

## CONSULTAZIONE PUBBLICA

**SUI LINEAMENTI DI PROVVEDIMENTO CONCERNENTE L'ESERCIZIO DELLE COMPETENZE DELL'AUTORITA' NELL'ATTIVITA' DI TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE SULLE RETI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA**

### *Osservazioni di*

*Adiconsum, Agorà Digitale, Altroconsumo, Assonet, Assoprovider e Studio Legale Sarzana e Associati<sup>1</sup>*

<sup>1</sup> **Adiconsum** è un'associazione di consumatori, con oltre 122.000 associati, costituita nel 1987 su iniziativa della CISL. È presente in tutte le Regioni italiane con 283 sportelli di informazione e tutela nelle maggiori città italiane; **Agorà Digitale** è un'associazione composta da parlamentari, esperti di diritto, ed attori di mercato delle nuove tecnologie che mira all'introduzione di regolamentazioni delle nuove tecnologie digitali che abbiano i diritti civili, i diritti di cittadinanza e la libertà di innovazione come principi ispiratori; **Altroconsumo** è una associazione indipendente di consumatori con oltre 330.000 soci in tutta Italia, Membro del Consiglio Nazionale Consumatori e Utenti, Membro BEUC, Bureau Européen des Unions de Consommateurs, Membro di Consumers international; **Assonet** è l'associazione di categoria aderente alla Confesercenti, che raggruppa le attività economiche del settore Information & Communication Technology (ICT), siano esse Piccole e Medie Imprese o Liberi Professionisti; **Assoprovider** è una associazione di categoria affiliato all'organigramma nazionale di Confcommercio che rappresenta circa 200 ISP (Internet Service Provider); **Studio Legale Sarzana e Associati** composto attualmente da cinque soci stabili e da diversi consulenti esterni, ha tra i suoi referenti Carlo Sarzana di S.Ippolito, Presidente Aggiunto Onorario della Corte di Cassazione, già membro del Comitato Interministeriale per la sicurezza informatica e nelle Telecomunicazioni nella

**SARZANA E ASSOCIATI - STUDIO LEGALE**

VIA VELLETRI 10 - 00198 ROMA ITALY - TEL. +39 06 3211553 +39 06 97614489 - FAX +39 06 9

WWW.LIDIS.IT - INFO@LIDIS.IT

**Milano/Roma 24 febbraio 2011**

Le questioni che sottengono l'esercizio delle competenze dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di seguito "l'Autorità") nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica sono a nostro avviso cruciali non solo per il futuro dell'industria dei contenuti audiovisivi ma anche e soprattutto, sotto il profilo dell'interesse generale, per un equilibrato sviluppo economico, sociale, tecnologico e culturale del nostro Paese. Ringraziamo, pertanto, l'Autorità per l'opportunità concessaci di meglio esplicitare, nell'ambito di codesta consultazione, tutte le perplessità che nutriamo sui lineamenti di provvedimento proposti.

Stanti i diversi profili di possibile lesività delle prerogative del Parlamento e di conflitto con il vigente diritto comunitario, **le presenti osservazioni vengono contestualmente inviate ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica e al Commissario europeo per l'Agenda Digitale.**

## **1) Premessa**

Con l'appello lanciato lo scorso 31 gennaio (*allegato n 1 con le 3750 adesioni a supporto raccolte sul sito [www.sitononraggiungibile.it](http://www.sitononraggiungibile.it)*) le scriventi associazioni, prima ancora che sottoporre le loro risposte formali all'Autorità,

---

*P.A. e Fulvio Sarzana di S. Ippolito, Avvocato. E' specializzato nelle tematiche del diritto civile, penale ed amministrativo dell'informatica e delle telecomunicazioni.*

hanno ritenuto opportuno rivolgersi all'opinione pubblica e al Parlamento indicando i gravi rischi insiti nel procedimento sommario a tutela del diritto d'autore, così come delineato al punto 3.5 della Delibera oggetto di questa consultazione che, ove definitivamente approvato in queste forme, introdurrebbe meccanismi tali da consentire all'Autorità di impedire - in modo automatico e prescindendo da qualsivoglia requisito di colpevolezza accertato dell'Autorità giudiziaria - l'accesso ai siti posti fuori dal territorio italiano e di rimuovere contenuti sospettati di violare il diritto d'autore. In pratica, gli utenti potrebbero vedersi in tal modo sbarrato l'accesso a siti, blog, testate online o altre fonti informative che siano solo sospettate di aver violato la disciplina del diritto d'autore.

**La richiesta di moratoria da noi avanzata è stata peraltro già accolta e condivisa in sede parlamentare da un'interpellanza urgente presentata alla Camera dei Deputati lo scorso 16 febbraio (*allegato n. 2*) e da una mozione presentata al Senato della Repubblica il 23 febbraio (*allegato n. 3*). Riteniamo ingiusto, inopportuno e inappropriato che l'Autorità possa pretendere di regolamentare direttamente ambiti che la Costituzione affida al potere legislativo e al potere giudiziario, che in altri Paesi dell'Unione europea sono stati oggetto di lunghe discussioni parlamentari e con un approccio che, peraltro, come evidenzieremo meglio di seguito, in sede comunitaria è stato nettamente rigettato.**

Se è vero che il diritto d'autore e, più in generale, i diritti di proprietà intellettuale costituiscono, infatti, un cardine inamovibile del sistema culturale ed il

loro rispetto rappresenta un'esigenza ineliminabile per garantire un adeguato sviluppo del patrimonio culturale, le misure di enforcement di tali diritti devono, tuttavia, sempre essere temperate con il necessario ed irrinunciabile rispetto di altri diritti fondamentali dei cittadini prima ancora che dei consumatori ed utenti. Ci riferiamo, in particolare, alla libertà di manifestazione del pensiero (anche attraverso strumenti telematici), ad un processo celebrato dinanzi ad un'Autorità giurisdizionale nel rispetto del principio del contraddittorio nonché al diritto alla privacy, **come ha inteso ribadire recentemente in forma prescrittiva il legislatore europeo a norma dell'articolo 1 paragrafo 3 bis della Direttiva 2009/140/CE del 25 novembre 2009.**

