

Approfondimento sul nuovo schema di regolamento sul diritto d'autore approvato il 6 luglio del 2011 dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

A cura di Fabrizio Ventriglia, Associazione Agorà Digitale

fabrizio.ventriglia@agoradigitale.org

Lo scorso 6 luglio, l'Autorità garante per le comunicazioni (AgCom) ha approvato \acute{o} con sette voti a favore, uno contrario ed un solo astenuto \acute{o} lo schema di regolamento previsto dalla delibera 688/10/CONS.

La delibera 398/11/CONS, rubricata *«Consultazione pubblica sullo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica»*, contiene, nella sua seconda parte, le misure di *enforcement* in relazione alla tutela del diritto d'autore.

Alla luce delle iniziative realizzate dagli esponenti parlamentari, nonché dalle mobilitazioni promosse dall'opinione pubblica \acute{o} le cui attività si sono intersecate con l'evento recente de *«La notte della rete»* \acute{o} l'Autorità ha apportato alcune modifiche al precedente provvedimento.

Il *«nuovo»* procedimento, finalizzato all'ottenimento della rimozione di un contenuto supposto in violazione del diritto d'autore, si articola in due fasi.

Nella prima fase si introduce una procedura modellata sulla falsariga di quel *«Notice and take down»* di matrice americana: l'autore dell'opera pubblicata su di un sito *web* in spregio alle normative vigenti del diritto d'autore ovvero gli altri soggetti aventi diritto possono inviare una segnalazione di rimozione del suddetto contenuto al gestore del sito, il quale avrà un termine di quattro giorni per accogliere, eventualmente, la richiesta ad esso rivolta.

Se l'esito della prima fase non dovesse essere *«soddisfacente»* ad una delle parti, questa potrà, entro 7 giorni dalla scadenza del termine di cui sopra, adire l'Autorità, la quale, successivamente all'instaurazione di un contraddittorio della durata di dieci giorni (e dalla cui notifica dell'avvio di tale procedimento al gestore del sito, quest'ultimo avrà 48 ore di tempo per presentare le proprie memorie difensive per via Posta Elettronica Certificata), potrà impartire un ordine di rimozione selettiva dei contenuti ritenuti illeciti ovvero \acute{o} in caso di richiesta accolta nella prima fase \acute{o} di ripristino del materiale sul sito sospettato illecito, il tutto nei successivi 20 giorni, prorogabili di ulteriori 15 giorni. In caso di inoltrata inottemperanza all'ordine così impartito, l'Autorità potrà irrogare al gestore del sito una sanzione pecuniaria sino a 250mila euro.

Qualora il *server* del sito incriminato dovesse risiedere all'estero, l'AgCom \acute{o} in esito all'attività istruttoria \acute{o} potrà richiedere la rimozione dei contenuti pubblicati illecitamente e, in caso di inottemperanza del sito a suddetta richiesta, potrà segnalare il relativo caso alla Magistratura Ordinaria, la quale potrà porre in essere gli adempimenti di competenza se dovesse ritenerli opportuni. Rispetto alla formulazione originaria, sembrerebbe scomparsa, in questo modo, l'irrogazione di qualunque misura di inibizione di accesso al sito *internet* estero.

L'Autorità preme di sottolineare che il procedimento fin qui descritto è alternativo (dunque, non sostitutivo) rispetto a quello celebrato innanzi all'Autorità Giudiziaria, salvo che quest'ultima non sia stata invocata da una delle parti prima del completamento del procedimento sommario.

Essendo la decisione dell'Autorità in materia di diritto d'autore un provvedimento amministrativo, essa potrà essere impugnata dalle parti dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) del Lazio.

Recependo, infine, il principio americano del *fair use*, la procedura non si applicherebbe ai siti i quali pubblicherebbero materiale protetto per finalità di cronaca, commento, critica, discussione, didattica e scientifica, e comunque esercitata senza alcuno scopo di lucro. così come alle applicazioni *Peer-to-Peer*. Inoltre, la riproduzione dell'opera, seppur parziale, non deve arrecare un ingiustificato pregiudizio economico nei confronti degli autori dell'opera.

Nonostante le correzioni apportate dall'AgCom alla delibera 668/10/CONS, sembrerebbe che le critiche al suo operato debbano comunque permanere.

Ancora una volta, l'AgCom si è infatti appropriata di poteri regolamentari e sanzionatori che non le competono e che non sono previste, peraltro, dal Decreto Romani.

In primo luogo, l'ambito di applicazione della procedura di rimozione selettiva dell'Autorità sarebbe esteso a tutti i *“gestori dei siti internet”* definiti come quei soggetti che presiedono alla gestione e all'organizzazione dei *“contenuti”* nel *web* (anche quelli caricati dagli utenti) ossia di tutti quei materiali sonori, audiovisivi, giornalisti ed editoriali i quali trovano una forma di protezione all'interno della legge sul diritto d'autore.

Inoltre, l'Autorità ha attinto concetti giuridici dalla tradizione nordamericana in maniera del tutto inadeguata. Se da una parte ha proposto la trasposizione del *Notice and Take down* senza previamente averla definita da un punto di vista normativo, altrettanto infelice è stato il criterio sotteso alla valutazione della sussistenza del *fair use*: infatti, esso non è definito dalla Giurisprudenza, ma fondato su criteri individuati dalla stessa AgCom, dai quali sia i titolari dei diritti che la Direzione dell'Autorità dovranno attenersi.

L'Autorità sembrerebbe essere nuovamente irrispettosa di quei principi costituzionali del diritto di difesa e del giusto processo: il termine di 48 ore, decorrenti dalla notifica dell'avvio del procedimento, concessi al solo gestore del sito e fornitore del servizio media audiovisivo (quindi, non agli *uploader* del contenuto) per difendersi risulta essere non solo irrisorio, ma addirittura impossibile materialmente: l'unico strumento di difesa per i gestori dei siti indicato dall'Autorità, ossia la Posta Elettronica Certificata (PEC), si trova ad un livello di diffusione ancora scarso nel territorio nazionale.

Il *“giusto processo”* risulta essere leso anche dalla sanzione pecuniaria di 250mila euro, che potrebbe essere considerata la più severa sanzione irrogata all'esito di un procedimento sommario.

Analogamente al provvedimento del 2010, l'Autorità minaccia in maniera palese il diritto *“o anch'esso costituzionale - all'informazione, nonché l'accesso alla cultura attraverso l'utilizzo dello strumento della rimozione selettiva dei contenuti. Attraverso il procedimento prospettato*

dall'AgCom, la conoscenza derivanti soprattutto dai cosiddetti *User Generated Content* (tra i quali le *fan fiction*, i *machinima* e gli *Anime Music Video*) sarà in serio pericolo.

Infine, la consultazione pubblica, si svolgerà nel periodo estivo e si concluderà nel mese di settembre: un momento in cui difficilmente i cittadini potranno mostrare effettivamente le proprie posizioni, critiche e perplessità alla delibera AgCom.

Alla luce delle considerazioni appena formulata, risulta essere indispensabile che la politica, i *media*, ma soprattutto i singoli cittadini, tengano costante la loro attenzione alla delibera, attraverso una loro partecipazione alla consultazione pubblica.