

La proposta di regolamento AGCOM sul *copyright enforcement*: alcune note critiche alla luce dei modelli francese e statunitense

LEONARDO MERCANTI*

SOMMARIO: 1. *Premessa. Il conflitto tra tutela del diritto d'autore, libertà d'espressione e tutela della privacy* – 2. *Approcci al copyright enforcement e “amministrativizzazione” delle misure di composizione del conflitto* – 3. *Una lettura comparata della soluzione elaborata a livello nazionale: il modello di copyright enforcement scelto dall'AGCOM* – 3.1. *La fonte della regolazione: perplessità riguardo la legittimazione del regolamento AGCOM* – 3.2. *Il contenuto della regolazione: alcune criticità nel bilanciamento tra i diritti in gioco* – 4. *Riflessioni conclusive*

1. PREMESSA. IL CONFLITTO TRA TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE, LIBERTÀ D'ESPRESSIONE E TUTELA DELLA PRIVACY

Il termine “condivisione” esprime nell'immaginario comune un concetto nobile, di comunione, presentandosi oltretutto in forma di parola composta, come se suggerisse già nella morfologia stessa l'immanente legame che esiste tra pluralità e socialità.

Sembrirebbe dunque strano pensare che lo stesso significante possa inferire un significato di tutt'altro valore che assume connotati esiziali se trasferito nel quadro particolare della tutela del diritto d'autore. Eppure, nonostante tali remore concettuali, parlare di *file sharing* nelle stanze di una *major*¹ non potrebbe aver altro risultato che quello di produrre un riflesso pavloviano alquanto esaustivo sul grado di avversità che i grandi gruppi di produzione di contenuti attribuiscono a tale pratica di condivisione.

Per comprendere appieno la drammaticità dell'attrito creatosi tra grandi produttori di contenuti e pratiche di *file sharing*, sarà sufficiente ancora una volta soffermarsi sul registro lessicale – oramai divenuto di uso comune – con il quale viene descritta la massiva quantità di azioni legali di *copyright enforcement* attivate dai suddetti titolari dei diritti.

* L'A. è dottore magistrale in Politica e integrazione europea, Dipartimento di Scienze giuridiche, Università degli Studi di Perugia.

¹ Con il termine *major* si intende in senso lato ogni grande gruppo di produzione di contenuti e di opere tutelabili dal diritto d'autore, includendo dunque i settori discografico, cinematografico, televisivo e *software*.

Si rifletta infatti sul termine – piuttosto emblematico – “*Copyright Wars*”. Tale espressione idiomatica possiede la forza suggestiva di ritrarre nella mente del lettore due schieramenti contrapposti che mirano all’annichilimento della compagine avversaria. E ancora, si rifletta sulla sostantivazione utilizzata dall’industria dei contenuti per descrivere le pratiche di *file sharing*: “pirateria”. Risulta evidente che, anche in questo caso, la rappresentazione della controparte – i “pirati” appunto – ha l’implicita finalità di accentuarne i tratti criminali.

Affermando “if thought corrupts language, language can also corrupt thought”², George Orwell espresse magistralmente proprio la nocività delle insidie concettuali che si celano dietro l’utilizzo di tale retorica iperbolica, volta a demonizzare l’antagonista e a procurare l’allarme di una minaccia collettiva. In realtà, come sostenuto da William Patry, la minaccia collettiva su cui le *major* puntano il dito non sarebbe altro che l’affermazione di un nuovo paradigma tecnologico capace di mettere in crisi i modelli di *business* imperniati attorno l’antecedente³.

Lo storico – e particolarmente tragico – caso di Edwin Howard Armstrong è uno dei numerosi esempi a conferma di tale argomento. Quando nel novembre del 1935 Armstrong dimostrò la schiacciante superiorità del segnale radio a modulazione di frequenza (FM) rispetto a quello di ampiezza (AM) (che al tempo rappresentava la tecnologia dominante) egli si trovò a minacciare con la sua invenzione l’impero della RCA - *Radio Corporation of America*, compagnia leader nel mercato delle radio AM per la quale esso stesso lavorava. La RCA riuscì inizialmente a evitare lo sviluppo della tecnologia FM insistendo sulla necessità di ulteriori test e, successivamente, esercitò energiche pressioni a livello governativo per deviare a proprio favore l’attività regolamentare e amministrativa della FCC - *Federal Communications Commission*. Armstrong resistette all’ostruzionismo della compagnia la quale però, anche a seguito dell’implementazione della modulazione di frequenza nei propri dispositivi, non riconobbe la validità del brevetto rifiutando dunque di pagarne le relative *royalty*. Solo più tardi, a brevetto decaduto, RCA offrì all’ideatore un compenso così esiguo da non coprire nemmeno le spese legali che egli sostenne per difendere la sua invenzione. Nel 1954 Armstrong, sconfitto e umiliato, decise di togliersi la vita⁴.

² G. ORWELL, *Politics and the English Language*, London, Horizon, 1946, p. 143.

³ Cfr. W. PATRY, *Moral Panics and the Copyright Wars*, New York, Oxford University Press, 2009.

⁴ Riferito in L. LESSIG, *Free Culture*, New York, The Penguin Press, 2004, pp. 3-6.

Il parallelismo a questo punto dovrebbe sorgere spontaneo: Internet (e il paradigma tecnologico digitale che ne è pilastro portante), ancor più che la radio FM, rappresenta in questo tempo l'elemento di rivoluzione che imprime un peculiare *spin* sulle sfere sociale, culturale ed economica⁵. La frattura del legame tra contenitore e contenuto operata dalla digitalizzazione e la consecutiva evoluzione delle reti di comunicazione elettronica hanno inciso – e stanno incidendo – profondamente sul comportamento dell'individuo, delle masse, dei consumatori. Accedere a dati, informazioni e opere creative non è mai stato così semplice e la loro condivisione è valore fondante della cultura della *network society*, intessuta di pagine *web*, *forum* e *social network* nei quali gli utenti esprimono i loro tratti identitari e interagiscono proprio attraverso la creazione e la pubblicazione di immagini, video, musica e pensieri – si pensi ad esempio ai c.d. *user generated content*⁶.

Questa propulsione verso il *content sharing* che la Rete ha innescato presenta tuttavia anche un certo lato oscuro. Si parta dal riflettere su un dato oggettivo: Internet può essere canale attraverso il quale veicolare, senza deleghe o autorizzazioni, contenuti protetti da diritto d'autore. In effetti, il senso di anonimità e alterità (rispetto all'ambiente fisico) che si respira nella Rete stimola il navigatore a concepire il cyberspazio come luogo avulso dalle regole comportamentali valide invece nel mondo "reale"⁷. In tale contesto il *copyright infringement* è percepito in minima parte come condotta illegale e assume piuttosto la portata di vero e proprio fenomeno di costume (soprattutto prendendo in considerazione le generazioni dei c.d. nativi digitali)⁸.

⁵ Sul punto si v. M. CASTELLS, *The Rise of the Network Society*, in "The Information Age: Economy, Society, and Culture", Hoboken, Wiley-Blackwell, 2009, Vol. 1.

⁶ Il termine UGC - *User Generated Content* indica qualsiasi contenuto disponibile sul *web* ideato e prodotto da semplici utenti invece che da professionisti e società specializzate. Si v. J. KRUMM, N. DAVIES, C. NARAYANASWAMI, *User Generated Contents*, in "Pervasive Computing", Vol. 7, n. 4, 2008, pp. 10-11.

⁷ Nel febbraio 1996 venne scritta addirittura una provocatoria "Dichiarazione di indipendenza del cyberspazio" da John Perry Barlow, fondatore della Electronic Frontier Foundation, che affermava: "Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather." J.P. BARLOW, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, Davos, 8 febbraio 1996, disponibile in projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html.

⁸ Si v. sul punto un interessante studio svolto da LIBERCOM - OSSERVATORIO SU LIBERTÀ E COMUNICAZIONE, *I comportamenti di consumo di contenuti digitali in Italia: Il caso del file sharing*, Roma, Fondazione Luigi Einaudi, 2010, disponibile in www.tecnoetica.it/fs07/FondazioneEinaudi_FileSharing_Report_completo.pdf.

In risposta a questa tendenza si sono conseguentemente attivati i grandi produttori di contenuti che – come fece la RCA per la radio FM –, per mezzo di pratiche di *lobbying* serrate sia a livello nazionale che sovranazionale, hanno tentato di arginare questa particolare manifestazione dello spirito libertario della Rete indifferente ai diritti di esclusiva, irrigidendo sensibilmente le normative atte a disciplinare la materia.

Questo giro di vite, tuttavia, è stato tale da sollevare a sua volta due perplessità di ordine maggiore:

- una prima di carattere socio-economico, che fa sorgere alcuni dubbi riguardo l'effettivo danno arrecato dal *free riding* all'industria creativa, dato che i principali studi di settore soffrirebbero di un vizio di endogeneità⁹ e sarebbero inoltre basati sull'inconsistenza logica della proporzionalità diretta tra contenuti digitali ottenuti illegalmente e mancato acquisto del contenuto all'interno del mercato legale¹⁰;

- una seconda di carattere giuridico, concernente la presenza di taluni squilibri nel bilanciamento degli interessi coinvolti nel conflitto tra *copyright enforcement*, tutela della libertà d'espressione e protezione dei dati personali.

Oggetto di questo contributo sarà proprio quest'ultimo aspetto della questione riguardante la tutela del diritto d'autore *on line*, data la centralità che il dibattito in materia ha acquisito in questi ultimi mesi all'interno del panorama giuridico italiano – e non solo.

L'analisi verrà articolata contestualizzando l'approccio alla regolamentazione del fenomeno elaborato a livello domestico in un quadro comparatistico – strutturato secondo il c.d. *problem method*¹¹ – che richiamerà due modelli di tutela del diritto d'autore particolarmente significativi e singolari:

⁹ Cfr. P. BRINI, M. SCIALDONE, *L'impatto delle violazioni online del copyright private di scopo di lucro sull'economia e sulla creatività*, in Sarzana di S. Ippolito F. (a cura di), "Libro Bianco su diritti d'autore e diritti fondamentali nella rete Internet", Roma, FakePress, 2011, pp. 50-53, disponibile in computerlaw.wordpress.com/2011/06/14/libro-bianco-su-diritti-dautore-e-diritti-fondamentali-nella-rete-internet/.

¹⁰ Il vizio che invalida i dati delle indagini riguardanti i danni causati dal *copyright infringement* sarebbe la mancata considerazione del principio economico generalmente condiviso secondo il quale, lungo la curva di domanda, la quantità acquistata di un certo bene aumenta al diminuire del prezzo. Per approfondimenti sul tema si v. M. BOLDRIN, D.K. LEVINE, *Against Intellectual Monopoly*, Cambridge University Press, 2008, disponibile in levine.sscnet.ucla.edu/general/intellectual/againstnew.htm.