A ben vedere è la stessa Autorità a porre nelle premesse del documento di consultazione in esame le seguenti apprezzabili dichiarazioni di principio: *“Sul tema del diritto d'autore online si è sviluppato negli ultimi anni un ampio dibattito, focalizzato principalmente sulle misure più efficaci per contrastare il fenomeno. Tale approccio, che è sempre stato guidato dalla esigenza di tutelare l'“autore” dinanzi al “consumatore”, ha portato all'adozione, in diversi Paesi, di misure di contrasto fondate essenzialmente su divieti e sanzioni. Gli effetti pratici di un siffatto tipo di reazione, tuttavia, sono quantomeno dubbi. Sarebbe infatti opportuno individuare un modello di regolazione che poggia sull'attribuzione del giusto valore anche ai diritti dei consumatori di accedere ai contenuti online, contestualmente però, va da sé, sostenendo gli autori e le associazioni rappresentative dei loro interessi e i soggetti che veicolano i contenuti sul web. In questo senso, qualunque politica o intervento di contrasto della pirateria non può prescindere dalla coeva promozione di misure finalizzate a favorire l'offerta legale di contenuti accessibili ai cittadini: politiche che*

*guardino ad uno solo di questi due aspetti sono destinate a fallire, come dimostra l'inefficacia delle misure tecniche di contrasto alla pirateria".*

E' anche nostra salda convinzione che **il diritto d'autore dovrebbe essere regolamentato in modo da garantire che nella sfera digitale ci sia il giusto equilibrio tra i diversi interessi, altrimenti da strumento di promozione della creatività e di nuovi contenuti esso diverrà un sistema di controllo e censura pervasivo e un ostacolo intollerabile all'accesso alla cultura e all'informazione.** Purtroppo, però, con un salto logico di cui è difficile comprendere i motivi fondanti, alle pur apprezzabili ed equilibrate dichiarazioni di principio poste nell'incipit del documento di consultazione non fa seguito nel suo prosieguo alcuna proposta di azione concreta per quanto concerne la promozione del mercato legale e l'eliminazione delle barriere di natura contrattuale che ne rallentano lo sviluppo. Per questi aspetti l'Autorità si limita, con estrema timidezza, a svolgere considerazioni di massima astenendosi dall'ipotizzare misure prescrittive nonostante le prerogative conferitele dalla sua stessa legge istitutiva, in tema di concorrenza e tutela dei consumatori nel mercato delle comunicazioni elettroniche, le consentirebbero ampio spazio di manovra.

Una timidezza e una cautela tanto più incomprensibili e stridenti se confrontate con la stringente quanto invasiva proposta avanzata invece dall'Autorità al paragrafo 3.5 con misure prescrittive per quanto concerne l'ipotizzato procedimento sommario di tutela del diritto d'autore.

Per questo motivo, e nostro malgrado, di seguito approfondiremo in primis le ampie criticità di questa parte del documento di consultazione stanti i diversi

profili di possibile lesività delle prerogative del Parlamento e di conflitto con il vigente diritto comunitario che esso solleva.

**2) “Provvedimenti a tutela del diritto d’autore” di cui al paragrafo 3.5 dell’Allegato B alla Delibera n 668/10/CONS, pagg 13-18**

I lineamenti di provvedimento contengono, come si è detto, una procedura di enforcement nel settore del diritto d’autore nelle reti telematiche che non appare essere in linea con la normativa nazionale e comunitaria in tema di diritto d’autore. Si tratta specificamente delle misure previste dal paragrafo 3.5 che destano vive preoccupazioni in tema di diritti costituzionalmente tutelati, in virtù dell’esercizio di poteri “sommari” diretti ed indiretti di inibitoria e di rimozione dei contenuti su Internet sospettati di violare il diritto d’autore, soprattutto in riferimento ai contenuti provenienti dall’estero.

**L’intero procedimento di inibizione delineato dall’Autorità al punto 3.5 appare “travalicare” gli ambiti di competenza della stessa Autorità in relazione alle prerogative della magistratura ordinaria ponendo in luce anche un possibile conflitto di attribuzioni tra Poteri dello Stato.** Tale conflitto avverrebbe tra l’Autorità, in virtù dell’istituzione da parte di quest’ultima di un procedimento amministrativo sanzionatorio e afflittivo che giunge al punto della cancellazione dei contenuti su Internet, e l’Autorità giudiziaria penale in virtù dei poteri ad essa attribuiti dalla Costituzione.

## **2.1) L’Autorità si sostituisce, senza averne i poteri, ai giudici ordinari nella valutazione di un fatto-reato, nella predisposizione di un procedimento sfornito della figura della terzietà**

Un primo problema riguarda i poteri attribuiti “motu proprio” dall’Autorità in una materia di esclusiva spettanza del giudice penale. Le condotte sanzionate con il procedimento delineato dal pragrafo 3.5 della Delibera, ovvero l’immissione in rete di file protetti dal diritto d’autore, sono già previste dalla legge come reato, si tratta infatti delle fattispecie introdotte all’interno della legge sul diritto d’autore dalla legge 43/2005, altrimenti nota come Decreto Urbani. Ed in particolare della fattispecie prevista dal punto a-bis, dell’articolo 171, primo comma, della legge 22 aprile 1941, n. 633, secondo cui: *“Salvo quanto disposto dall’art. 171-bis e dall’articolo 171-ter è punito con la multa da euro 51 a euro 2.065 chiunque, senza averne diritto, a qualsiasi scopo e in qualsiasi forma: “a-bis) mette a disposizione del pubblico, immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un’opera dell’ingegno protetta, o parte di essa;”*. E della fattispecie prevista dall’art 171 ter della stessa norma per chi esercita le attività suddette per scopo di lucro.

