 ss., non coinvolge l’autore della violazione ma unicamente l’intermediario nel procedimento amministrativo, in verità coinvolge a pieno titolo l’autore medesimo nell’altro procedimento, penale, che dal primo scaturisce. L’obbligo di denuncia discendente dall’art. 182 ter è dovuto in presenza di una *notitia criminis*, indipendentemente dalla immediata e diretta individuazione del reo.
151. La messa in condivisione di un’opera senza il consenso, ovvero la sua riproduzione, integra reato, quale che sia la finalità, salva la valutazione delle eccezioni alle privative.
152. Ogni qualvolta il titolare dei diritti dovesse azionare la procedura di inibitoria, l’Autorità dovrebbe necessariamente, salvo la ritenga *ictu oculi* infondata, trasmettere gli atti alla Polizia Giudiziaria.
153. La procedura prevista nel provvedimento in consultazione, se ritenuta ammissibile, sarebbe dunque necessariamente procedura concorrente e non alternativa, quanto meno all’avvio di un’indagine preliminare penale, con le conseguenze del caso.

154. Per concludere sul punto

Il Centro NEXA ritiene che la misura della rimozione selettiva così come proposta sia carente di legittimazione sotto il profilo dei poteri provvedimenti dell’Autorità proponente e sia incompatibile con i principi interni di diritto, nonché con le normative comunitarie e pattizie cui l’Italia è tenuta a dare attuazione. La procedura risulta carente e difficilmente attuabile nei termini e con le modalità esposte.

D2. Tra le ipotesi alternative previste per il caso della rimozione totale, quale delle due si ritiene preferibile? Nel caso s'intenda proporre ulteriori procedure alternative, si prega di evidenziarne anche i vantaggi che le renderebbero preferibili a quelle qui descritte.

155. Le considerazioni esposte nelle pagine precedenti valgono, ed a maggior ragione, nella singolare ipotesi di rimozione totale.
156. In verità il documento non delinea alcuna procedura limitandosi a prevedere, previo un non esplicitato contraddittorio, la creazione di *black list* e di ordini di oscuramento dei siti ritenuti dall'Autorità aventi finalità esclusivamente illecite, ovvero dei siti i cui server sono localizzati al di fuori dei confini italiani.
157. Parrebbe dunque che, per il sol fatto che il server del fornitore è situato fuori dei confini nazionali, sia concessa all'Autorità la possibilità di oscurare l'intero servizio a fronte di una supposta violazione dei diritti d'autore.
158. Secondo la dir. 2000/31/CE «*la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione può in numerosi casi riflettere specificamente nel diritto comunitario un principio più generale, e cioè la libertà di espressione prevista all'articolo 10, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali che è stata ratificata da tutti gli Stati membri. Per questo motivo, le direttive che si riferiscono alla prestazione di servizi della società dell'informazione devono assicurare che questa attività possa essere svolta liberamente alle luce di tale articolo, sottoposta soltanto alle restrizioni di cui al paragrafo 2 di tale articolo e all'articolo 46, paragrafo 1, del trattato*» (considerando 9). E' necessario evitare che «*divergenze tra le normative e le giurisprudenze nazionali, nel campo della responsabilità dei prestatori di servizi che agiscono come intermediari, impediscano il buon funzionamento del mercato interno, soprattutto ostacolando lo sviluppo dei servizi transnazionali, introducendo distorsioni della concorrenza*» (considerando 40).
159. E' poi davvero singolare che, proprio in relazione ai fornitori di servizi audiovisivi, là dove AGCOM ha competenza regolamentare, la direttiva 2007/65/CE attuata dal Decreto 44/2010 si preoccupi di precisare che «*per quanto concerne i servizi di media audiovisivi a richiesta, le restrizioni alla loro libera fornitura dovrebbero essere possibili solo conformemente a condizioni e procedure che riprendano quelle già stabilite dall'articolo 3, paragrafi 4, 5 e 6, della direttiva 2000/31/CE*» (considerando 35).
160. Certamente stupisce che la possibilità di inibire l'accesso sia genericamente riservata verso tutti i siti con server posti fuori dai confini nazionali (e dunque anche quelli situati nella U.E.)
161. La direttiva 2007/65/CE, quanto meno in relazione ai fornitori di servizi audiovisivi, disciplina chiaramente a difesa del mercato interno i casi e le procedure per la sospensione della ricezione o della trasmissione di servizi media audiovisivi a richiesta.