¹¹ Sul metodo comparatistico adottato nel seguente elaborato cfr. G. LOMBARDI, *Premesse al corso di Diritto pubblico comparato*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 35.

quello statunitense rappresentato in sostanza dal DMCA - *Digital Millenium Copyright Act*¹² e quello francese rappresentato dalla *loi Hadopi*¹³.

2. APPROCCI AL COPYRIGHT ENFORCEMENT E “AMMINISTRATIVIZZAZIONE” DELLE MISURE DI COMPOSIZIONE DEL CONFLITTO

Al fine di comprendere appieno l'intendimento di questo elaborato, sarà utile adoperarsi in un'analisi – per quanto semplificata – operazione tassonomica dei diversi approcci alla tutela del diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica. La definizione di tali approcci, strumentale all'organizzazione cognitiva dei vari modelli di *enforcement* che saranno richiamati in seguito, può essere sostanzialmente operata secondo due generali criteri di distinzione: il tipo di misure previste per contrastare gli illeciti *on line* e la natura degli organi ai quali è devoluta la loro attivazione¹⁴.

Il primo criterio include tre principali categorie di misure: le limitazioni della responsabilità civile degli ISP - *Internet Service Provider* – c.d. *safe harbors* –, tese alla collaborazione dei prestatori intermediari nell'opera di prevenzione e repressione delle violazioni; in coordinamento con la precedente misura, le procedure di tipo privatistico di *moral suasion* (c.d. *notice and takedown procedure*) per le quali gli ISP fungono da ricettore delle notifiche di violazione inviate dai titolari dei relativi diritti e provvedono a disabilitare l'accesso ai contenuti *on line* di pubblicazione pretesamente illecita, notificando l'avvio dell'azione all'*uploader* il quale, nel caso in cui ritenga che la disabilitazione presenti i caratteri di arbitrarietà e illegittimità, dovrà provvedere alla produzione di una controdeduzione all'accusa; infine, una serie di provvedimenti di *injunction* irrogabili nei confronti dei soggetti presenti lungo la «filiera dell'illecito»¹⁵, consistenti sia in ordini inibitori indirizzati verso gli ISP, sia in sospensioni o limitazioni dell'accesso alla Rete nei confronti di utenti finali¹⁶.

¹² Pub. L. n. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998).

¹³ *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, n. 669-2009, in “Journal Officiel de la République Française”, n. 135 del 13 giugno 2009.

¹⁴ Cfr. M. BERTANI, *Internet e la amministrativizzazione della proprietà intellettuale*, in “Aida”, 2013, p. 139.

¹⁵ *Ivi*, p. 140.

¹⁶ Si pensi ad esempio allo schema di *copyright enforcement*, introdotto in territorio francese con la *loi Hadopi*, che implementa un meccanismo di c.d. *réponse graduée* gestito dalla HADOPI - *Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet*.

A loro volta, le misure testé elencate possono incardinarsi attorno a due ulteriori modelli strutturali di gestione del *copyright enforcement*, discernibili sulla base della natura degli organi detentori della competenza alla loro irrogazione. È perciò delineabile, applicando tale criterio, una seconda distinzione tra: modelli che assegnano l'esercizio della suddetta funzione esclusivamente ad autorità di natura giudiziaria; modelli che demandano l'attività di ricomposizione dei conflitti ad autorità non giurisdizionali (quantomeno, con riferimento alla prima fase del contenzioso). Infine, gli organi di natura amministrativa cui sono assegnate tali funzioni possono ricadere sia nel sottoinsieme delle autorità indipendenti (create *ad hoc* o già titolari di competenze connesse), sia in quello degli organi dell'amministrazione centrale.

Delimitato dunque il terreno entro il quale si svilupperà l'analisi, nei prossimi paragrafi si ragionerà in chiave comparativa – e nei termini proposti dai due succitati piani di osservazione – da un lato, facendo attenzione alle criticità relative al bilanciamento tra *copyright enforcement on line*, libertà d'espressione e tutela della privacy che lo schema di regolamento proposto recentemente dall'AGCOM - Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni italiana presenta¹⁷; dall'altro, esaminando opportunità ed efficacia del coinvolgimento della *authority* AGCOM nella risoluzione dei conflitti riguardanti la tutela del diritto d'autore.

È inoltre necessario sottolineare da subito che l'orientamento seguito dall'AGCOM nell'elaborazione dello schema di regolamento in materia è da considerarsi riconducibile a un più generale *trend* di “amministrativizzazione” della tutela della proprietà intellettuale.

Infatti, come ben espresso da Michele Bertani: “Con l'avvento dell'economia post-industriale l'importanza delle risorse intangibili che compendiano l'espressione ‘proprietà intellettuale’ è cresciuta in modo continuo e cospicuo. I conflitti interprivati sull'allocazione di queste risorse hanno conquistato per conseguenza un rilievo sempre maggiore. E parallelamente è aumentato l'interesse della collettività ad una loro composizione quanto più possibile efficiente ed equilibrata. Il loro accresciuto rilievo pubblicistico ha così legittimato una partecipazione sempre più intensa della pubblica am-

¹⁷ Si fa riferimento all'Allegato A intitolato *Schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70 della delibera n. 452/13/CONS del 25 luglio 2013*, con cui l'AGCOM ha presentato i lineamenti del provvedimento concernente l'esercizio delle proprie competenze nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica.

ministrazione alla gestione dei meccanismi mirati a comporre i conflitti su questi *intangibles*¹⁸.

Tale tendenza, pur non costituendo un fenomeno di novità assoluta rispetto alla tutela dei diritti esclusivi¹⁹, presenta in ogni caso dei connotati rilevanti data la crescente convergenza dei legislatori nazionali (in particolare modo dei Paesi europei) nella previsione di interventi amministrativi tesi ad accertare e sanzionare comportamenti illeciti nelle reti di comunicazione elettronica.

La *ratio* di ciò è individuabile nell'esigenza di implementare schemi di *enforcement* dotati della flessibilità e speditezza – proprietà appunto dell'azione amministrativa – necessarie per essere realmente incisivi nell'ambiente telematico²⁰, dato che il solo percorso della tutela giurisdizionale non riesce sistematicamente a garantire la possibilità di interventi tempestivi, con il rischio di provocare un danno a carico della parte lesa difficilmente riparabile.

Tuttavia, l'incardinamento delle misure di contrasto al *copyright infringement on line* attorno a organi di natura esclusivamente amministrativa può presentare anche delle controindicazioni. In primo luogo, è doveroso ricordare che ogni qualvolta si attivi una procedura di raccolta e disvelamento delle informazioni personali collegate a un indirizzo IP, questa produce una compressione del diritto alla privacy dell'individuo sottoposto all'identificazione²¹. In secondo luogo, si consideri che sia nel caso in cui si agisca mediante il *takedown* del contenuto ritenuto di illecita pubblicazione, sia nel caso in cui si proceda alla sospensione dell'accesso a Internet di cui il soggetto *infringer* è titolare, tali misure generano una compressione della libertà

¹⁸ M. BERTANI, *op. cit.*, p. 129.

¹⁹ Ci si riferisce al saldo ruolo che la P.A. detiene nella gestione dei conflitti interprivati nel campo delle privative. Si pensi infatti alla diffusione internazionale dei procedimenti amministrativi volti alla brevettazione o registrazione delle opere creative e invenzioni industriali, v. G. SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli di utilità*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2011.

²⁰ La rapidità di propagazione, unita alla capillarità della disseminazione di un contenuto in Rete, rende indispensabile la previsione di un meccanismo celere di intervento volto alla cessazione di un'eventuale *copyright infringement*. Sul tema delle sfide che l'era digitale presenta nel controllo della disseminazione dei contenuti protetti da *copyright* si v. DIREZIONE CONTENUTI AUDIOVISIVI E MULTIMEDIALI AGCOM, *Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica. Indagine conoscitiva*, AGCOM, febbraio 2011.

²¹ In questo senso M. BELLEZZA, O. POLLICINO, *Tutela della privacy e protezione dei diritti di proprietà intellettuale in rete*, in Pollicino O., Mazzaro A.M. (a cura di), "Tutela del copyright e della privacy sul web: quid iuris?", Roma, Aracne, 2012.

d'espressione del convenuto – sia pure con caratteri e incisività di diverso grado²². Nonostante questi arretramenti della libertà d'espressione e del diritto alla privacy possano essere giustificabili nel momento in cui l'esercizio dei due diritti produca un *vulnus* di un certo grado del diritto d'autore²³, l'affidamento di poteri di *enforcement* di tale entità in capo a un'autorità amministrativa – per quanto indipendente – solleva delle criticità non indifferenti riguardanti principalmente l'erosione del diritto di difesa dell'accusato. Non a caso infatti, le discipline internazionale pattizia e comunitaria in materia²⁴ stabiliscono dei limiti piuttosto precisi – che verranno approfonditi in seguito – entro i quali i legislatori nazionali possono articolare l'intervento di natura amministrativa a tutela del *copyright*.

Sia chiaro che le puntualizzazioni di cui sopra sugli aspetti controversi relativi ai processi di “amministrativizzazione” del *copyright enforcement* non mirano a operare una demonizzazione aprioristica di ogni approccio che vada in tale direzione, ma piuttosto fungono da bilanciamento argomentativo inserito in un percorso di analisi che ambisce a fornire spunti di riflessione per individuare un punto di maggior equilibrio tra i diritti in attrito. L'occasione offerta dall'imminente riforma in materia di tutela del diritto d'autore *on line* sembra, dunque, assai propizia per procedere in questo senso.

3. UNA LETTURA COMPARATA DELLA SOLUZIONE ELABORATA A LIVELLO NAZIONALE: IL MODELLO DI COPYRIGHT ENFORCEMENT SCELTO DALL'AGCOM

Delineate in astratto le categorie convenzionali la cui combinazione offre un primo ventaglio di possibili sistemi di *copyright enforcement on line*, si entra ora nel merito dello schema di regolamento sottoposto a consultazione

²² A proposito del rapporto tra diritto di accesso alla Rete e libertà d'espressione si è pronunciato il *Conseil Constitutionnel* francese, sancendo con la *Décision n. 2009-580 DC du 10 juin 2009* che, data la centralità acquisita da Internet in tutti gli ambiti della vita quotidiana, ogni misura sospensiva dell'accesso alla rete deve considerarsi come fortemente incidente sulla libertà d'espressione e sul diritto all'informazione. V. A. MANTELERO, *Diritto d'accesso alle reti informatiche e tutela del diritto d'autore in Europa dopo la pronuncia del Conseil Constitutionnel sulla legge Hadopi*, in “Contratto e Impresa Europa”, 2009, pp. 870-883.

²³ Di interesse in questo senso è la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 gennaio 2013 (*Ashby Donald e altri c. Francia*) secondo cui la tutela del diritto d'autore può, in linea di principio, prevalere sulla protezione di diritti di grado superiore (quali libertà di espressione e informazione) ma anche, di converso, essere limitata a tutela di questi ultimi.

