

E-BOOK

I pericoli e i danni del web blocking nella tutela del copyright

Il caso italiano (Il regolamento Agcom)

Version 1.0 April 2015



This work is licensed under

[Creative Commons Attribution – Condividi allo stesso modo 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/)

Based on a work at brunosaetta.it and fulviosarzana.it

Permissions beyond the scope of this license may be available at

www.brunosaetta.it and www.fulviosarzana.it.

PREMESSA

Jimmy Carter, Presidente degli Stati Uniti alla fine degli anni '70 dello scorso secolo, volendo dimostrare che la libertà d'espressione è indipendente dal mezzo attraverso tale libertà si esprime, e che la democrazia americana protegge in qualsiasi contesto le libertà garantite dal primo emendamento, rilasciò un'intervista sulla libertà di espressione e di manifestazione del pensiero alla rivista scandalistica Playboy. Tale intervista divenne in breve tempo oggetto di studio in tutte le Scuole Statunitensi, scandalizzando i benpensanti dell'America puritana.

Quando, diversi anni dopo, la Corte Suprema si dovette occupare delle limitazioni all'accesso ai contenuti presenti sul web che le scuole Americane di ogni ordine e grado avrebbero dovuto varare in virtù del *Communications Decency Act*, qualcuno fece notare alla Corte che gli Studenti Americani che la limitazione all'accesso alle pagine di Playboy avrebbe comportato l'impossibilità di accedere all'interessata intervista

del Presidente Carter sulla libertà d'espressione, così privando la società di una testimonianza preziosa per lo sviluppo della democrazia Americana.

La Corte concluse così «*I fatti accertati dimostrano che l'espansione di Internet è stata, e continua ad essere, fenomenale. E' tradizione della nostra giurisprudenza costituzionale presumere, in mancanza di prova contrarie, che la regolamentazione pubblica del contenuto delle manifestazioni del pensiero è più probabile che interferisca con il libero scambio delle idee piuttosto che incoraggiarlo. L'interesse a stimolare la libertà di espressione in una società democratica è superiore a qualunque preteso, non dimostrato, beneficio della censura*»¹. La libertà d'espressione e di manifestazione delle proprie idee, pietra angolare della democrazia Statunitense, secondo i principi tracciati da James Madison, avrebbe dovuto necessariamente prevalere anche su comportamenti che avrebbero potuto violare altre norme dell'ordinamento.

L'Italia, attraverso l'approccio del Regolamento AGCOM sul

¹ **FROSINI**, *Il diritto Costituzionale di accesso ad Internet*, in Rivista di Associazione dei Costituzionalisti, n 1, 2011, si consenta il rinvio a **F. Sarzana di S. Ippolito**, *Diritto di accesso alla rete ed alla libera espressione nella Carta dei diritti di internet e nella Giurisprudenza costituzionale*, NOVA- Il sole 24 ore:

<http://fulviosarzana.nova100.ilsole24ore.com/2015/03/15/diritto-di-accesso-alla-rete-ed-alla-liberta-despressione-nella-carta-dei-diritti-di-internet-e-nella-giurisprudenza-costituzionale/>

diritto d'autore ha adottato l'opposta prospettiva. In assenza di un mandato Parlamentare o Governativo esplicito, l'AGCOM ha emanato un Regolamento che limita fortemente ai cittadini italiani l'accesso ad alcune fonti informative sul web. È sufficiente effettuare una ricerca sul web di fonti informative lecite per rendersi conto che molte di queste erano reperibili su portali inibiti ai cittadini italiani dall'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni.

Esistono ad esempio migliaia di opere rilasciate in pubblico dominio o sottoposte a licenze quali le *creative commons* che non sono più visibili in Italia in virtù delle inibizioni all'accesso disposte dall'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni.

Ad esempio film mai usciti nelle sale italiane, perfettamente leciti in quanto rilasciati attraverso licenze libere, come i libri ed i film del docente universitario Statunitense Lawrence Lessig, e che sono disponibili su diversi siti oggetto di provvedimento dell'AGCOM, opere inibite agli utenti italiani.