162. Tra le ragioni della possibile inibizione nella direttiva non figura alcuna, per quanto grave, violazione di diritti di proprietà intellettuale e men che meno di diritti d'autore.
163. Il comma 4 dell'attuale art. 1 ter del T.U. 177/2005 come modificato dal decreto Romani, in aderenza alla direttiva, elenca tassativamente le ragioni della possibile interruzione delle trasmissioni (ordine pubblico, sanità pubblica, pubblica sicurezza, tutela dei consumatori) e disciplina la complessa procedura (richiesta allo stato membro competente e notifica alla commissione), così che risulta singolare che AGCOM dimentichi tale norma e proponga con regolamento, per tutti i fornitori di servizi, la possibilità di un blocco all'accesso.
164. Blocco che è vietato se non in casi particolari e con particolare procedura, quanto meno in relazione ai fornitori di media audiovisivi U.E. Ed è vietato, si badi, nei confronti di fornitori di servizi che, a differenza di altri ISP, avendo la responsabilità editoriale, possono facilmente esser ritenuti diretti responsabili delle violazioni contestate.
165. E' vero che, in evidente eccesso di delega, il governo ha ritenuto di implementare la direttiva inserendo curiosamente al comma 8 dell'art. 1 ter T.U. Radiotv un'ipotesi di blocco per violazione della disposizione di cui al 32 bis (anch'esso di dubbia costituzionalità) che non è prevista ed anzi contrasta in tutta evidenza con le finalità della direttiva, ma conscio di ciò, il legislatore delegato ne ha limitato l'applicabilità esclusivamente alle trasmissioni non sottoposte ad alcuno stato membro, dunque ai siti extra U.E.
166. Come può AGCOM prevedere sulla base di un proprio regolamento un blocco nei confronti di tutti i fornitori di servizi situati fuori dal territorio italiano, quando il governo, pur forzando la delega ricevuta, ha limitato tale possibilità unicamente ai fornitori di media audiovisivi situati U.E. per non incorrere in un evidente contrasto con la direttiva ed il trattato?
167. In sintesi la proposta pare davvero poco compatibile con le regole di diritto che presiedono alla disciplina della materia.
168. La formazione di una lista nera, che inevitabilmente inciderebbe sulla responsabilità dei fornitori d'accesso, non ha evidentemente minor impatto rispetto all'inibitoria a mezzo DNS o indirizzo IP. Entrambe le procedure limiterebbero l'accesso degli utenti finali a servizi della società dell'informazione e sul punto non può non esser citata la direttiva 140/2009/CE.
169. Direttiva 140/2009/CE: *«Riconoscendo che Internet è essenziale per l'istruzione e l'esercizio pratico della libertà di espressione e l'accesso all'informazione, qualsiasi restrizione imposta all'esercizio di tali diritti fondamentali dovrebbe essere conforme alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Per quanto riguarda tali temi, la Commissione dovrebbe avviare un'ampia*

consultazione pubblica» (considerando 4). Art. 3 bis.: «I provvedimenti adottati dagli Stati membri riguardanti l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, devono rispettare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dai principi generali del diritto comunitario. Qualunque provvedimento di questo tipo riguardante l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, che ostacolasse tali diritti o libertà fondamentali può essere imposto soltanto se appropriato, proporzionato e necessario nel contesto di una società democratica e la sua attuazione dev'essere oggetto di adeguate garanzie procedurali conformemente alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e ai principi generali del diritto comunitario, inclusi un'efficace tutela giurisdizionale e un giusto processo. Tali provvedimenti possono di conseguenza essere adottati soltanto nel rispetto del principio della presunzione d'innocenza e del diritto alla privacy. Dev'essere garantita una procedura preliminare equa ed imparziale, compresi il diritto della persona o delle persone interessate di essere ascoltate, fatta salva la necessità di presupposti e regimi procedurali appropriati in casi di urgenza debitamente accertata conformemente alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Dev'essere garantito il diritto ad un controllo giurisdizionale efficace e tempestivo».