²⁴ Si fa riferimento rispettivamente all'accordo TRIPS (specificamente all'art. 50) negoziato nel 1994 a conclusione dell'*Uruguay Round* e alla direttiva comunitaria 48/2004 (specificamente all'art. 9) sul rispetto dei diritti della proprietà intellettuale.

pubblica dall'AGCOM con la delibera n. 452/13/CONS del 25 luglio 2013, "Schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70" (d'ora in avanti: Schema di regolamento AGCOM), che, presumibilmente, entrerà in vigore il 3 febbraio 2014²⁵.

Come già anticipato in precedenza, il percorso di ricostruzione dello schema italiano sarà affiancato e arricchito con riferimenti a due significative esperienze normative nazionali quali quelle francese e statunitense, che rappresentano sostanzialmente i punti antipodali di quello spettro di modelli di tutela già tratteggiato. Difatti, le rispettive discipline della *loi Hadopi* e del DMCA differiscono profondamente l'una dall'altra sia per il diverso genere di misure sanzionatorie, sia per la diversa natura delle autorità a cui è stata demandata l'attività di accertamento e repressione delle violazioni.

Nell'ampiezza dell'arco compreso tra i modelli francese e statunitense, si inserisce lo schema di *copyright enforcement* italiano – prossimo venturo – che, come si vedrà a breve, adotta soluzioni che attingono da entrambi i modelli. Come osservato criticamente da diversi commentatori²⁶, il regolamento non presenta quegli elementi innovativi più volte invocati nelle diverse occasioni di consultazione pubblica tra AGCOM, *stakeholder* ed esperti in materia; piuttosto, esso riproduce alcuni aspetti controversi che avevano determinato il fallimento delle precedenti iniziative regolamentari²⁷.

Un primo aspetto che – per quanto meramente quantitativo – potrebbe risultare indicativo circa il carattere fondamentalmente repressivo della normativa proposta, è costituito dal fatto che, su diciannove articoli suddivisi in cinque capi²⁸, solo due risultano destinati alle misure per la promozio-

²⁵ Questa la data ufficiale di entrata in vigore dello schema di regolamento, indicata nell'allegato A della delibera 452/13/CONS.

²⁶ Si v. M. BELLEZZA, *AGCOM e diritto d'autore: un rapporto ancora difficile. Note a caldo sul nuovo regolamento #ddaonline*, in "MediaLaws", 25 luglio 2013, disponibile in goo.gl/5dZdpM; G.M. RICCIO, *Una prima lettura della bozza di Regolamento AGCom (prima parte)*, in "Il Sole 24 Ore", 1° agosto 2013, disponibile in goo.gl/GpJAFM; B. SAETTA, *Cosa prevede il regolamento AGCOM sul diritto d'autore in Rete #ddaonline*, in "Valigia Blu", 29 luglio 2013, disponibile in goo.gl/1mwfxk. [N.B.: le url che appaiono nelle note di questo articolo nella forma "goo.gl..." sono url abbreviate].

²⁷ Si pensi alle passate delibere AGCOM n. 668/10/CONS del 17 dicembre 2010 e n. 398/11/CONS del 6 luglio 2011, che sottoponevano a consultazione pubblica due schemi di regolamento che, in conclusione, non sono mai entrati in vigore a causa delle forti ostilità incontrate subito dopo la loro pubblicazione.

²⁸ I cinque capi si intitolano rispettivamente: I - Principi generali (artt. 1-2); II - Misure per favorire lo sviluppo e la tutela delle opere digitali (artt. 3-4); III - Procedure a tutela del diritto d'autore online ai sensi del decreto 9 aprile 2003, n. 70 (artt. 5-10); IV - Disposizioni relative

ne dell'offerta legale (elemento cruciale per la disincentivazione al *copyright infringement*), mentre il resto del documento è essenzialmente dedicato ai meccanismi di contrasto ai comportamenti illeciti.

È stata invece accolta positivamente la scelta dell'AGCOM di escludere dall'ambito di applicazione del regolamento – su di un piano soggettivo – la categoria dei *downloader* di contenuti, nonché – su di un piano oggettivo – il *file sharing* effettuato mediante software ad architettura *peer-to-peer* (art. 2, co. 3). Questo orientamento dell'*Authority* nazionale rappresenta il principale tratto di analogia con il DMCA²⁹: il parallelismo rispetto al modello di *enforcement* adottato negli USA si palesa evidente se si considera che entrambe le normative puntano a incidere sui soggetti *uploader*, rimuovendo i contenuti da essi pubblicati illecitamente, fruibili (*streaming*) o scaricabili direttamente da pagina *web*³⁰. Tale rimozione – seconda categoria di misure prima elencate – avviene attraverso uno stretto coordinamento tra la procedura di *notice and takedown* e il regime di esenzione di responsabilità per gli ISP dalla c.d. *secondary liability*³¹ – prima categoria di misure – nel caso in cui il *copyright infringement* avvenga mediante il servizio da loro erogato³². Per poter accedere ai *safe harbors*, gli ISP venuti a conoscenza dell'illecito dovranno attivarsi tempestivamente per impedire la connessione al contenuto pretesamente ritenuto di pubblicazione illegittima.

A questo tipo di approccio, teso ad aggredire l'illecito "alla fonte", si contrappone concettualmente quello francese, il quale adotta un singolare mec-

alla tutela del diritto d'autore sui servizi di media (artt. 11-15); V - Disposizioni finali (artt. 16-19).

²⁹ Ciò si deve anche al fatto che la direttiva europea 31/2000 dell'8 giugno 2000 (detta direttiva *e-Commerce*), recepita dal d.lgs. 70/2003, ricalca lo schema di *copyright enforcement* disciplinato dal DMCA del 1998 basato sui c.d. *safe harbors*. Tale approccio è, per la verità, piuttosto diffuso anche al di fuori dell'Unione europea.

³⁰ Cfr. E. LEE, *Decoding the DMCA Safe Harbors*, in "Columbia Journal of Law & the Arts", 30 gennaio 2009. Per il riferimento normativo statunitense si v. *Title 17, U.S. Code (Copyright Act)*.

³¹ Nel caso specifico, per *secondary liability* si intende il caso in cui gli ISP non violano direttamente la normativa sul *copyright* poiché i loro sistemi processano attraverso un sistema automatico le richieste costituenti *infringement* di *download* e *upload* degli utenti. A supporto di questa posizione la sentenza *Religious Tech. Ctr. v. Netcom, Inc.*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995). Cfr. R.P. MERGES, P.S. MENELL, M.A. LEMLEY, *Intellectual Property in the New Technological Era*, New York, Aspen Publishers, 2007, pp. 570-573.

³² Nella disciplina statunitense del DMCA possiamo individuare disposizioni a riguardo dei *safe harbors* nella *Section §512, Title 17, U.S. Code*, mentre nella disciplina italiana la questione è stata normata, come detto, dal d.lgs. 70/2003.

canismo di *réponse graduée*³³ – appartenente alla terza categoria di misure – il cui target è costituito dagli utenti finali di Internet che utilizzano software ad architettura *peer-to-peer* per praticare *file sharing*. In verità, uno dei motivi per cui tale schema di *enforcement* è stato oggetto di aspre polemiche sin dalla sua prima versione³⁴ risiede nel fatto che gli individui colpiti dalle misure sanzionatorie possono anche non coincidere con gli autori dell’infrazione. Ciò è da sottolineare perché, in effetti, l’art. 1 della *loi*³⁵ stabilisce che il soggetto destinatario delle misure non è tanto il reale autore della violazione *on line* del *copyright*, quanto colui che è autore dell’illecito di omesso controllo del proprio accesso a Internet, grazie al quale la violazione è stata commessa³⁶ – a meno che le due figure non coincidano.

Ad ogni modo, il tratto assolutamente distintivo della c.d. dottrina Sarkozy³⁷ è rappresentato dall’AAI - *Autorité Administrative Indépendante* denominata HADOPI - *Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet*. Questo organismo, istituito *ad hoc* per svolgere il ruolo di guardiano del diritto d’autore in Rete, costituisce l’emblema di quel processo di “amministrativizzazione” del *copyright enforcement* di cui prima si è accennato. Difatti, talmente penetranti erano le competenze demandate a questa Autorità con la prima versione della *loi Hadopi*, che addirittura le era stato attribuito un potere sanzionatorio formalmente di natura ammini-

³³ Lo schema di *réponse graduée* si compone di tre fasi: nella prima fase viene inviata all’instetario dell’accesso alla rete una comunicazione elettronica contenente la *notification* di *copyright infringement* effettuato mediante utilizzo della sua connessione. L’invio è a carico dell’ISP su ordine della HADOPI; nel caso si ripeta il suddetto comportamento, la HADOPI invia una seconda *notification*, questa volta sia in formato elettronico che in forma di lettera raccomandata; con la terza notifica, all’instetario viene richiesto di comparire di fronte a un giudice ordinario, il quale ha la facoltà di decidere se infliggere una sanzione pecuniaria. Prima dell’abrogazione della disposizione da parte del governo Hollande, il giudice poteva imporre come pena accessoria anche la sospensione dell’accesso alla rete.

³⁴ Uno degli esempi più vivaci di opposizione alla *loi Hadopi* è stato offerto dal commento *Qui a gagné la bataille Hadopi?*, in “La Quadrature du Net”, 24 ottobre, disponibile in www.laquadrature.net/fr/qui-a-gagne-la-bataille-hadopi.

³⁵ Cfr. art. 1, *loi n. 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*.

³⁶ Cfr. N. LUCCHI, *Regulation and Control of Communication: The French Online Copyright Infringement Law (Hadopi)*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research, Paper No. 11-07, in “Cardozo Journal of International and Comparative Law”, Vol. 19, 20 aprile 2011, p. 27, disponibile in ssrn.com/abstract=1816287.

³⁷ Espressione utilizzata in riferimento al giro di vite rispetto le violazioni del *copyright* in Rete che il governo Sarkozy ha operato con l’emanazione della *loi Hadopi*.

strativa, ma che travalicava – oggettivamente – tale sfera, essendo la HADOPI intitolata a comminare sanzioni sostanzialmente penali quali la sospensione del diritto all'accesso (che implica una compressione della libertà di comunicazione ed espressione, nonché del diritto di informazione)³⁸.