Come si ricorderà quelle norme, tra mille polemiche (e viva soddisfazione da parte delle Associazioni a tutela del diritto d’autore) avevano introdotto la responsabilità penale di chi carica contenuti sulla rete senza averne l’autorizzazione del titolare. Paradossalmente quelle norme sembrano oggi una sorta di “garanzia” per chi carica file sulla rete senza l’autorizzazione del titolare di diritti di proprietà intellettuale di ottenere un giusto processo e non una “sommatoria” attribuzione di responsabilità da parte dell’Autorità. In virtù di tali

norme l'immissione in rete di qualsiasi file coperto dal diritto d'autore, a scopo gratuito (o di lucro), costituisce reato ed è assoggettato alla giurisdizione esclusiva del giudice penale il quale dovrà valutare, secondo le forme e le garanzie previste dal codice di procedura penale, la condotta di colui che si ritiene aver immesso le opere su Internet.

L'Autorità "finge" invece di ignorare tale norma affermando al punto 3.5.1 della Delibera " *Ferma restando, infatti, l'azione di repressione, anche sul piano penale, dello sfruttamento a scopo di lucro di opere dell'ingegno, di appannaggio esclusivo della magistratura inquirente, il legislatore ha voluto introdurre meccanismi alternativi di prevenzione e reazione agli illeciti, che però devono essere basati su strumenti ragionevoli e proporzionati, contro chi consente di usufruire (anche solo per finalità meramente private), senza averne diritto, di opere creative.*"

Contrariamente a quanto affermato del tutto "atecnicamente" dall'Autorità non vi è alcun riparto di giurisdizione tra giudice penale e la stessa Autorità che si basi sull'immissione in rete di file a titolo di lucro o a titolo gratuito e che sia tale da attribuire all'Autorità un potere di intervento nella materia del diritto d'autore in ambito penale. In entrambi i casi, sia nel caso in cui il file sia messo a disposizione su una qualsiasi piattaforma, come ad esempio Youtube, da un privato, così come lo stesso sia messo su Internet per scopo di lucro, è sempre la magistratura penale a dover accertare il fatto-reato e il tribunale penale a poter giudicare del fatto ed eventualmente a disporre sanzioni inibitorie di qualsiasi genere.

L'Autorità giurisdizionale ordinaria, non già l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.



## **2.2) I poteri di intervento dell’Autorità sul diritto d’autore non le consentono di agire autonomamente nei confronti dei provider o di coloro che immettono file protetti dal diritto d’autore: gli art 182 bis e 182 ter della legge 633/1942**

Al fine di fondare i propri “presunti” poteri sanzionatori l’Autorità ritiene di aver ricevuto dall’art 182 bis della legge sul diritto d’autore il diritto di accertare, reprimere ( e evidentemente) inibire le condotte di chi immette file sospettati di violare il diritto d’autore nella rete telematica.

In particolare al punto 2.1 del documento di consultazione l’Autorità afferma *“l’Autorità ritiene quindi che rientrino nella sua attività di vigilanza ai sensi dell’art. 182 bis le violazioni del diritto d’autore perpetrate attraverso l’attività di diffusione radiotelevisiva, nonché attraverso le reti degli operatori di telecomunicazione, e che ad essa perciò competano le azioni di tutela del diritto d’autore sui contenuti immessi nelle reti di comunicazione elettronica (tv, reti di tlc e internet).”*

**Ma l’Autorità va molto oltre queste presunte competenze di vigilanza divenendo il “motore” di un procedimento giudiziale “parallelo” che si svolge senza alcuna garanzia procedimentale e senza alcun controllo giurisdizionale, che rischia di violare palesemente i diritti di difesa del cittadino e gli stessi principi di separazione dei poteri che sono alla base del nostro stato di diritto.**

Tutti i poteri attribuiti all’Autorità dall’art 182 bis della legge sul diritto d’autore, così come avviene per quanto già previsto dal Decreto Urbani, infatti, ivi compresi i poteri autonomamente interpretati dalla stessa Autorità, prevedono il **necessario ricorso alla magistratura** per l’eventuale accertamento di reati, senza la possibilità di alcuna valutazione discrezionale in ordine alla procedibilità in merito a tali reati e senza alcuna possibilità di istituzione di un meccanismo “parallelo” di

attribuzione di responsabilità rispetto a quello già esercitato dal giudice. Ciò in virtù proprio di quanto richiamato dall'Autorità nel fondare il proprio "presunto" potere inibitorio.

L'art 182 bis, infatti, nell'evidenziare un potere di vigilanza congiunto tra SIAE e Autorità in tema di diritto d'autore prevede una possibile attività di vigilanza che si deve però attenere ai rigidi principi chiariti dalla stessa legge:

1) Qualora gli ispettori dell'Autorità o della SIAE riscontrino violazioni di legge devono necessariamente fare quanto previsto dall'art 182-ter, ovvero " *Gli ispettori, 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*»

2) nei casi previsti dallo stesso articolo 182 bis comma 3, la stessa norma adottata dall'Autorità per fondare il proprio potere inibitorio prevede che per poter effettuare la vigilanza (quindi prima di alcuna ipotesi di accertamento di eventuali reati che spetta al giudice) lo stesso accesso degli ispettori della SIAE e dell'Autorità presso le emittenti radiotelevisive, dunque presso coloro che dovrebbero essere i destinatari, secondo la corretta interpretazione del decreto Romani, della vigilanza, deve essere autorizzato dall'Autorità giudiziaria.