170. E' vero che la norma è stata pensata in reazione ed a garanzia delle disconnessioni dei singoli utenti, ma è difficile ipotizzare che l'inibitoria al servizio, che dunque coinvolge più utenti, possa subire minori vincoli, ed esser attuata senza le medesime garanzie procedurali.

171. Per concludere sul punto

Il Centro NEXA ritiene che la proposta di attuare in via amministrativa il blocco all'accesso di interi siti ospitanti servizi della società dell'informazione non possa che esser attuata con le stringenti garanzie procedurali previste per i provvedimenti giurisdizionali. L'ipotesi di Rimozione totale è in netto contrasto con le normative europee di riferimento.

3.6 LE LICENZE COLLETTIVE ESTESE

D1. Si ritiene efficace l'eventuale adozione di disposizioni che, sul modello delle licenze collettive estese, attribuiscano efficacia generale agli accordi volontari tra enti rappresentativi dei titolari dei diritti, dei provider e degli utenti, in relazione alle modalità di gestione dei diritti relativi agli utilizzi non commerciali

di opere protette online? In caso negativo, si prega di indicare le ragioni.

172. Il centro NEXA ha preso posizione ormai da tempo in favore della rimozione degli ostacoli all'utilizzo lecito dei sistemi di *file sharing*, incluso il peer-to-peer, per la condivisione di contenuti protetti dal diritto d'autore e da diritti connessi.
173. Il Centro NEXA condivide d'altro canto l'idea che il problema principale sia rappresentato dall'acquisizione del consenso dei titolari di diritti su tutti i contenuti condivisi e scambiati dagli utenti.
174. Per superare questo impedimento il Centro NEXA ha proposto in passato di riflettere proprio sullo strumento delle licenze collettive estese, ora evocato dal documento di consultazione, che pare lo strumento più adatto per intervenire nella materia a livello nazionale.
175. Con il documento di consultazione AGCOM accoglie questa proposta e si dichiara disponibile ad introdurre con proprio regolamento la norma giuridica necessaria per estendere gli effetti di alcune licenze collettive. Il Centro NEXA apprezza la presa di posizione dell'Autorità e la incita anzi a proseguire senz'altro lungo questa strada. Segnala tuttavia (per le ragioni già indicate in precedenza ed alla luce dei dubbi avanzati in particolare dalle associazioni rappresentative dei titolari di diritti connessi) che occorrerebbe verificare se l'Autorità disponga dei poteri necessari; ed in caso di risposta negativa la esorta non di meno ad esercitare i poteri attribuiti dall'art. 1 co. 6 lett. c) L. 249/1997 per segnalare al governo la necessità di un intervento legislativo sul punto.
176. A ben vedere, con il documento di consultazione l'Autorità amplia però la proposta a suo tempo formulata dal Centro NEXA. Non si limita infatti a progettare l'introduzione di una regola giuridica applicabile ai contratti tra utilizzatori delle opere ed enti di gestione collettiva finalizzata ad estenderne gli effetti sul piano del repertorio coperto, ma si propone di inserire questa norma in un intervento di regolazione più ampio, il cui esito programmato è indurre gli ISP (ed in particolare: gli access provider) ad offrire al pubblico contratti di connessione ad internet di due tipi diversi: semplici o con «licenza inclusa» di *file sharing*.
177. In linea di principio, la creazione di condizioni favorevoli affinché possano essere offerte al pubblico connessioni «*flat rate*» per il download e la condivisione di contenuti protetti appare senz'altro auspicabile.
178. Merita però maggior riflessione la scelta di raggiungere questo risultato utilizzando lo schema concettuale delle licenze collettive estese per creare alcuni obblighi in capo agli ISP.
179. Lo schema immaginato dall'Autorità prevede la conclusione di uno o più accordi collettivi tra associazioni rappresentative di tre categorie di soggetti diverse: i titolari di diritti, a mezzo delle società di gestione collettiva; gli ISP (access provider) a mezzo delle rispettive associazioni di categoria; gli utenti