Sulla scia di tale *trend* di “amministrativizzazione” si colloca anche lo schema di *enforcement* italiano. Il regolamento AGCOM infatti, pur attingendo dalla disciplina del DMCA in relazione al genere di misure adottabili, ne altera un aspetto fondamentale: l'assenza di un qualsiasi intervento amministrativo nel corso delle procedure di natura civile³⁹ volte alla rimozione dei contenuti. Più nel dettaglio, delle diverse entità amministrative statunitensi con competenze in materia di *copyright* e reti di comunicazione elettronica (si pensi ad esempio al *Copyright Office*, alla sezione del *Department of Justice* dedicata alla tutela della proprietà intellettuale, alla *Federal Communications Commission*, all'*Intellectual Property Enforcement Coordinator*) nessuna è stata dotata dal legislatore di poteri a contrasto del *copyright infringement on line*, quand'esso rappresenti illecito di carattere civile⁴⁰. Pertanto, nel quadro del sistema di protezione del diritto d'autore in Rete che implementa il meccanismo di *notice and takedown* in coordinamento con la previsione dei *safe harbors*, l'elemento distintivo dell'approccio italiano da quello statunitense consiste proprio nel coinvolgimento dell'autorità amministrativa indipendente AGCOM nelle procedure di rimozione dei contenuti.

³⁸ Si v. A. MANTELERO, *op. cit.*, pp. 876-879.

³⁹ Nel caso in cui il DoJ - *Department of Justice* rilevi invece i profili di un reato penale, esso potrà attivare di proprio impulso la procedura secondo i criteri di obbligatorietà e opportunità dell'esercizio dell'azione penale. Inoltre, si osservi che nel 2004 il Congresso propose un *bill* denominato *Pirate Act*, grazie al quale il DoJ avrebbe potuto avviare *civil lawsuit* contro i *copyright infringer*. Tale tentativo di “amministrativizzazione” della tutela del *copyright* in Rete fu approvato dal Senato, ma in conclusione bocciato dalla *U.S. House Committee on the Judiciary*. Si v. S.2237, 108th Congress, 2nd Session, 25 giugno 2004. Testo del *Bill* disponibile in www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-108s2237rfh/pdf/BILLS-108s2237rfh.pdf.

⁴⁰ Per le ragioni della puntualizzazione riguardante l'illecito civile, si veda la precedente nota. Si consideri, in aggiunta a quanto detto sopra, che anche nel caso si rilevi un reato penale, la conseguente *lawsuit* può si trovare origine attraverso le attività investigative e di indagine svolte da un organo amministrativo quale il *Department of Justice*, ma non concludere la sua intera traiettoria all'interno dell'orbita del provvedimento amministrativo, in quanto il potere di irrogare sanzioni per questo determinato tipo di illecito non appartiene che alle corti ordinarie. Sul punto si v. l'articolo dell'EFF - *Electronic Frontier Foundation* che analizza il *report* dell'attività di *criminal IP enforcement* operata dal DoJ nel periodo 2005-2006: F. VON LOHMANN, *DoJ Reports on Criminal IP Enforcement*, in “Electronic Frontier Foundation”, 2006, disponibile in www.eff.org/deeplinks/2006/06/doj-reports-criminal-ip-enforcement.

Lo Schema di regolamento AGCOM prevede difatti l'attivazione dell'Autorità secondo un'impostazione binaria di procedure (ordinaria o semplificata), che sono gestite sia dalla Direzione servizi *media* dell'Autorità (a cui è demandata la fase istruttoria), sia dalla Commissione per i servizi e i prodotti (competente per la fase decisionale di risoluzione). Seppur con i dovuti distinguo, l'incardinamento dell'intera attività di *copyright enforcement* attorno all'*Authority* (fatta esclusione per l'individuazione e la segnalazione del presunto illecito, a carico del rispettivo titolare dei diritti) attiva un parallelismo con quell'orientamento amministrativistico francese – centrato sul concetto di *puissance publique* – che ha plausibilmente influito nell'elaborazione della prima versione della *loi Hadopi*, poi censurata e ridimensionata consistentemente, nel suo disegno esorbitante, dalla pronuncia del *Conseil Constitutionnel*. È doveroso aggiungere però che, perlomeno, la normativa francese – pur nella sua sindacabilità in termini di contenuto – ha affrontato e ottenuto l'approvazione del Parlamento francese. Aspetto da non dare assolutamente per scontato, come si vedrà in seguito, per il caso italiano.

3.1. La fonte della regolazione: perplessità riguardo la legittimazione del regolamento AGCOM

Se, come si è appena potuto notare, in relazione al genere di misure adottate e alla natura degli organi deputati al *copyright enforcement* lo schema italiano manifesta dei tratti comuni sia con il modello statunitense, sia con quello francese, la presenza di una simile analogia non si può riscontrare quanto alla fonte che dispone la disciplina domestica.

Quanto detto scaturisce da una semplice opera di comparazione dei percorsi normativi delle tre discipline sin qui prese in esame: la *loi Hadopi* ⁴¹ è per l'appunto una legge che, nonostante le peripezie attraversate nel Parlamento francese prima, e la censura del *Conseil Constitutionnel* poi, è dunque fonte di rango primario; il DMCA è stato approvato con voto unanime dal *U.S. Senate* e successivamente controfirmato dal presidente Bill Clinton, e dunque anche questo Act ha forza di legge; mentre lo schema di regolamento italiano che – a rischio di risultare tautologici – è un atto normativo di rango non primario emanato dall'autorità amministrativa indipendente

⁴¹ Con la denominazione *loi Hadopi 2* si fa riferimento alla versione posteriore la decisione del *Conseil Constitutionnel* che, avendo censurato diverse disposizioni rilevanti della norma, ha costretto il Governo Sarkozy a modificare il testo di legge per ottenerne il giudizio di costituzionalità.

AGCOM a seguito di alcune consultazioni pubbliche⁴² è quindi estraneo alla competenza dell'organo parlamentare.

Questa iniziativa regolatoria dell'AGCOM volta a incidere sulla disciplina della tutela *on line* del diritto d'autore attraverso l'emanazione di un regolamento è stata alquanto criticata⁴³, specie con riguardo ai presupposti giuridici sulla cui base l'Autorità rivendica la propria competenza regolamentare in materia⁴⁴. Tuttavia, si segnala anche una parte della dottrina, corroborata dalla giurisprudenza in merito⁴⁵, che ha sostenuto la legittimità di tale rivendicazione in quanto la competenza regolamentare dell'AGCOM deriverebbe dall'applicazione della teoria dei poteri impliciti⁴⁶, secondo cui esistono po-

⁴² La procedura per le consultazioni pubbliche AGCOM è descritta nella delibera della Authority n. 278/99.

⁴³ Tra i commentatori che hanno dato il loro contributo al dibattito riguardante la potestà regolamentare di AGCOM in materia di *copyright enforcement* sulle reti di comunicazione elettronica si segnalano ad esempio: A. PIROZZOLI, *L'iniziativa dell'AGCOM sul diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica*, in "Rivista AIC", n. 2, 28 giugno 2011, disponibile in goo.gl/66dzwl; M. OROFINO, *Una vicenda di rilevante interesse costituzionale che coinvolge l'AGCOM in materia di diritto d'autore. Come andrà a finire?*, in "Rassegna Astrid", n. 11, Vol. 19, 7 novembre 2011, disponibile in goo.gl/6NDVb7; G. ARAGUENA DE LA PAZ, *Riflessioni sui poteri dell'AGCOM ad introdurre ed amministrare le misure proposte in tema di diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*, in "MediaLaws", 13 febbraio 2011, disponibile in goo.gl/W2FrZ; C. BLENGINO, A. COGO, J.C. DE MARTIN, M. RICOLFI, *Il Centro Nexa in merito alla seconda fase della consultazione AGCOM sul diritto d'autore*, in "Nexa Center for Internet & Society", 13 settembre 2011, disponibile in goo.gl/pbIwbI; G.M. RICCIO, *Quel pasticciaccio brutto dell'AGCom (ovvero perché, a mio avviso, l'AGCom non ha la competenza che crede di avere)*, in "Il Sole 24 Ore", 18 settembre 2013, disponibile in goo.gl/qkaXZP; F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *AGCOM, il nuovo sceriffo del web non ascolta le critiche*, in "Il Fatto Quotidiano", 7 ottobre 2013, disponibile in goo.gl/ry9NXA; G. SCORZA, *Diritto d'autore online: tra il dire e il fare*, in "Il Fatto Quotidiano", 26 luglio 2013, disponibile in goo.gl/csJINI.

⁴⁴ Per un'analisi del quadro complessivo in cui si inserisce la questione si v. M. MANETTI, *I regolamenti delle Autorità Indipendenti*, in Brunelli G., Pugiotto A., Veronesi P. (a cura di), "Scritti in onore di Lorenza Carlassarre. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere", Napoli, Jovene, 2009.

⁴⁵ Si v. ad esempio Cons. Stato, Sez. Cons. Atti Normativi, Ad. n. 11603/05 (parere) del 14 febbraio 2005.

⁴⁶ Teoria elaborata originariamente dallo statunitense A. Hamilton e in seguito sposata anche dalla dottrina italiana. Secondo l'autore, sono poteri impliciti quelli autorizzati da un documento vincolante, che pur non essendo menzionati, si devono implicitamente ritenere attribuiti in virtù delle disposizioni esplicitamente previste, pur permanendo la necessità di una concreta verifica della sussistenza di una relazione di carattere naturale tra il mezzo impiegato e i poteri espressamente sanciti. Si v. sull'argomento M.P. FEDERICI, *The Political Philosophy of Alexander Hamilton*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2012.

teri non espressamente previsti, indirettamente ricavabili da quelli conferiti esplicitamente, i quali delincono i “confini esterni della ‘competenza’ o in altre parole l’estensione di un potere sicuramente attribuito dalla legge”⁴⁷ necessario per il governo complessivo del settore.

In aggiunta, l’AGCOM sostiene che un’attribuzione espressamente compiuta del proprio potere regolamentare è da rinvenirsi nel d.lgs. n. 44 del 2010 (conosciuto anche come “decreto Romani”)⁴⁸, affermando che: “Il ruolo rilevante dell’Autorità nella protezione del diritto d’autore è stato recentemente riconfigurato dall’art. 6 del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 44 (c.d. “decreto Romani”), che ha inserito nel Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici – già Testo unico della radiotelevisione – l’art. 32 *bis*, rubricato appunto “*Protezione dei diritti d’autore*”, sia pure con riguardo allo specifico settore radiotelevisivo (*rectius* dei “media audiovisivi”). In particolare, tale nuovo articolo, [...] al comma 3 attribuisce proprio all’Autorità il compito di emanare ‘*le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l’osservanza dei limiti e divieti di cui al presente articolo*’. L’Autorità ritiene che la disposizione testé citata intervenga ad integrare la propria competenza “generale” in materia già tracciata dall’art. 182 bis della legge 633/41 (sia pure nei limiti delle attribuzioni che le sono proprie)”⁴⁹.