Dunque l'Autorità in virtù delle stesse norme da lei richiamate:

a) Non ha alcun potere di accertare condotte di immissione di file in rete, potere che spetta semmai agli organi di polizia giudiziaria, i quali dovranno riferire, in caso ritengano vi siano gli estremi della commissione di un reato, al pubblico ministero;

b) non ha ovviamente la possibilità di esercitare poteri inibitori o di cancellazione (“la rimozione selettiva”) che sono ( nel caso) riservati dalla legge, in via esclusiva, al giudice penale.

### **2.3) L’Autorità non può emettere provvedimenti cautelari di spettanza esclusiva del giudice penale. Palese incostituzionalità del procedimento di inibizione**

In merito al procedimento di rimozione dei contenuti e di inibizione per i siti esteri delineato dal punto 3.5.3 si intende segnalare all’Autorità il profilo problematico dell’assenza di poteri cautelari in capo alla stessa Autorità nel settore del diritto penale. La stessa non può esercitare poteri cautelari penali attribuiti nel nostro Ordinamento alla magistratura introducendo ulteriori forme di sequestro al di fuori di quelle già previste dal codice di procedura penale e, soprattutto, anche laddove si dovesse ritenere l’esistenza nel nostro Ordinamento di poteri cautelari extravagantes essi sarebbero attribuibili esclusivamente all’Autorità giudiziaria ordinaria.

Ci si riferisce in particolare a quanto espresso dal punto 4 del paragrafo 3.5. dei lineamenti di provvedimento laddove si stabilisce che *“4. Adozione del provvedimento di ordine alla rimozione - Se l’Autorità, all’esito delle verifiche in contraddittorio, ritiene violata la normativa in tema di diritto d’autore, ordina senza ritardo al gestore del sito o al fornitore del servizio di media audiovisivo, anche per via telematica, l’immediata rimozione del materiale trasmesso in violazione ...e possibilità, in casi estremi e previo contraddittorio, dell’inibizione del nome del sito web, ovvero dell’indirizzo IP, analogamente a quanto già avviene per i casi di offerta, attraverso la rete telematica, di*

*giochi, lotterie, scommesse o concorsi in assenza di autorizzazione, ovvero per i casi di pedopornografia”.*

La procedura di rimozione selettiva di singoli file su un sito web delineata dall’Autorità può essere adottata solo dall’Autorità giudiziaria in occasione di un procedimento penale così come l’inibizione a raggiungere determinati siti presenti all’estero può essere, come ha limpidamente dedotto la Corte di cassazione nel caso Pirate Bay, e solo come extrema ratio, anch’essa adottata solo dalla Magistratura.

La sentenza numero 49437/2010, come si diceva, stabilisce che “sussistendo gli elementi del reato di cui all’articolo 171 ter comma 2 lettera a-bis) legge 633/41, il giudice può disporre il **sequestro preventivo del sito web** il cui gestore concorra nell’attività penalmente illecita di diffusione nella rete internet di **opere coperte da diritto d’autore**, senza averne diritto, richiedendo contestualmente che i provider del servizio di connessione internet escludano l’accesso al sito al limitato fine di precludere l’attività di illecita”.

"Occorre infatti considerare in proposito **che in questa specifica materia (della circolazione dei dati sulla rete informatica Internet) uno speciale potere inibitorio è assegnato all'autorità giudiziaria dagli articoli 14-16 D.lgs 9 aprile 2003, n. 70... (omissis) ...La lettura congiunta di tali disposizioni consente di affermare che sussiste un potere inibitorio dell'autorità giudiziaria penale** avente il contenuto di un ordine ai provider dei servizi suddetti di precludere l'accesso alla rete informatica Internet al solo fine di impedire la prosecuzione del reato di cui all'articolo 171-ter, comma 2, lett. a-bis) L.d.A."diffusione di tali opere”.

La stessa Corte di Cassazione ha chiarito nella sentenza de quo che *“Questo potere esercitabile anche in via d'urgenza, avverte la Suprema Corte, deve, però, essere usato con «proporzionalità» in modo che non sia lesa il diritto alla libertà di pensiero sancito dalla Costituzione”*.

L'Autorità, invece, con la norma proposta ordinerebbe a colui che ha immesso l'opera nelle reti tematiche ovvero ha compiuto il reato di cui sopra, la rimozione, al di fuori di qualsiasi procedimento processualpenalistico di verifica dei presupposti della misura di commissione del reato e al di fuori di qualsiasi procedimento di riesame diretto, violando palesemente i precetti costituzionali.

In proposito, occorre anche osservare che la facoltà per le amministrazioni di adottare provvedimenti cautelari dotati di immediata efficacia è sancita, in linea generale, dall'articolo 7, comma 2 della legge n. 241/90, ma sempre in riferimento a fattispecie amministrative, mai per fatti-reato (o per ipotesi regolate dal codice civile e di procedura civile o per leggi speciali) per le quali, come è evidente, è competente ad emettere provvedimenti cautelari solo ed esclusivamente il giudice naturale di tali fattispecie ovvero un giudice civile e/o penale.

Si ricorda inoltre che le misure che si intendono adottare accedono a fattispecie sanzionate penalmente e civilmente e non possono essere fatte rientrare (senza un apposita previsione normativa) nel novero delle sanzioni amministrative di natura afflittiva, quali sono le ipotesi di rimozione selettiva ed inibizione all'accesso mediante comunicazione ai provider di una lista di siti né a maggior ragione con un inibizione diretta a livello di IP o di DNS, che non sussistono all'interno della legge sul diritto d'autore e che non possono essere introdotte in via amministrativa senza una modifica esplicita a livello di norma primaria .

Si ricordi infine che le pene accessorie amministrative per le violazioni relative al diritto d'autore (la cui irrogazione non può essere ovviamente di competenza dell'Autorità) sono in ogni caso esclusivamente pecuniarie. Si tratta della sanzione amministrativa pecuniaria cui all' art. 174 - bis della LDA pari al doppio del prezzo di mercato delle opere o dei supporti oggetto della violazione in misura comunque non inferiore a € 103; se il prezzo non è facilmente determinabile, la violazione è punita con la sanzione amministrativa da € 103 a €1.032.