Il diritto di informarsi e di accedere alle fonti globali e lecite della conoscenza da parte dei cittadini Italiane, sono dunque gravemente frustrate dal Regolamento AGCOM sul diritto d'autore.

Eppure gli stessi soggetti che ottengono oggi dall'AGCOM la

quasi totalità dei provvedimenti, ovvero le grandi Multinazionali del diritto d'autore, sono state a loro volti "pirati". L'industria cinematografica di Hollywood fu, infatti, costituita da "pirati" in fuga dai diritti di proprietà intellettuale. I pirati di inizio secolo si chiamavano Universal Pictures, Paramount Pictures e Fox Distribution.

All'inizio del XX secolo, autori e registi emigrarono dalla costa orientale in California, sulla collina di Hollywood, per sfuggire al controllo che i brevetti avevano garantito all'inventore delle tecniche cinematografiche moderne, Thomas Edison. Edison infatti deteneva la proprietà intellettuale sulle cineprese in uso all'epoca ed imponeva l'utilizzo di licenze per la fruizione delle attività creative associate al nascente mercato cinematografico. Questo controllo veniva esercitato tramite un "trust" monopolistico, la Motion Pictures Patents Company (MPPC), e si basava sulla proprietà creativa di Thomas Edison.

Era stato proprio Edison a costituire la MPPC per esercitare i diritti derivatigli dalla proprietà creativa, e tale società imponeva il suo controllo in maniera draconiana.

Tra gli Indipendenti che sfuggirono al controllo di Edison, ponendo le basi della pirateria commerciale moderna vi erano: Carl

Laemmle della Universal Pictures e Adolph Zukor della Paramount Pictures, nonché William Fox dell'omonima casa di distribuzione cinematografica.

Così un commentatore racconta la storia: *“Alla scadenza di gennaio 1909 tutte le aziende dovevano mettersi in regola con la licenza. A febbraio, i fuorilegge privi di licenza, che si autodefinivano indipendenti, protestarono contro il trust e proseguirono l'attività senza sottomettersi al monopolio di Edison. Nell'estate del 1909 il movimento indipendente era in piena azione, con produttori e proprietari di teatri di posa, che ricorrevano ad apparecchiature illegali e a pellicole importate per creare un mercato sotterraneo.*

Mentre il Paese viveva una formidabile espansione nella diffusione dei “nickelodeon”, la Motion Pictures Patents Company (MPPC), reagì nei confronti del movimento indipendente creando un “braccio armato” supplementare, noto come General Film Company, per fermare l'attività degli indipendenti privi di licenza. Grazie a tattiche repressive divenute leggendarie, la General Film confiscò le apparecchiature illegali, bloccò la fornitura di prodotti alle sale che proiettavano film senza licenza e monopolizzò di fatto la distribuzione con l'acquisizione di tutte le agenzie distributrici di film statunitensi, eccetto quella posseduta

dall'indipendente William Fox, che oppose resistenza al trust anche quando gli venne revocata la licenza.²

Anche il settore della musica e delle Radio, secondo Lessig, nasce attraverso atti di pirateria, per motivi che non possibile accennare in poche righe, ma che sono estensivamente spiegati nel testo del Docente Statunitense, a cui si rimanda.

Oggi gli eredi di quei coraggiosi pionieri che sfidarono le leggi sulla proprietà intellettuale, consentendoci da allora in poi di beneficiare della diffusione della cultura cinematografica, sono i maggiori fruitori delle inibizioni all'accesso previsti dal Regolamento AGCOM sul diritto d'autore³. Un Regolamento nato già vecchio che ha dimostrato in questi mesi di privilegiare una deriva protezionistica contraria alla circolazione delle idee ed alla necessità che i Consumatori abbiano accesso al massimo numero di fonti informative presenti sul web.