In effetti, il decreto Romani ha avuto un indubbio effetto espansivo della competenza regolamentare dell’AGCOM in materia di *copyright enforcement* ma, ciononostante, è necessario specificare che l’aggiornamento del Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici disposto con quel decreto ha avuto ad oggetto appunto la particolare categoria dei servizi di media audiovisivi. Riflettendo allora sulla definizione di tale categoria, secondo la descrizione fornita proprio dall’Autorità stessa: “Per servizi di media audiovisivi si intendono tutti i mezzi di comunicazione di massa, destinati cioè alla fruizione da parte di una porzione considerevole di pubblico, posti sotto la

⁴⁷ R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Diritto amministrativo. Manuale breve 2009*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 384. Sul punto si v. anche N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001.

⁴⁸ D.lgs. 15 marzo 2010, n. 44 in materia di Attuazione della direttiva 2007/65/CE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l’esercizio delle attività televisive. La legge delega prevedeva espressamente che il recepimento della direttiva avvenisse con la tecnica della novellazione sul decreto legislativo 177/05, *Testo Unico sulla radiotelevisione*.

⁴⁹ AGCOM, *Lineamenti di provvedimento concernente l’esercizio delle competenze dell’Autorità nell’attività di tutela del diritto d’autore sulle reti di comunicazione elettronica*, Allegato B alla Delibera n. 668/10/CONS del 17 dicembre 2010, pp. 5-6.

responsabilità editoriale di un fornitore di servizi di media, il cui obiettivo principale è la fornitura di programmi al fine di informare, intrattenere o istruire il grande pubblico, attraverso reti di comunicazioni elettroniche, inglobando le attività precipuamente economiche⁵⁰ e sul limite della competenza introdotto dal decreto Romani (cioè servizi di media audiovisivi “posti sotto la responsabilità editoriale di un fornitore”) appare piuttosto manifesta l’esclusione di una potestà regolamentare concernente le persone fisiche o giuridiche che si occupano unicamente della trasmissione e condivisione di dati, informazioni e contenuti privi di alcuna responsabilità editoriale⁵¹. L’*Authority* dovrebbe comunque essere ben consapevole della suddetta limitazione che, come indicato dall’art. 16 della direttiva 2007/65/CE del 1° dicembre 2007⁵² cui il decreto Romani dà seguito, non permette di includere nella sfera della delega “i siti Internet privati e i servizi consistenti nella fornitura o distribuzione di contenuti audiovisivi generati da privati ai fini di condivisione o di scambio nell’ambito di comunità d’interesse”⁵³. Anche a dispetto di ciò, però, l’AGCOM sostiene che nel caso siano imputabili a soggetti afferenti a tale categoria dei comportamenti volti a favorire l’accesso non autorizzato a materiale protetto da *copyright*, interverrebbero le generali competenze di prevenzione e accertamento conferite dall’art. 182 bis della legge n. 633 del 1941⁵⁴, che, appunto, secondo la teoria dei poteri impliciti, si estenderebbero sino ad abbracciare anche la potestà di emanare regolamenti a riguardo.

Ad avallo della posizione “flo-estensiva” è poi intervenuto – in casi specifici⁵⁵ – anche il giudice amministrativo, che ha ammesso la legittimità della competenza regolamentare di alcune *authority*, anche nel caso in cui queste non avessero alcuna delega esplicita, a chiara condizione che però detenesse-

⁵⁰ Definizione fornita dall’AGCOM all’interno del proprio sito ufficiale, alla pagina chiamata “*Le radio e le tv sul web: FAQ*”, disponibile in www.agcom.it/Default.aspx?message=contenuto&DCId=481.

⁵¹ Cfr. M. OROFINO, *op. cit.*

⁵² Direttiva 2007/65/CE dell’11 dicembre 2007 che modifica la direttiva 89/552/CEE del Consiglio relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l’esercizio delle attività televisive.

⁵³ Cfr. art. 16, Direttiva 2007/65/CE dell’11 dicembre 2007.

⁵⁴ Cfr. AGCOM, *Lineamenti di provvedimento concernente l’esercizio delle competenze dell’Autorità*, cit., p. 6.

⁵⁵ Si fa riferimento a un regolamento Consob (TAR Lazio, Sez. I, 9 maggio 2006 n. 3367); a una delibera a contenuto regolamentare dell’AEEG (Cons. Stato, Sez. VI, 17 ottobre 2005 n. 5827); a un regolamento dell’ISVAP (Cons. Stato, Sez. VI 16 ottobre 2008, n. 5026).

ro già compiti amministrativi in materia. Come intuibile dunque, non si può negare aprioristicamente “l’esistenza di un potere regolamentare implicito legato all’attribuzione di funzioni amministrative”⁵⁶.

Tale approccio, tuttavia, solleva serie criticità rispetto a una possibile lesione del principio di legalità dovuta al gravoso peso della normazione secondaria proveniente da questi organismi indipendenti, scevri da alcuna legittimazione democratica e vincolati esclusivamente al fine da raggiungere⁵⁷, che è suscettibile di incidere sui diritti fondamentali quali sono la libertà d’espressione e il diritto alla privacy. Comprendere, poi, quanto le procedure di consultazione pubblica promosse dall’AGCOM durante le fasi di *rule-making* possano incidere e controbilanciare effettivamente questo *deficit* democratico attraverso un “bagno” di legittimazione democratico-rappresentativa non è un’operazione priva di complessità.

Dato il carattere altamente controverso della materia, si stenta a immaginare che, negli altri due Paesi presi in esame, si sia solo presa in considerazione la concessione di una delega regolamentare di tale rilevanza e ampiezza a un’autorità amministrativa indipendente. Si pensi infatti al vasto apparato statunitense a tutela del diritto d’autore: il *Copyright Office* – che detiene anche poteri di *rulemaking* in materia – svolse esclusivamente una funzione tecnico-consultiva di supporto nei confronti del Congresso al momento dell’approvazione del DMCA⁵⁸, mentre un semplice annuncio del coinvolgimento della FCC (*independent regulatory authority* con compiti analoghi all’AGCOM ma non espressamente dotata di alcun potere in tema di tutela del copyright) da parte del *Department of Justice* in una *Task Force* volta al *copyright enforcement*, è stato oggetto di polemica da parte di alcune organizzazioni a tutela della *network neutrality*, che hanno obiettato che “in the modern world of telecommunications, it is inevitable that illegal activities of all kinds occur on telephone, wireless, and Internet communications networks – but that does not make it the FCC’s job to stop such behavior”⁵⁹.

⁵⁶ Cfr. M. OROFINO, *op. cit.*, p. 8.

⁵⁷ Cfr. A. PIROZZOLI, *op. cit.*, p. 4.

⁵⁸ Si v. lo *statement* di Marybeth Peters (ex *Register of Copyrights*) di fronte al *Subcommittee on Courts and Intellectual Property* del 23 luglio 1998 (anno di approvazione del DMCA). M. PETERS, *Copyright Office Operations, Accomplishments, and Challenges*, United States House of Representatives, 105th Congress, 2nd Session, 23 luglio 1998, disponibile in www.copyright.gov/docs/regstat72398.html.

⁵⁹ Lettera del CDT - *Center for Democracy & Technology* allo *U.S. Department of Justice*, 24 febbraio 2010, disponibile in goo.gl/lerVy4.

Nel novembre 2013, sono inoltre intervenute sulla questione due personalità di rilievo: il relatore speciale ONU sulla promozione e salvaguardia della libertà d'opinione e d'espressione, Frank La Rue, e la presidente della Camera dei Deputati, Laura Boldrini. Il primo, nell'ambito di una visita ufficiale tesa alla comprensione e valutazione generale dello "stato" della libertà di espressione in Italia, ha presentato alla SIOI - Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale un documento intitolato "Osservazioni e raccomandazioni preliminari", che sotto la voce "AGCOM" recita: "Il tema della proprietà intellettuale nel contesto della libertà di espressione è stato sollevato in più di un incontro nel corso della mia visita. Tutte le normative che disciplinano i diritti costituzionali, in particolare se riguardano la libertà di espressione, dovrebbero essere approvate dal Parlamento. In quanto autorità indipendente, l'AGCOM ha la responsabilità di applicare le disposizioni in vigore previste dalla legge. È solo a tal fine che l'AGCOM ha il potere di adottare regolamentazioni amministrative proprie"⁶⁰. La seconda, invece, in un convegno a Roma in tema di diritto d'autore e le leggi sulla stampa, ha dichiarato: "Sul tema del diritto d'autore on line, auspico che il legislatore, noi parlamentari, sappiamo fare la nostra parte. So quanto animato sia il dibattito, ma spero che in un tempo ragionevole e ravvicinato possa venire dai diversi gruppi politici – alcuni dei quali hanno già presentato proposte – una risposta all'esigenza di aggiornare la normativa tenendo insieme diritti ed interessi"⁶¹.

Due prese di posizione che, per la loro nettezza, non hanno bisogno di ulteriore commento.

3.2. *Il contenuto della regolazione: alcune criticità nel bilanciamento tra i diritti in gioco*

Passate in rassegna le principali perplessità concernenti la legittimità del potere regolamentare dell'AGCOM in materia di tutela del diritto d'autore in Rete, sarà ora interessante entrare nel merito dello Schema di regolamento AGCOM. Lo schema si apre con un articolo dedicato alla definizione di una lista di termini su cui l'Autorità preferisce preventivamente evitare eventuali ambiguità ermeneutiche. Tra le tante, si possono individuare alcu-

⁶⁰ F. LA RUE, *Visita in Italia, 11-18 novembre 2013, Osservazioni e raccomandazioni preliminari*, Roma, 18 novembre 2013, pp. 6-7, disponibile in goo.gl/2IFXU9.

⁶¹ F. ALIVERNINI, *Boldrini gela l'Agcom: "Sul diritto d'autore decide il Parlamento"*, in "La Stampa", 14 novembre 2013, disponibile in goo.gl/59PwFF.

ne voci che, più delle altre, risultano di particolare interesse: “Prestatore di servizi della società dell’informazione”; “Prestatore di servizi intermediari” e “Gestore della pagina internet”⁶².

La prima definizione fa riferimento all’ampia categoria di tutti i soggetti che offrono un qualsiasi servizio all’interno della Rete⁶³. La seconda, invece, descrive i “prestatori di servizi intermediari” (facenti parte di un sottoinsieme incluso nella voce di cui sopra) come i soggetti che soddisfano i requisiti per i quali è concesso l’accesso ai *safe harbors*. Si osservi che tra le diverse tipologie di *provider* (che svolgono attività di *mere conduit*, *caching* e *hosting*) non viene compiuta alcuna distinzione in termini di disciplina, riconducendo l’intero gruppo a un’unica regolamentazione riguardo i possibili provvedimenti inibitori (dunque, si possono già prevedere alcune criticità in sede di applicazione⁶⁴). In aggiunta alle due categorie appena menzionate, AGCOM ne introduce una terza, il “gestore della pagina Internet”, considerato non come “prestatore di servizi intermediari”, ma come mero “prestatore di servizi”. È importante comprendere appieno il distinguo, poiché da ciò sorge una sostanziale differenza nel caso in cui questo soggetto sia implicato in violazioni del diritto d’autore: il gestore, non amministrando i contenuti secondo meccanismi automatici e passivi (come un *provider* è supposto fare) si assume direttamente la responsabilità del materiale pubblicato. Da precisare, però, che egli non può essere automaticamente legato alla figura dell’*uploader* dei contenuti, tranne nell’ipotesi in cui – ad esempio – la pagina gestita sia un *blog* personale⁶⁵. Per di più, quest’ultima definizione contiene un esplicito riferimento ai “collegamenti ipertestuali (*link* o *tracker*)” alle opere digitali (o parte di esse), che possono essere pubblicati nello spazio amministrato dal gestore anche per opera di soggetti terzi: tale formulazione parrebbe suggerire che l’Autorità ha optato per una consistente estensione della responsabilità, poiché il gestore potrebbe essere oggetto di provvedimenti restrittivi anche per *link* che abilitano al *copyright infringement* caricati da altre persone⁶⁶.