Si tratta di un chiaro esempio di *punitive damages*, i quali peraltro sono già esclusi dalla direttiva n. 2004/48/CE *sull'enforcement* dei diritti di proprietà intellettuale per la contrarietà ai principi comunitari sull'illecito civile.

#### **2.4) Necessarietà del ricorso all'Autorità giudiziaria per poter rimuovere selettivamente i contenuti o per inibire l'accesso a siti collocati all'estero nel settore del diritto d'autore. La disciplina relativa alla responsabilità dei provider nel commercio elettronico di cui al dlgs 70/2003**

L'Autorità non è competente ad emettere i provvedimenti de quo nel settore del diritto d'autore che spettano solo ed esclusivamente al giudice ordinario, mentre le segnalazioni in materia di prevenzione e di repressione delle fattispecie di immissione di file coperti dal diritto d'autore senza l'autorizzazione del titolare (e le relative azioni nei confronti dei provider) spettano per legge al Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno.

In base infatti alla legge 21 maggio 2004, n. 128 "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 marzo 2004, n. 72, recante interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di materiale audiovisivo, nonché a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo*", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 119 del 22 maggio 2004, la competenza a ricevere le segnalazioni in materia di prevenzione e repressione delle violazioni attinenti l'immissione in rete di file protetti dal diritto d'autore di natura audiovisiva e le azioni da compiere nei confronti dei provider, dopo l'apposito provvedimento dell'Autorità giudiziaria, è del ***Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno***.

Basta in proposito leggere la norma che segue:

3. *Al comma 2 dell'art. 171-ter della legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, dopo la lettera a) e' inserita la seguente: "a-bis) in violazione dell'art. 16, per trarne profitto, comunica al pubblico immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore, o parte di essa;"*.

4. ***Il Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno raccoglie le segnalazioni di interesse in materia di prevenzione e repressione delle violazioni di cui alla lettera a-bis) del comma 2 dell'art. 171-ter della legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, assicurando il raccordo con le Amministrazioni interessate.***

La norma è quindi molto chiara nello stabilire chi e in che modi può imporre ordini ai provider. I due commi della norma attualmente in vigore che seguono inoltre sono molto chiari nel riferirsi ad ogni immissione in rete di file protetti dal diritto d'autore, senza alcun riferimento ad attività a scopo di lucro, che secondo

l'Autorità apparterebbe alla competenza dell'Autorità giudiziaria e fattispecie ordinaria di immissione in rete che apparterebbe alla competenza della stessa Autorità.

*5. A seguito di provvedimento dell'autorità giudiziaria, i prestatori di servizi della società dell'informazione, di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, comunicano alle autorità di polizia le informazioni in proprio possesso utili all'individuazione dei gestori dei siti e degli autori delle condotte segnalate.*

*6. A seguito di provvedimento dell'autorità giudiziaria, per le violazioni commesse per via telematica di cui al presente decreto, i prestatori di servizi della società dell'informazione, ad eccezione dei fornitori di connettività alle reti, fatto salvo quanto previsto agli articoli 14, 15, 16 e 17 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, pongono in essere tutte le misure dirette ad impedire l'accesso ai contenuti dei siti o a rimuovere i contenuti medesimi.*

Da questa norma risulta dunque evidente come la vigilanza sulle violazioni del diritto d'autore in rete siano attribuite dal legislatore in via esclusiva al Dipartimento della pubblica sicurezza presso il Ministero dell'Interno, che fra le altre cose può agire anche come organo di polizia giudiziaria.

### **2.5) Pretermissione del consumatore dal contraddittorio nel procedimento sommario proposto dall'Autorità ed evidente contrasto con il vigente diritto comunitario: articolo 1 paragrafo 3 bis della direttiva 2009/140/CE del 25 novembre 2009**

Il procedimento sommario delineato dall'Autorità al paragrafo 3.5 pretermette peraltro completamente il consumatore sebbene questo sia necessariamente parte in causa soprattutto per quanto concerne le ipotesi di lesione



nelle piattaforme di user generated contents. Si consideri, infatti, che la proposta avanzata dall’Autorità prevede, come indicato a pag. 15 del documento di consultazione, che i titolari dei diritti possano inviare un avviso di violazione del copyright al fornitore del servizio di media audiovisivo o al gestore del sito e che quest’ultimo “se la richiesta appare fondata, deve rimuovere il contenuto entro il termine di 48 ore dalla ricezione della richiesta, eventualmente - **e non obbligatoriamente** - contattando il soggetto che ha caricato il video”.

Di tal che i provider, visti anche i tempi ristrettissimi a disposizione, si guarderanno bene dal comunicare la contestazione all’utente, al contrario, molto più facilmente introdurranno clausole blindate nei contratti con gli utenti che consentiranno loro, anche in forza della Delibera, di esonerarsi da responsabilità e risolvere il contratto con gli utenti che abbiano ipoteticamente leso il diritto d'autore altrui. Quale risultato, il consumatore non potrà fare valere i suoi diritti nell’ambito del successivo sommario contraddittorio che si svolgerà presso l’Autorità e avrà termine in 5 giorni.

Tale lacuna, oltre a discostare notevolmente la procedura ipotizzata dal notice and takedown statunitense al quale l’Autorità dichiara di ispirarsi, risulta ledere gravemente il fondamentale diritto di difesa e contraddittorio dell’utente ponendola in evidente conflitto con l’art 1 paragrafo 3 bis della Direttiva 2009/140/CE del 25 novembre 2009 che recita come segue: *“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."*

Si ricorda – per inciso - che alla succitata Direttiva, che fa parte del c.d. Telecoms Package, l'Italia dovrà dare attuazione entro il 25 maggio 2011, ecco dunque un altro rilevante motivo per il quale la sede naturale per ogni decisione in materia deve tornare necessariamente ad essere il Parlamento, a meno che non si voglia ancora una volta rischiare di fare approdare l'esito di questa convulsa quanto contraddittoria attività di produzione normativa in sede comunitaria al vaglio di un probabile procedimento di infrazione.