- della rete, intesi come titolari di abbonamenti per la connessione ad internet, a mezzo delle associazioni dei consumatori.
180. Se ben si comprende, questi accordi collettivi dovrebbero recare anzitutto il consenso dei titolari di diritti alla condivisione in rete di contenuti protetti per fini non commerciali da parte degli utenti finali. Per effetto di una prima «norma di estensione» questo consenso coprirebbe anche opere e prestazioni protette di autori ed artisti non rappresentati dalle società di gestione collettiva firmatarie, salvo l'*opting out*.
181. Questi accordi collettivi dovrebbero prevedere in secondo luogo che i consumatori paghino un supplemento sulle tariffe di abbonamento qualora intendano utilizzare la connessione internet per condividere lecitamente contenuti protetti.
182. Questi accordi dovrebbero infine recare l'impegno degli ISP (access provider) a differenziare l'offerta di abbonamenti per la connessione internet, con tariffe diverse per gli utenti che vogliono e rispettivamente non vogliono condividere lecitamente contenuti protetti; ed inoltre l'impegno degli ISP a raccogliere il sovrapprezzo per gli abbonamenti «con licenza» e versarlo alle società di gestione collettiva. Per effetto di una seconda «norma di estensione» questi accordi dovrebbero produrre effetti nei confronti di tutti gli ISP, anche non rappresentati dalle associazioni firmatarie.
183. Se ben si comprende, gli accordi collettivi così conclusi fisserebbero le condizioni generali di contratto applicabili agli abbonamenti per la connessione ad internet ad uso domestico sottoscritti dagli utenti della rete con gli access provider. Per conseguenza, il contratto concluso con l'access provider e con opzione «*file sharing*» attivata incorporerebbe anche la licenza (collettiva sul lato dei titolari di diritti d'autore e connessi, individuale sul lato dell'utilizzatore-licenziatario) per la condivisione online di contenuti protetti.
184. Se questo è il risultato perseguito, a parere del Centro NEXA lo schema proposto dall'Autorità impiega impropriamente il meccanismo delle licenze collettive estese (quanto meno) nella parte in cui prevede che gli accordi collettivi producano effetti nei confronti di tutti gli ISP (access provider), anche non rappresentati dalle associazioni firmatarie.
185. A parere del Centro NEXA non è necessario utilizzare lo strumento delle licenze collettive estese per conseguire questo effetto estensivo: gli ISP non sono titolari di diritti d'autore o connessi interessati dall'accordo collettivo qui considerato. A ben vedere gli ISP non sono neppure licenziatari, siccome l'utilizzazione delle opere a fini di condivisione è interamente ascrivibile ai loro abbonati. Ragioni di efficienza consigliano di limitare la negoziazione alle parti direttamente coinvolte: società di gestione collettiva ed associazioni di utenti.
186. L'intervento degli ISP attiene al diverso momento della fase della raccolta dei diritti. Anche questo rapporto non necessita della partecipazione di tre soggetti, ben potendosi configurare come mandato da parte delle società di