⁶² Cfr. rispettivamente art. 1, co. 1, lett. f), g) e h), Schema di regolamento AGCOM

⁶³ Cfr. art. 2, co. 1, lett. a), d.lgs. 70/2003.

⁶⁴ Cfr. B. SAETTA, *Cosa prevede il regolamento AgCom sul diritto d’autore in Rete*, cit.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Il tutto poi senza distinguere i comportamenti sulla base della consapevolezza (a differenza dell’autorità giudiziaria). In tal modo l’Autorità pone sullo stesso piano il *linking* intenzionale (operato direttamente dal gestore) e il *linking* indiretto (operato da terzi per la fruizione di contenuti illeciti). Si v. Trib. Roma, IX Sez. Civ., ord. RGAC n. 43747/13, 16 luglio 2013.

Per quanto riguarda le procedure di rimozione dei contenuti, lo schema attraverso cui AGCOM potrà operare sarà (come già accennato) binario, e prevederà sia una procedura ordinaria sia una procedura abbreviata. L'art. 5, co. 1 sancisce che l'attivazione delle suddette potrà avvenire solo "su istanza di parte", scartando quindi l'ipotesi di avvio di procedimenti d'ufficio⁶⁷. Un ulteriore vincolo è delineato dall'art. 6, che stabilisce la propedeuticità di un tentativo di risoluzione interprivata tra parte lesa e autore del presunto *infringement* ai fini dell'attivazione del procedimento dinanzi all'*Authority*. Difatti l'art. 6, co. 1 recita: "Qualora un soggetto legittimato ritenga che un'opera digitale resa disponibile su una pagina internet violi un diritto d'autore o un diritto connesso, può inviare una richiesta di rimozione al gestore della pagina Internet"⁶⁸. Successivamente, nel caso in cui il soggetto parte lesa abbia correttamente esperito le procedure di cui sopra senza ottenere la rimozione del contenuto oggetto del presunto *infringement*, il titolare dei diritti avrà facoltà di ricorrere all'AGCOM⁶⁹. L'istanza di parte è dunque

⁶⁷ Approccio che in questo caso denota il buon senso dell'*Authority*, che comprende l'inopportunità tecnica, giuridica, nonché finanziaria di operare un sistematico monitoraggio della Rete. Cfr. art. 5, co. 1, Schema di regolamento AGCOM.

⁶⁸ Cfr. art. 6, co. 1, Schema di regolamento AGCOM.

⁶⁹ L'art. 7, intitolato "Istanza all'Autorità", recita: "1. Qualora l'opera digitale che si assume diffusa in violazione della Legge sul diritto d'autore non sia stata rimossa, il soggetto legittimato può richiederne la rimozione all'Autorità: a) nei casi di cui all'articolo 6, comma 2, una volta concluse le procedure ivi previste e, comunque, decorsi sette giorni dal loro avvio; b) in mancanza delle procedure di cui all'articolo 6, comma 2, decorsi due giorni dall'invio della richiesta al gestore della pagina internet. 2. L'istanza all'Autorità di cui al comma 1 è trasmessa utilizzando, a pena di irricevibilità, il modulo di cui all'allegato 1 al presente regolamento, reso disponibile sul sito internet dell'Autorità, e allegando ogni documentazione utile a comprovare la titolarità del diritto. 3. Il soggetto legittimato può chiedere direttamente all'Autorità la rimozione dell'opera digitale che si assume diffusa in violazione della Legge sul diritto d'autore qualora manchino le procedure di autoregolamentazione di cui all'articolo 6, comma 1, e non risulti possibile rivolgersi al gestore della pagina internet su cui è resa disponibile l'opera digitale medesima. 4. Il procedimento dinanzi all'Autorità non può essere promosso qualora per il medesimo oggetto e tra le stesse parti sia stata adita l'Autorità giudiziaria. 5. La Direzione dispone l'archiviazione in via amministrativa delle istanze che siano: a) irricevibili per mancato utilizzo del modulo di cui all'allegato 1 al presente regolamento o per difetto di informazioni essenziali; b) inammissibili in quanto non riconducibili all'ambito di applicazione del presente regolamento; c) improcedibili per mancato esperimento delle procedure di cui all'articolo 6; d) manifestamente infondate; e) ritirate prima della trasmissione degli atti all'organo collegiale di cui all'articolo 8, comma 7. 6. La Direzione informa periodicamente l'organo collegiale delle archiviazioni disposte ai sensi del comma 5. 7. Con riferimento alle istanze non archiviate in via amministrativa la Direzione avvia il procedimento ai sensi dell'articolo 8. 8. La Direzione dispone l'archiviazione in via amministrativa ovvero avvia il procedimento entro dieci giorni dalla ricezione delle istanze."

imprescindibile per l'avvio della fase istruttoria della procedura, che è comunicato ai soggetti coinvolti nel contenzioso, ossia: titolare, *uploader* e gestore della pagina Internet contenente il materiale, nonché ai "prestatori di servizi all'uopo individuati"⁷⁰.

Nel procedimento ordinario, in caso di non rintracciabilità del gestore della pagina *web*⁷¹, l'*Authority* procederà alla sua identificazione tramite richiesta dei dati personali al *provider*, che è a sua volta obbligato a replicare entro quarantotto ore dalla comunicazione⁷² (pena l'impossibilità di accedere ai *safe harbors* del decreto 70/2003). Si noti, a questo punto, come sul capo del *provider* penderà l'ordine perentorio di fornire i dati personali di un proprio user, sebbene non vi sia stata ancora una valutazione approfondita sul merito della notifica del presunto *infringement*, determinando così un possibile *vulnus* pregiudiziale rispetto alla protezione dei dati personali del gestore⁷³ (il quale, si ricordi ancora, può anche non coincidere con l'*uploader* del materiale oggetto del contenzioso⁷⁴).

Questo aspetto controverso dello schema di *copyright enforcement* italiano presenta dei tratti di analogia con il problema del *misuse* della richiesta di *subpoena*⁷⁵, proprio dell'ordinamento statunitense. Nel modello statunitense infatti, l'approvazione di tale *subpoena* implica una verifica meramente formale della richiesta da parte del *clerk* e ha come risultato il disvelamento dei dati personali del presunto *infringer* (causando quindi una compressione del diritto alla privacy dell'*Internet user*). Ciò sarebbe per un certo verso anche ammissibile, nella misura in cui la richiesta fosse realmente finalizzata alla protezione dei diritti dei titolari messi seriamente a repentaglio da gravi

⁷⁰ Cfr. art. 8, Schema di regolamento AGCOM.

⁷¹ Da notare che lo Schema di regolamento non specifica in alcun modo cosa si debba intendere per impossibilità di rivolgersi al gestore della pagina.

⁷² Cfr. art. 8, co. 2, Schema di regolamento AGCOM.

⁷³ Cfr. B. SAETTA, *Il processo breve dell'AGCOM*, in "BrunoSaetta.it", 1 agosto 2013, disponibile in brunosaetta.it/diritto-autore/il-processo-breve-dell-agcom.html.

⁷⁴ Si consideri inoltre che, nel caso in cui gestore e *uploader* non coincidessero e quest'ultimo non sia raggiungibile, il gestore si potrebbe trovare nell'impossibilità di controdedurre l'accusa di *copyright infringement*, in quanto soggetto terzo alla contesa e dunque non a conoscenza di un'eventuale liceità dell'utilizzo del contenuto pubblicato.

⁷⁵ Il passaggio dal *notice and takedown* alla *lawsuit* presuppone una condizione essenziale: la conoscenza dell'identità del presunto *infringer*, al fine di poter avviare l'azione legale contro tale soggetto. A tal proposito la *Section §512 (b) (1) U.S. Code* sancisce che la comunicazione dei dati personali del presunto *infringer* è vincolata alla presentazione e accettazione di una richiesta di *subpoena* (presso il *clerk* di ogni corte distrettuale degli USA) nei confronti del relativo ISP, il quale potrà ricondurre l'indirizzo IP dell'utente ai suoi dati sensibili.

infrazioni. Purtroppo, invece, sono numerosi i casi segnalati in cui il dispositivo del *subpoena* è sfruttato per scopi estorsivi dai c.d. *copyright troll*, la cui mira ultima è essenzialmente il raggiungimento di un *settlement* interprivato che garantisca l'ottenimento di un indennizzo pecuniario (dietro minaccia dell'avvio di una causa in caso di mancato accordo⁷⁶).

Sebbene, nel caso italiano, la richiesta di disvelamento dei dati identificativi del presunto *infringer* sarà effettuata dall'AGCOM a seguito di una verifica preliminare dell'istanza (a differenza della richiesta di *subpoena* che viene compiuta direttamente dal titolare dei diritti pretesamente lesi), ciò non costituirebbe una sufficiente garanzia, in quanto non è ben chiaro: se l'*Authority*, durante la fase istruttoria (in cui esegue un primo controllo di legittimità dell'istanza) si limiterà a cercare elementi di manifesta infondatezza oppure entrerà propriamente nel merito del conflitto; se, ad avvenuto ottenimento dei dati personali del presunto *infringer*, l'*Authority* concluderà il procedimento preservando tali informazioni o le comunicherà anche al soggetto istante.

Ricevuta la comunicazione, gestore e *uploader* potranno entro tre giorni procedere alla rimozione spontanea del contenuto o, nel caso in cui ritengano che la notifica sia illegittima, procedere in controdeduzione all'accusa⁷⁷. Quest'ultima azione comporta la trasmissione degli atti dalla Direzione all'organo collegiale il quale, esaminato il caso, entro 45 giorni "ne dispone l'archiviazione ovvero esige che i prestatori di servizi destinatari della comunicazione [...] pongano fine alla violazione commessa [...]"⁷⁸. Se invece una delle parti adisse l'autorità giudiziaria, la Direzione (avutane comunicazione dalla parte attrice) è tenuta a trasmettere gli atti all'autorità di competenza⁷⁹.