## **2.6) Risposte alle specifiche proposte avanzate dall’Autorità al paragrafo 3.5 nel testo in consultazione, come evidenziate nelle domande inserite nell’apposito *box* di lettura a pag 18**

In conclusione, sulla base di tutto quanto sopra esposto, **il procedimento a tutela del diritto d’autore, come delineato al paragrafo 3.5 del documento di consultazione, appare inaccettabile in quanto incostituzionale, gravemente lesivo del diritto al contraddittorio del consumatore ed in contrasto con il vigente diritto comunitario.**

L’unico ambito di legittimo intervento da parte dell’Autorità per quanto concerne l’enforcement del diritto d’autore rimane eventualmente quello esplicitamente attribuitole dal nuovo art. 32 bis, comma 3 del Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, come inserito ai sensi dall’art. 6 del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 44 (cd. “decreto Romani”), inerente lo specifico e chiaramente delimitato settore dei media audiovisivi, ed in riferimento, quanto all’ambito soggettivo, solo ed esclusivamente ai fornitori di servizi media audiovisivi.

In particolare, come ricorda l’Autorità stessa nel documento di consultazione, tale nuovo articolo, al comma 2 lettera b), dopo aver fatto divieto ai fornitori di servizi di media audiovisivi di *“trasmettere, ritrasmettere 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”*, 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”*.

Vale altresì la pena di ricordare, a scanso di equivoci, come lo stesso decreto Romani al successivo articolo 4 stabilisca che *“Non rientrano nella definizione di “servizio di media audiovisivo”: i servizi prestati nell’esercizio di attività precipuamente non economiche e che non sono in concorrenza con la radiodiffusione televisiva, quali i siti Internet privati e i servizi consistenti nella fornitura o distribuzione di contenuti audiovisivi generati da utenti privati a fini di condivisione o di scambio nell’ambito di comunità di interesse; ogni forma di corrispondenza privata, compresi i messaggi di posta elettronica; i servizi la cui finalità principale non è la fornitura di programmi; i servizi nei quali il contenuto audiovisivo è meramente incidentale e non ne costituisce la finalità principale.”*

Si tratta di una norma di rango primario che non può essere disattesa in alcun modo da una regolamentazione secondaria. Non si comprendono dunque le motivazioni alla base dell’inciso presente al punto 2.3 della Delibera secondo il quale *“La competenza dell’Autorità in materia di copyright non sembra soffrire sensibili limitazioni dall’esclusione operata dall’art. 2, comma 1, lettera a) ( del decreto Romani n.d.r.) per i “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”*. Né si comprende il motivo per il quale nella premessa di cui al punto 3.5.1 del paragrafo 3.5, vengano indicati tra i destinatari del provvedimento anche *“i gestori dei siti web”*.

### **3) Misure per la promozione del mercato legale**

A pagina 18, domanda D3, l’Autorità chiede se *“Si ritiene vi siano altre misure più efficaci nel contrastare il fenomeno della pirateria? In caso affermativo, si prega di indicarle evidenziandone i relativi vantaggi”*. Ebbene, le scriventi associazioni, avendo ampiamente motivato sin qui tutte le proprie contrarietà rispetto ai nuovi ed invasivi meccanismi di enforcement proposti dall’Autorità, non intendono sottrarsi a tale sollecitazione.

Occorre, tuttavia, preliminarmente rilevare come Internet e, ancora di più il web 2.0, hanno reso di fatto obsoleti una serie di modelli di business consolidati ma, per un altro verso, hanno aperto incredibili, nuove prospettive economiche e imprenditoriali. Colpita da questo classico esempio di *disruptive technology*, che cosa poteva fare l’industria dell’audiovisivo? Difendere le proprie posizioni di rendita o aprirsi al futuro: ha scelto la prima strada. Che cosa potevano fare la politica e le istituzioni? Accompagnare e stimolare l’industria dell’audiovisivo verso il futuro o proteggerla nel business del passato. Hanno scelto decisamente la seconda strada, anche perché, per molti aspetti, significava anche proteggere sé stesse.

In tal modo, **per non riconoscere e affrontare seriamente un tipico fenomeno di market failure prodotto nell’industria dell’audiovisivo dall’avvento di Internet e del digitale, da più di dieci anni a questa parte continuiamo a raccontarci che il solo problema della distribuzione dei contenuti online è costituito dalla pirateria e così, all’insegna della sconfitta del mercato ma anche del diritto, abbiamo assistito ad un vero e proprio abuso della proprietà intellettuale.** Questo abuso si è manifestato, da una parte, nel forzoso mantenimento in vita di modelli di gestione collettiva dei diritti d’autore su base

nazionale in quanto tali, oltre che antieconomici, apertamente lesivi dei principi del mercato interno e della concorrenza dell'Unione europea, dall'altra in forme eccessive di enforcement, invasive di altri diritti fondamentali, come la libertà di manifestazione del pensiero, il giusto processo, la privacy e l'accesso alla cultura e all'informazione.

Quello di cui stiamo discutendo è un comportamento noto, studiato prima ancora che in economia in sociologia e in antropologia e adottato da sempre nel campo militare: per serrare le fila del proprio esercito e motivare le truppe conviene e risulta più efficace creare un nemico esterno anche se, come nel caso di specie, il nemico esterno, la cosiddetta pirateria, è nato e si è poi diffuso ampiamente proprio a causa dell'inefficacia e l'intempestività con le quali l'industria dell'audiovisio ha inteso ristrutturarsi a seguito del mutato scenario tecnologico.