- gestione collettiva a favore degli ISP. Anche per questo rapporto (logicamente distinto dal primo) pare opportuno evitare il coinvolgimento del soggetto estraneo, nel caso le associazioni degli utenti.
187. L'Autorità afferma però che «in assenza di opportuni provvedimenti regolamentari, l'adesione volontaria degli ISP a sistemi di remunerazione degli autori fondati sugli incrementi tariffari selettivi rischia di produrre alterazioni delle condizioni concorrenziali e di mercato, penalizzando gli operatori che assumono un atteggiamento collaborativo nello sviluppo di un'offerta legale di contenuti online o gli utenti che non utilizzano la rete per l'acquisto di contenuti protetti. Possibili rimedi sono pertanto rinvenibili nell'introduzione di obblighi in capo agli ISP per l'adeguamento degli schemi contrattuali, generalizzando l'offerta di abbonamenti differenziati per gli utenti che intendano acquisire l'autorizzazione a determinati utilizzi online delle opere protette in condizioni di sicurezza» (p. 20).
188. Se ben si comprende, l'Autorità teme che una parte soltanto degli ISP sia disposta ad offrire l'opzione contrattuale che include la “licenza di *file sharing*”. Non è chiaro perché sia desiderabile obbligare tutti gli ISP ad arricchire la propria offerta con le “licenze di *file sharing*”. Il documento di consultazione rinvia genericamente ad «*alterazioni delle condizioni concorrenziali e di mercato*» in danno degli ISP collaborativi. E questa indicazione non aiuta granché.
189. Viene il sospetto che l'Autorità immagini che gli accordi collettivi di cui sopra debbano contenere anche l'obbligo per gli ISP di adottare meccanismi di *traffic management* che disincentivino il *file sharing* da parte degli utenti con abbonamento senza licenza.
190. Quest'ipotesi è sconveniente ed appare figlia d'un atteggiamento preconcepito nei confronti del *file sharing* che ci si augura l'Autorità non faccia proprio. La tecnologia del *file sharing* non è infatti utilizzata esclusivamente per scaricare contenuti in violazione del diritto d'autore, ma è un protocollo impiegato per molteplici lecite attività: per esempio, importanti software open source, come la suite OpenOffice, sono diffusi legittimamente anche tramite reti *peer-to-peer*. Tale tecnologia deve pertanto restare accessibile agli utenti dotati di qualunque abbonamento per l'accesso ad internet.
191. La discriminazione del *file sharing* è d'altro canto inaccettabile perché viola il principio di neutralità della rete e danneggia gli usi leciti della stessa tecnologia (*file sharing* di software libero, di opere in pubblico dominio, ecc.). Inoltre altera le condizioni di mercato.
192. L'incentivo per gli ISP ad offrire ai propri clienti l'opzione “licenze di *file sharing*” va cercato su un piano diverso: per esempio, incentivano gli ISP ad aderire al modello la possibilità di offrire ai propri utenti un'opzione aggiuntiva (lo scambio lecito di contenuti tutelati dal diritto d'autore) e la possibilità di evitare la concentrazione su di se degli sforzi di *enforcement* dei

diritti di proprietà intellettuale realizzati dall'Autorità (ad es. ex art. 182-bis L.d.A.).

D2. Si condivide il percorso procedurale proposto, consistente nella adozione di apposite disposizioni relative all'efficacia generale degli accordi collettivi volontari e l'eventuale adozione di delibere attuative in relazione agli impegni in materia tariffaria assunti dagli ISP? In caso negativo, si prega di indicare le ragioni.

Vedi risposta a domanda precedente.

D3. Si ritiene opportuna l'individuazione di forme di pagamento da parte dell'utente semplici e all'avanguardia come ad esempio quelle di *m-payment*?

193. Il tema è eccentrico rispetto al testo del documento di consultazione.

194. In base allo scenario proposto dall'Autorità non è necessario disciplinare in modo speciale le modalità di pagamento delle licenze collettive estese che possono ben essere gestite con le stesse modalità di pagamento adottate per le forniture di accesso ad internet da parte degli ISP.

195. In ogni caso si evidenzia la necessità di prestare la massima attenzione all'introduzione di quadri normativi che disciplinino la materia delle forme di pagamento come i *m-payment* valutandone l'impatto.

Torino, 3 marzo 2011

Con osservanza

Prof. Marco Ricolfi

Prof. Juan Carlos De Martin

Avv.to Carlo Blengino

Prof. Alessandro Cogo

Hanno contribuito alla stesura del presente documento:

Giulia Aranguena de La Paz, Giulia Aresca, Alessio Bottero, Paolo Brini, Marco Ciurcina, Deborah De Angelis, Thomas Margoni, Carlo Eligio Mezzetti, Federico Morando, Angelo Maria Rovati, Massimo Travostino, Giuseppe Vaciago, Valentin Vitkov.