Tornando alla procedura amministrativa, lo schema di regolamento dispone che il *provider* è obbligato "[...] entro tre giorni dalla notifica del-

⁷⁶ Per alcuni casi di *copyright troll* operati attraverso il *misuse* del *subpoena*, si v. M. STOLTZ, *Prenda Law Is the Tip of the Iceberg*, in "EFF", 7 maggio 2013, disponibile in www.eff.org/deeplinks/2013/05/prenda-law-tip-iceberg; THE PIETZ LAW FIRM, *Slaying the Copyright Troll: Help, I Got a Letter from my ISP Seeking to Subpoena My Identity Because a Copyright Troll Wants to Sue me for Copyright Infringement — What do I do?*, disponibile in goo.gl/o5iDjg.

⁷⁷ Questa disposizione è da considerarsi piuttosto critica dal punto di vista di un appropriato rispetto del diritto di difesa. Cfr. art. 8, co. 4 e 5, Schema di regolamento AGCOM.

⁷⁸ Cfr. art. 9, co. 1, Schema di regolamento AGCOM.

⁷⁹ Cfr. art. 8, co. 8, Schema di regolamento AGCOM.

l'ordine, alla rimozione selettiva delle opere digitali diffuse in violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi ovvero alla disabilitazione dell'accesso alle medesime, rispettando i criteri di gradualità e di proporzionalità e tenendo conto, tra l'altro, della gravità della violazione e della localizzazione del server⁸⁰. La c.d. rimozione selettiva consiste nell'eliminazione della pagina *web* contenente il materiale considerato di illecita pubblicazione⁸¹, mentre per disabilitazione all'accesso si intende una misura di carattere più invasivo, tesa a rendere impossibile l'accesso all'intero sito internet identificato dal nome di dominio (DNS) o dall'indirizzo IP associato⁸².

Queste procedure di *takedown* si potrebbero rivelare tuttavia piuttosto controverse se si considera che, nel caso in cui si voglia effettuare la rimozione selettiva dei contenuti su di una pagina il cui *server* è localizzato all'estero, il *provider* dovrebbe utilizzare la tecnica di c.d. *deep packet inspection*⁸³, vietata dalle norme comunitarie⁸⁴ e già condannata più volte dalla Corte di Giustizia Ue⁸⁵. Il commissario AGCOM Posteraro ha però precisato che non è assolutamente intenzione dell'Autorità quella di obbligare gli ISP a compiere tali operazioni di filtraggio⁸⁶, e che quindi nei casi in cui non sia possibile

⁸⁰ Cfr. art. 9, co. 1, Schema di regolamento AGCOM.

⁸¹ Si fa riferimento alla definizione fornita dallo stesso Schema di regolamento di cui all'art. 2, co. 1, lett. cc), che recita testualmente: "eliminazione dalla pagina internet delle opere digitali diffuse in violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi ovvero del collegamento ipertestuale (*link* o *tracker*) alle stesse".

⁸² Si fa riferimento alla definizione fornita dallo stesso Schema di regolamento di cui all'art. 2, co. 1, lett. dd), che recita testualmente: "disabilitazione dell'accesso al sito Internet univocamente identificato da uno o più nomi di dominio (DNS) o dagli indirizzi IP ad essi associati".

⁸³ La DPI - *Deep Packet Inspection* è una forma di filtraggio dei pacchetti dati in transito su una rete a commutazione di pacchetto che esamina i contenuti dei pacchetti stessi (*payload*) alla ricerca di contenuti che non siano conformi a determinati criteri prestabiliti dall'operatore/ISP.

⁸⁴ Si consideri il quarantasettesimo considerando della direttiva 31/2000, che sancisce espressamente: "Gli Stati Membri non possono imporre ai prestatori un obbligo di sorveglianza di carattere generale. Tale disposizione non riguarda gli obblighi di sorveglianza in casi specifici e, in particolare, lascia impregiudicate le ordinanze emesse dalle autorità nazionali secondo le rispettive legislazioni".

⁸⁵ Si vedano ad esempio le conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón nella causa C-70/10, *Scarlet Extended / Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs (Sabam)*, su cui si è pronunciata la Corte di Giustizia europea.

⁸⁶ L. MACI, *Copyright, Posteraro: "Contestazioni basate su inesattezze"*, in "Corriere delle comunicazioni", 21 luglio 2013, disponibile in www.corrierecomunicazioni.it/it-world/22704_copyright-posteraro-contestazioni-basate-su-inesattezze.htm.

operare la rimozione selettiva, si adatterà la misura di disabilitazione all'accesso (con la conseguenza che tale blocco potrebbero anche oscurare altri siti *web* ospitati dallo stesso *server*, completamente estranei al comportamento illecito⁸⁷). L'inottemperanza dell'ordine di rimozione o disabilitazione da parte del *provider* comporterà l'irrogazione da parte dell'*Authority* di una sanzione pecuniaria (stabilita dall'art. 1, co. 31, l. 249/1997) da 10.000 fino a 250.000 euro⁸⁸, nonché la comunicazione agli organi di polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 182 ter della legge sul diritto d'autore⁸⁹.

Per quanto riguarda invece il procedimento abbreviato (art. 10), esso è attivabile nel momento in cui (a seguito di un'iniziale analisi dei fatti portata all'attenzione dal titolare dei diritti) la Direzione riscontri una violazione che potrebbe configurare "una grave lesione dei diritti di sfruttamento economico di un'opera digitale, in considerazione, tra l'altro, del carattere massivo della violazione o dei tempi di immissione sul mercato dell'opera stessa"⁹⁰. Più in dettaglio, l'art. 10, co. 2, dello schema di regolamento riporta un elenco di condizioni⁹¹ per le quali la Direzione valuta il ricorso al procedimento abbreviato, come ad esempio: la reiterazione dell'illecito; la quantità di opere diffuse illegalmente; il valore economico dei diritti violati e la gravità del danno causato; lo scopo di lucro nell'offerta illegale delle opere digitali (consistente anche nei ricavi pubblicitari).

⁸⁷ B. SAETTA, *Il processo breve dell'AGCOM*, cit. Si veda inoltre su questo argomento un caso emblematico di disabilitazione all'accesso, ben riassunto nell'articolo: M. SCIALDONE, *Cyberlocker e diritto d'autore: il Tribunale di Roma annulla il sequestro di Rapidgator*, in "Diritto Mercato Tecnologie", disponibile in www.dimt.it/2013/06/03/cyberlocker-e-diritto-dautore-il-tribunale-di-roma-annulla-il-sequestro-di-rapidgator/.

⁸⁸ Cfr. art. 1, co. 31, l. 249/1997.

⁸⁹ Cfr. art. 9, co. 4, Schema di regolamento AGCOM.

⁹⁰ Cfr. art. 10, co. 1, Schema di regolamento AGCOM.

⁹¹ Cfr. art. 10, co. 2, Schema di regolamento AGCOM: "a) la persistenza della messa a disposizione di opere digitali in violazione del diritto d'autore e dei diritti connessi; b) la significativa quantità delle opere digitali diffuse in violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi; c) il valore economico dei diritti violati e la gravità del danno causato dall'asserita violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi; d) l'incoraggiamento, anche indiretto, alla fruizione di opere digitali diffuse in violazione della Legge sul diritto d'autore; e) il carattere ingannevole del messaggio, tale da indurre nell'utente l'erronea convinzione che si tratti di attività lecite; f) la messa a disposizione di indicazioni in merito alle modalità tecniche per accedere alle opere digitali diffuse illegalmente; g) lo scopo di lucro nell'offerta illegale delle opere digitali, desumibile anche dal pagamento diretto dei medesimi o dalla diffusione di messaggi pubblicitari; h) la provenienza dell'istanza di cui all'articolo 7 da parte di una delle associazioni di cui all'articolo 1, comma 1, lettera u)".

Riflettendo su questi parametri, sorgono alcuni interrogativi: per l'avvio del procedimento abbreviato sarà necessario il riscontro di un singolo elemento, oppure il soddisfacimento di un insieme di condizioni? Cosa si deve intendere per "grave lesione"⁹² e "carattere massivo della violazione"? E ancora, si estenderà in sede di applicazione il concetto di "scopo di lucro" anche ai casi in cui il materiale oggetto dell'*infringement* si trovi in una pagina *web* dove sia presente un semplice *banner* pubblicitario (che consente di ricavare una somma a volte non sufficiente neanche a sostenere i costi di *hosting*⁹³)?

Da quanto detto si dovrebbe dunque comprendere che la genericità degli elementi che l'AGCOM si propone di valutare per dare avvio alla procedura breve rischia di avere un effetto destabilizzante, in particolare sotto il profilo della certezza del diritto. Difatti, se la previsione di margini di discrezionalità è necessaria per un'amministrazione efficace dei provvedimenti, l'eccessiva vaghezza dei riferimenti formulati nello schema fa presagire la possibile concretizzazione di un impianto arbitrario di decisione. Inoltre, l'adozione di tale *iter* comporta un drastico contingentamento dei tempi di elaborazione del procedimento: l'avvio del procedimento avviene entro tre giorni dall'istanza; il riscontro alla richiesta di informazioni da parte del *provider* deve

⁹² Bruno Saetta, al fine di evidenziare la criticità della disposizione, ipotizza il seguente caso: "Allora, se la lesione deve essere 'grave' per il titolare dei contenuti possiamo immaginare, forzando un poco la situazione (ma non troppo), che se pubblico 3 file mp3 sul mio sito o *blog*, e tali file, il cui costo legale è di 0,99 cent l'uno, vengono sentiti o scaricati da 1000 persone ognuno, ottengo una lesione presuntiva di ben 3.000 euro. Infatti il comma parla di 'valore economico dei diritti violati'! Data l'estrema genericità dell'articolo 10, possiamo anche ritenere, quindi che tre soli mp3 pubblicati su un sito internet potrebbero portare all'applicazione del rito abbreviato". B. SAETTA, *Il processo breve dell'AGCOM*, cit.

⁹³ Fulvio Sarzana di Sant'Ippolito sostiene che "qualsiasi inserimento da parte di un utente di un file, in qualsiasi piattaforma, può far scattare la procedura di rimozione selettiva, l'obbligo di fornire all'Agcom il nominativo dell'utente, sino alle ipotesi più gravi di blocco del sito per gli utenti italiani. Se poi il *blog* realizza anche pochi euro dai banner pubblicitari, oppure ha un programma di banner Exchange (o peggio ancora di link Exchange), la procedura diviene ancora più rigida. Il gestore del sito ha un giorno (uno) per ottemperare all'ordine di blocco. Se poi il file viene messo su di *used generated content*, o su un social network, dal momento che gli stessi portali hanno banner pubblicitari, la circostanza farà scattare o la rimozione selettiva del file, o la stessa cancellazione dell'intero portale. La giurisprudenza ha infatti chiarito che lo scopo di lucro si raggiunge anche solo con l'apposizione di un banner pubblicitario del valore di qualche euro, ed anche se lo scopo di lucro non riguarda l'opera che si assume in violazione del diritto d'autore". F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *10 cose da sapere su AGCOM e diritto d'autore. Sanzionate con la cancellazione del sito anche forum ed i blog che "incoraggino la fruizione di opere digitali". Il fact checking su diritto d'autore*, in "Fulog", 19 luglio 2013, disponibile in goo.gl/SRoJJT.

avvenire entro un giorno; l'adeguamento o le controdeduzioni devono pervenire entro un giorno; i provvedimenti vengono adottati entro dieci giorni dall'istanza; l'ottemperanza all'ordine deve avvenire entro un giorno⁹⁴.