Come si è detto, la proposta avanzata dall'Autorità, nella parte in cui intende istituire un procedimento sommario a tutela del diritto d'autore non può che considerarsi in tale solco di continuità. Perseverare però, in questo caso, appare doppiamente diabolico, è infatti un vero peccato che nel momento in cui, almeno per quanto concerne il segmento della musica, si stanno finalmente cominciando a sperimentare nuove forme di distribuzione digitale e business models innovativi intesi a soddisfare le esigenze e la domanda forte del consumatore digitale, ci si ostini per altro verso, rispondendo a un richiamo quasi ancestrale, a concentrarsi sull'enforcement quando è, al contrario, di tutta evidenza che un fallimento di mercato non si può che risolvere con strumenti di mercato.

D'altra parte, continuare a parlare di sempre più invasive forme di enforcement del diritto d'autore risulta inaccettabile per i consumatori così come trasformare gli Internet Service Provider in una sorta di nuovi gendarmi della Rete non pare accettabile da questi ultimi ma, a ben vedere, tale approccio non dovrebbe essere neanche negli obiettivi a medio termine di un'industria seria che voglia affrontare un mercato che ha prospettive illimitate, tantomeno dovrebbe essere negli obiettivi delle Istituzioni.

**Come sottolinea nel documento di consultazione la stessa Autorità "il modo migliore per contrastare in radice la pirateria digitale è quello di sviluppare una ricca offerta legale di contenuti digitali, e questo proprio sfruttando le potenzialità del medesimo canale di distribuzione dei file "pirata", vale a dire la rete Internet".** Va anche dato atto all'Autorità di aver sviluppato nel documento di consultazione, seppur con estrema timidezza, alcune considerazioni molto apprezzabili che si pongono nell'ottica della promozione del mercato legale e dell'eliminazione delle barriere di natura contrattuale che ne rallentano lo sviluppo. Purtroppo, però, come già anticipato in premessa, tali equilibrate e condivisibili dichiarazioni di principio non sono legate ad alcuna proposta di azione concreta, astenendosi l'Autorità, in questo caso, dall'ipotizzare misure prescrittive nonostante le prerogative conferitele dalla sua stessa legge istitutiva, in tema di concorrenza e tutela dei consumatori nel mercato delle comunicazioni elettroniche, le consentirebbero ampio spazio di manovra.

### **3.1) Rimozione delle barriere per lo sviluppo di un'offerta legale: l'accesso ai contenuti *premium* e le finestre di**

## **programmazione / L'accesso ai contenuti *premium* e l'interoperabilità delle piattaforme - Risposte alle domande inserite nell'apposito *box* di lettura a pag 9 del documento di consultazione**

Condividiamo l'analisi dell'Autorità su queste criticità strutturali che impediscono lo sviluppo di una offerta legale di contenuti digitali. Tuttavia, per favorire l'apertura del mercato dell'accesso ai contenuti e garantire l'interoperabilità delle diverse piattaforme trasmissive non sembra sufficiente un eventuale intervento di mediazione o di moral suasion dell'Autorità. Quelle espresse dall'Autorità sembrano purtroppo rimanere mere dichiarazioni di principio, mancano proposte di azioni concrete in termini di misure prescrittive che ben potrebbero essere fondate sulle prerogative che la stessa legge istitutiva conferisce all'Autorità in materia di concorrenza e tutela dei consumatori nel mercato delle comunicazioni elettroniche.

### **3.2) Le finestre di distribuzione - Risposte alle domande inserite nell'apposito *box* di lettura a pag 11 del documento di consultazione**

Anche per quanto concerne un ripensamento complessivo delle c.d. windows condividiamo l'analisi dell'Autorità, da tempo, infatti, auspichiamo che i contenuti audiovisivi in digitale devono essere posti a disposizione del pubblico attraverso Internet contestualmente alla loro messa in circolazione nei circuiti tradizionali, a condizioni di mercato competitive tenuto conto del minor costo della distribuzione in digitale a mezzo Internet. Tuttavia, anche in questo caso, non



sembra sufficiente un eventuale intervento di mediazione o di moral suasion dell’Autorità. Quelle espresse dall’Autorità sembrano purtroppo rimanere mere dichiarazioni di principio, mancano proposte di azioni concrete in termini di misure prescrittive che ben potrebbero essere fondate sulle prerogative che la stessa legge istitutiva conferisce all’Autorità in materia di concorrenza e tutela dei consumatori nel mercato delle comunicazioni elettroniche.

### **3.3) Attività informativa e di “educazione alla legalità” – Risposte alle domande inserite nell’apposito *box* di lettura a pag 12 del documento di consultazione**

Le scriventi associazioni sono disponibili a discutere nel dettaglio con l’Autorità di una possibile campagna di educazione alla legalità, ci corre tuttavia l’obbligo di precisare che **le campagne educative che abbiamo conosciuto finora hanno avuto un taglio molto discutibile e particolarmente aggressivo nei confronti dell’utente che viene quasi sempre “criminalizzato”, chiariamo pertanto sin d’ora che non intendiamo avvallare o condividere esperienze di questa natura.**

Al contrario l’obiettivo della campagna informativa dovrebbe essere quello di rendere edotti gli utenti, promuovendoli, dei loro diritti nell’ambiente digitale e dei relativi limiti. Le tecnologie digitali consentono ad utenti e consumatori di accedere al patrimonio culturale globale, di condividere le proprie e le altrui creazioni intellettuali e di prendere parte al processo creativo con modalità e secondo dinamiche sconosciute sino a qualche decennio fa. In tale contesto la

disciplina del diritto d'autore la cui ratio ultima è proprio quella di promuovere lo sviluppo culturale e massimizzare la diffusione delle opere dell'ingegno non può costituire come, per contro, sta accadendo un elemento di ostacolo ai processi di sviluppo e creazione culturale.