2 **Lawrence LESSIG**, Free Culture: The Nature and Future of Creativity, Paperback – Deckle Edge, February 22, 2005. Mike MASNICK, Chris DODD: Rewrites Hollywood's History To Pretend That It Came About Because Of IP Laws
<https://www.techdirt.com/articles/20120503/04032118755/chris-dodd-rewrites-hollywoods-history-to-pretend-that-it-came-about-because-ip-laws.shtml>

Cory Doctorow, Chris Dodd's imaginary topsy-turvy history of Hollywood

3 L'Iniziativa ha lasciato perplessi molti commentatori oltreoceano e in Europa, si veda **M. MASNICK** *Italy Attempting To Have Copyright Enforced By Regulators, Not Courts*
<https://www.techdirt.com/articles/20131121/23374025331/italy-attempting-to-have-copyright-enforced-regulators-not-courts.shtml>
[Italy: Administrative copyright enforcement unconstitutional?](https://edri.org/italy-admin-copyright-enforcement-unconstitutional/)
<https://edri.org/italy-admin-copyright-enforcement-unconstitutional/>

Le conseguenze sui consumatori della tutela sommaria delle industrie creative sono analizzate, sotto forma di allegoria, da un giovane studioso di matrice Keynesiana, Guido Iodice. In un articolo pubblicato sul suo blog, dal titolo “L’industria del ghiaccio che sciolse internet”⁴ analizza le conseguenze di una tutela protezionistica del diritto d’autore, rispetto alla circolazione delle idee, portata alle estreme conseguenze.

Iodice, riprendendo un’idea originale di Bruce Perens⁵, paragona il blocco oligopolistico a protezione dei diritti di proprietà intellettuale all’industria di produzione del ghiaccio, impegnata a proteggere a tutti i costi i propri diritti di fronte alla nascente industria dei frigoriferi che, eliminando le intermediazioni tra i produttori di ghiaccio e i consumatori, avrebbe portato benefici in tutte le case contribuendo a diffondere i miglioramenti alimentari. Iodice affronta anche il tema dei controlli sulle posizioni monopolistiche di retroguardia rappresentate dagli industriali del ghiaccio, effettuati attraverso una immaginaria “Autorità Garante del Ghiaccio” che opera al di fuori del controllo della Magistratura.

⁴ G. IODICE , <http://ubutile.blogspot.it/2011/06/lindustria-del-ghiaccio-che-sciolse.html>

⁵ Bruce Perens, <http://www.askmar.com/Open%20Source/Bruce%20Perens.pdf>

Racconta Iodice: “La FAIG (Associazione di produttori di ghiaccio) convince il Congresso a creare una “Autorità Garante per il Ghiaccio”. Una sorta di tribunale senza troppi vincoli, i cui membri sono nominati dal Congresso stesso, che detta le regole, giudica i colpevoli ed emette le sentenze. Molti sostengono sia incostituzionale, ma il Congresso va avanti lo stesso. “Se vuoi puoi ricorrere al giudice contro le decisioni dell’Autorità”, dicono. Decisioni però che sono immediatamente operative. E se non hai i soldi, certo non potrai appellarti contro le sentenze dell’“A-Gi-Ghi”.

Lo strumento preferito per giungere a questa tutela sommaria è il webblocking, ovvero il blocco dei contenuti o dei siti internet attraverso i Provider.

CAPITOLO I

ISP e web blocking per motivi di copyright

1.1 Paesi che adottano il webblocking

Il blocco a livello IP e DNS per ragioni di tutela del diritto d'autore viene adottato con parsimonia e sotto stretto controllo giudiziale nei pochissimi Paesi al mondo che lo consentono.

Le conseguenze sui diritti fondamentali dei cittadini, che spesso convergono in maniera inestricabile su quello che può essere considerato una violazione del diritto d'autore sul web, spingono i legislatori ad adottare una politica di estremo equilibrio nell'adozione di strumenti repressivi sul web.

Equilibrio rotto dall'iniziativa italiana adottata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni che ha deciso di porsi come capofila della tutela sommaria e ad ogni costo dei diritti d'autore. Tutela del diritto d'autore che non rientra peraltro nella "*mission*" dell'Autorità, la quale

dovrebbe occuparsi invece di telecomunicazioni e media.

L'Italia è sinora l'unico paese occidentale che utilizza il blocco dei contenuti in via amministrativa, senza il ricorso ad un Giudice che verifichi la bontà della richiesta. Per ritrovare una esperienza simile dobbiamo riferirci alla Turchia, che dal febbraio del 2014 consente ad una Autorità Amministrativa di adottare tali misure, anche a tutela del diritto d'autore, attraverso l'Autorità Nazionale delle Telecomunicazioni (Tib).