La necessità di intervento tempestivo in risposta ai casi di *copyright infringement* che ledono gravemente i diritti dei titolari delle opere, trova senza dubbio piena soddisfazione in tali previsioni regolamentari. Dall'altro lato però, i diritti di difesa del soggetto gestore coinvolto nel procedimento risultano alquanto compressi, dati gli scarsi elementi di tutela e la notevole rapidità nell'avvicinarsi delle fasi della procedura abbreviata. Il provvedimento adottato dall'AGCOM nei confronti del presunto *infringer* potrà comunque essere impugnato e sottoposto al vaglio dell'autorità giudiziaria, la quale tuttavia non potrà operare un giudizio di cognizione piena nel merito della controversia, poiché l'impugnazione degli atti dell'AGCOM potrà avvenire dinanzi non al giudice ordinario, bensì al giudice amministrativo del TAR del Lazio (il quale dispone di un potere decisorio relativo alla sola legittimità dell'operato dell'*Authority*).

Per di più, oltre al notevole onere economico che comporta il ricorso in sede giurisdizionale, è importante rammentare che nel processo amministrativo vige il principio "*onus probandi incubit ei qui dicit*", secondo cui spetta a chi agisce in giudizio indicare e provare i fatti⁹⁵, determinando così un sostanziale ribaltamento dell'onere della prova in capo al presunto autore della violazione. Si noti in questo passaggio la comunanza con lo schema di *enforcement* previsto dalla prima versione della *loi Hadopi*.

In effetti, l'autorità indipendente HADOPI era stata insignita di un potere sanzionatorio che, come *extrema ratio*, avrebbe potuto disporre persino la sospensione dell'accesso a Internet del soggetto colpevole dell'omissione di controllo della propria connessione. Il *Conseil Constitutionnel* individuò però in questa previsione legislativa, uno spiccato profilo di incostituzionalità. Innanzitutto, la decisione del *Conseil* sostenne l'inconfigurabilità di un potere di *enforcement* dalla siffatta portata in capo a una autorità amministrativa che, anche se indipendente, non può porre in essere procedimenti che conducono all'irrogazione di sanzioni comprimenti la libertà d'espressione. In altre parole questo implica che, dato l'incardinamento su riserve di legge e di giurisdizione del sistema di protezione delle libertà⁹⁶, l'irrogazio-

⁹⁴ Cfr. art. 10, co. 1, Schema di regolamento AGCOM.

⁹⁵ Cfr. D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. Napolitano (a cura di), "Diritto amministrativo comparato", Milano, Giuffrè, 2007, pp. 298-300.

⁹⁶ Il parallelismo con l'ordinamento italiano in questo caso è palese: si pensi, ad esempio, all'art. 13 della Costituzione che stabilisce una riserva di legge e una riserva di giurisdizione.

ne delle sanzioni che comportano una grave limitazione delle libertà fondamentali devono essere considerate tipicamente di competenza dell'autorità giudiziaria⁹⁷. Tale negazione delle garanzie processuali contrastava dunque con il codice di condotta dei pubblici poteri incarnato nel concetto europeo di "*procès équitable*"⁹⁸ (e tipico della "*due process of law clause*" della Costituzione statunitense), privando il soggetto sottoposto alla misura sanzionatoria dei diritti alla difesa, nonché della presunzione di innocenza⁹⁹, poiché nell'accertamento dell'illecito penale l'onere della prova è lasciato alla pubblica accusa, mentre in caso di sanzione amministrativa è la parte sanzionata che, opponendosi all'atto, dovrà produrre la prova della sua non colpevolezza. Quanto appena detto per il caso francese (seppur vi siano differenze di approccio sostanziali) sembra valere anche per il modello italiano, dato che la compressione della libertà d'espressione che si determinerà in caso di rimozione dei contenuti sarà operata non da un'autorità giudiziaria, bensì dalla stessa AGCOM (con tutte le conseguenze del caso qualora si volesse impugnare il provvedimento).

In conclusione, ricostruite complessivamente le disposizioni concernenti il *copyright enforcement* contenute nello schema proposto dall'AGCOM, vi è un ultimo elemento critico da sottolineare, che manifesta un ulteriore elemento di precario bilanciamento tra tutela del diritto d'autore e tutela della libertà d'espressione: la mancata previsione nel regolamento di uno specifico nucleo di misure tese alla sanzione e alla disincentivazione dei comportamenti di c.d. *misrepresentation*¹⁰⁰ da parte dei soggetti che presentano la richiesta di rimozione. Con ciò non si vuol negare la presenza di accorgimenti normativi in questo senso (si veda ad esempio la "dichiarazione di veridicità" contenuta nel modulo di istanza per l'avvio del procedimento in seno all'AGCOM¹⁰¹), ma si vuol far notare come questo aspetto della procedura risulti piuttosto debole rispetto alle garanzie concesse al soggetto istante. La questione sembra invece essere stata affrontata con un diverso spirito

⁹⁷ L'art. 66 della Costituzione francese pone la salvaguardia della libertà individuale sotto la protezione dell'autorità giudiziaria.

⁹⁸ Si v. art. 6, co. 1, CEDU - Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo; art. 47, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁹⁹ L'art. 5 della *loi Hadopi* I recitava "Le bienfondé des recommandations adressées sur le fondement du présent article ne peut être contesté qu'à l'appui d'un recours dirigé contre une décision de sanction prononcée en application de l'article L. 331- 27".

¹⁰⁰ Corrispondente al reato di dichiarazione mendace.

¹⁰¹ Cfr. Modulo di istanza ai sensi dell'articolo 7, comma 2, Allegato 1 all'Allegato A della Delibera n. 452/13/CONS; Modulo di istanza ai sensi dell'articolo 12, comma 1, Allegato 2 all'Allegato A della Delibera n. 452/13/CONS.

dal modello di *enforcement* statunitense disciplinato dal DMCA, che cerca di temperare il potenziale abusivo della procedura di *notice and takedown* attraverso la previsione, nell'apposita *Section* §512 (f), di specifiche sanzioni a contrasto della *misrepresentation* dei diritti millantati nella notifica¹⁰².

Nel nostro caso, il regolamento dispone esclusivamente che, nel caso in cui si accerti la manifesta infondatezza dell'istanza di tutela del presunto titolare dei diritti di copia lesi, l'Autorità ne dispone la mera "archiviazione in via amministrativa"¹⁰³. Non è quindi chiaro se la denuncia del reato di *misrepresentation* scatterà in automatico su sollecitazione dell'AGCOM (una volta accertata la non veridicità dei dati forniti nel modulo di istanza), oppure sarà necessaria la denuncia della parte lesa. In questo secondo caso, si riscontrerebbe un disequilibrio delle tutele tra le parti, che potrebbe permettere l'abuso degli strumenti di *copyright enforcement*, nonché eventuali condotte opportunistiche volte in definitiva a comprimere la libertà d'espressione in Rete.

4. RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Le critiche e le perplessità che sono state qui riprese tra le numerose mosse allo schema di regolamento adottato dall'AGCOM non devono assolutamente intendersi come una negazione dell'esigenza generale di assicurare una tutela al diritto d'autore lesa da pratiche di *copyright infringement*, bensì devono considerarsi – anche alla luce del confronto con i modelli francese e statunitense – come un appello a un contemperamento più equilibrato dei diritti in conflitto, che faccia particolare attenzione ai possibili abusi (a danno di libertà e diritti di rilievo costituzionale, quali la libertà di informazione e il diritto alla riservatezza) di cui le normative di *enforcement* possono purtroppo essere foriere.

La formulazione di un testo normativo in materia di *copyright enforcement* non dovrebbe in alcun caso prescindere da una valutazione appropfon-

¹⁰² La *Section* §512 (f), *Title* 17, *U.S. Code* recita infatti: "Any person who knowingly materially misrepresents under this section — (1) that material or activity is infringing, or (2) that material or activity was removed or disabled by mistake or misidentification, shall be liable for any damages, including costs and attorneys' fees, incurred by the alleged infringer, by any copyright owner or copyright owner's authorized licensee, or by a service provider, who is injured by such misrepresentation, as the result of the service provider relying upon such misrepresentation in removing or disabling access to the material or activity claimed to be infringing, or in replacing the removed material or ceasing to disable access to it".

¹⁰³ Cfr. art. 7, co. 5, lett. d), Schema di regolamento AGCOM.

dita dei potenziali danni a diritti e libertà fondamentali arrecabili nell'attività di prevenzione e sanzione dell'illecito. Un elemento di estrema delicatezza da valutare attentamente per un corretto bilanciamento delle disposizioni normative è infatti costituito dai c.d. *chilling effects*¹⁰⁴ dell'*enforcement*, cioè quegli effetti collaterali per cui un soggetto, nel timore di essere sottoposto a eventuali azioni legali (oltre che a misure sanzionatorie), è disincentivato, inibito o addirittura rinuncia all'esercizio legittimo di un proprio diritto, avviluppando così la propria libertà in una spirale auto-censorea.

La consultazione pubblica relativa allo schema di regolamento italiano si è conclusa in data 23 settembre 2013. Il prossimo passo previsto prima della sua entrata in vigore sarà l'esame da parte della Commissione europea; è auspicabile che prima di questo appuntamento l'AGCOM apporti delle modifiche anche significative al testo, tenendo in considerazione le molte osservazioni proposte in più sedi e qui riportate, sostenute da autorevoli giuristi, commentatori e *stakeholder*.

NOTA REDAZIONALE

Quando il fascicolo della *Rivista* era già stato licenziato per la stampa, l'AGCOM ha adottato, il 12 dicembre 2013, il Regolamento per la tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica. Nel sito Internet della *Rivista* (all'indirizzo www.ittig.cnr.it/EditoriaServizi/AttivitaEditoriale/InformaticaEDiritto/tabellasinotticaAGCOM.pdf) è disponibile una tabella sinottica in cui lo Schema di regolamento, commentato in questo contributo, è affiancato al testo finale del Regolamento adottato dall'AGCOM.

¹⁰⁴ Per approfondimenti sull'argomento si consulti il sito *web* dell'organizzazione *Chilling Effects Clearinghouse*, (www.chillingeffects.org/).