Per scongiurare tale eventualità, prima ancora di pensare a una campagna informativa nei confronti degli utenti, appare pertanto **necessario porre mano con urgenza alla disciplina delle libere utilizzazioni prevedendo - secondo, peraltro, un'impostazione già presente nella legge 633/1941 - che talune utilizzazioni insuscettibili di recare pregiudizio ai diritti dell'autore siano libere ovvero fruibili senza l'esigenza di una preventiva autorizzazione.**

Allo stesso modo, prima di approcciare seriamente la pur necessaria educazione degli utenti, andrebbero sfrondate una serie di questioni ancora non condivise sull'interpretazione della legislazione vigente, in particolare per quanto concerne l'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale e la salvaguardia di diritti pari ordinati alla privacy, al giusto processo e alla libertà di informazione.

Allo stato non si può, in tal senso, che **contestare con fermezza l'ipotesi di inserire nei contratti relativi al servizio di accesso ad Internet e nelle condizioni generali di hosting e caching indicazioni inerenti alla conseguenze derivanti dalla violazione del diritto d'autore o, tantomeno, alle "conseguenze tecniche cui potrebbero andare incontro in caso di un utilizzo non corretto del servizio (appunto la disabilitazione dell'accesso al sito web su disposizione dell'Autorità)"** sulle quali, come ampiamente precisato, non concordiamo.

### **3.4) Le licenze collettive estese – Risposte alle domande inserite nell'apposito *box* di lettura a pag 25 del documento di consultazione**

Questo è un punto importante e si ringrazia l'Autorità per averlo inserito nel documento di consultazione. Le scriventi associazioni dichiarano sin d'ora la loro massima disponibilità ad approfondire e discutere nel dettaglio con l'Autorità e con gli altri stakeholders l'eventuale adozione di disposizioni che, sul modello delle licenze collettive estese, attribuiscono 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.

Nel rinviare a questo successivo necessario momento di analisi e confronto ogni ulteriore considerazione tecnica nel merito del percorso procedurale da intraprendere allo scopo di conferire efficacia generale agli accordi collettivi volontari ci limitiamo qui ad anticipare che, a nostro avviso, **l'eventuale introduzione di schemi contrattuali di accesso ad Internet con account "munito di licenza" dovrà essere in ogni caso un'opzione e non imposto e spalmato su tutti gli utenti, ivi compresi quelli eventualmente non interessati.**

Allo stesso modo, sulla base dell'esperienza assolutamente negativa, in merito al c.d. equo compenso per copia privata - sul cui ampliamento e allargamento ad una più ampia gamma di devices a norma del c.d. Decreto Urbani pende peraltro attualmente un ricorso al TAR Lazio - **nutriamo non poche perplessità circa l'ipotesi di affidare alla SIAE la raccolta e la redistribuzione agli eventi diritto dei proventi delle licenze collettive estese.**

Più in generale, considerato che i costi di gestione della SIAE hanno ormai raggiunto dimensioni sproporzionate rispetto alle attività effettivamente necessarie per l'intermediazione dei diritti e che nell'era digitale le tecnologie dovrebbero rendere possibili forme di distribuzione di contenuti protetti da diritto d'autore su un mercato territorialmente privo di confini e senza l'ausilio di costose e farraginose procedure, il perpetuarsi di un monopolio nazionale dell'intermediazione dei diritti d'autore anche in relazione ai contenuti distribuiti in Rete appare, a nostro avviso, anacronistico ed in controtendenza rispetto alla progressiva liberalizzazione dei mercati.

#### **4) Attività di risoluzione di controversie - Risposte alle domande inserite nell'apposito *box* di lettura a pag 26 del documento di consultazione**

Non siamo contrari a meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie, tanto più se sviluppati con l'utilizzo di adeguate tecnologie digitali nelle forme dell'ODR (*Online Dispute Resolution*), tuttavia rileviamo che anche in questo paragrafo l'Autorità, così come nel procedimento sommario di cui al punto 3.5, dimentica di considerare gli utenti e le loro associazioni rappresentative.

#### **5) Istituzione presso l'Autorità di un Tavolo tecnico sul diritto d'autore - Risposte alle domande inserite nell'apposito *box* di lettura a pag 26 del documento di consultazione**

SARZANA E ASSOCIATI

Le scriventi associazioni accolgono favorevolmente l'ipotesi dell'istituzione da parte dell'Autorità di un Tavolo tecnico permanente ma, contestualmente, richiamano la necessità di rappresentare equamente nella sua composizione i diversi soggetti portatori di interessi. Una composizione del tavolo tecnico sbilanciata a favore di una particolare categoria di stakeholders inficerebbe infatti irrimediabilmente un confronto serio e costruttivo sulle problematiche applicative del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica.

-----

Nel ringraziare per l'attenzione che l'Autorità vorrà riservare alle osservazioni esposte nel presente documento, chiediamo sin d'ora di poterle meglio illustrare nel corso di un'audizione

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 3 del regolamento in materia di accesso agli atti, approvato con delibera n. 217/01/CONS e successive modifiche, dichiariamo che non ci sono nel presente documento parti da sottrarre all'eventuale accesso e forniamo sin d'ora il nostro "nulla osta alla pubblicazione".

*Pietro Giordano*

*Luca Nicotra*

*Paolo Martinello*

Segretario Nazionale  
**Adiconsum**

Segretario Nazionale  
**Agorà Digitale**

Presidente  
**Altroconsumo**

*Giovanni Prignano*

*Dino Bortolotto*

*Fulvio Sarzana*

Presidente Nazionale  
**Assonet - Confesercenti**

Presidente Nazionale  
**Assoprovider**

**Studio Legale Sarzana e Associati**