TABELLA SULL'ENFORCEMENT AMMINISTRATIVO

ITALIA	USA	SPAGNA	RUSSIA
Nessuna legge specifica approvata dal Parlamento	Legge specifica del 1998: DMCA, Digital Millennium Copyright Act	Legge SINDE del 2012	Norma approvata nel 2013 dalla DUMA e modificata nel 2014
Blocco adottato in via amministrativa dall'AGCOM. Nessun ricorso alla Magistratura in via preventiva o successiva per il blocco, che sia interno alla procedura. Riesame solo esterno con possibilità limitate.	Impossibilità di adottare le misure anche per la Magistratura (Par. 512 DMCA)	Comitato per la proprietà intellettuale. OBBLIGO DI RICORSO ALLA MAGISTRATURA PER ESEGUIRE LA MISURA	Tribunale di Mosca per tutte le controversie sul diritto d'autore. Ingiungizione di 15 giorni. In quel termine possibilità di ottenere il blocco dall'Autorità Federale di Telecomunicazioni (Roskomnadzor)

Il sistema di web-blocking, anche in via giudiziale, non è

consentito ad esempio negli Stati Uniti, in quanto tale provvedimento violerebbe i principi del Primo Emendamento alla Costituzione Statunitense⁶.

L'assenza di tale meccanismo, rigettato dalle Corti e dal legislatore Statunitense, con i falliti tentativi effettuati con il SOPA e il PIPA Act e in Europa con ACTA è motivo di grande frustrazione per le Associazioni rappresentative degli interessi dell'industria creativa che non hanno mai digerito lo "smacco" subito con la mancata approvazione delle norme sul webblocking a livello mondiale, come dimostra la recente storia dei cd Sony leaks. A fine 2014 è emersa, grazie ad una attività di hacking, la strategia adottata nei mesi precedenti dalla MPAA (Motion Pictures of America) per combattere la pirateria sul web. Le email riguardano le comunicazioni intercorse tra Steven Fabrizio, General Counsel della MPAA e di alcune Major del settore cinematografico⁷, e testimoniano la formazione di una agguerrita coalizione antipirateria che raduna insieme a MPAA Universal, Sony, Fox, Paramount, Warner Bros. e Disney, unite per agire nel contesto in

⁶ **Lauren MACK**, *DNS Filtering to Fight Internet Piracy Violates the First Amendment*, JURIST - Dateline, Jan. 13, 2011: <http://jurist.org/dateline/2012/01/lauren-mack-DNS-filtering.php>

⁷ **G. BOTTA'**, MPAA: Google è il Golia dell'antipirateria: <http://punto-informatico.it/4204559/PI/News/mpaa-google-golia-dell-antipirateria.aspx>, Punto Informatico, 16 Dicembre 2014; Progetto Golia: il piano segreto delle major per "censurare" Internet: <http://www.valigiablu.it/progetto-golia-censura-rete/>

cui proposte di legge controverse come SOPA, che avrebbero dovuto coinvolgere tutti gli ingranaggi dell'infrastruttura della Rete nella lotta alla violazione del copyright, non hanno saputo attecchire. Obiettivo **primario delle Major** era quello di effettuare denunce programmate con l'intento di “creare dei precedenti legali per dare forma ed estendere la legge che regola i cyberlocker e i loro fornitori di hosting”: per **formalizzare delle procedure di blocco dei siti e di sequestro di domini** e per affinare le leggi che in paesi come gli States, ancora non li permettono esplicitamente⁸.

1.2 Blocco dei contenuti tramite DNS o IP

Molta acqua è passata sotto i ponti dall'inizio del secolo scorso, eppure gli strumenti adottati oggi appaiono del tutto simili a quelli utilizzati all'inizio del secolo scorso per reprimere la “ribellione” degli indipendenti del Cinema.

Vediamo cos'è e come funziona tecnicamente l'inibizione

⁸ <https://pulgarias.wordpress.com/2014/12/23/hollywood-contro-i-pirati/>
http://en.wikipedia.org/wiki/Sony_Pictures_Entertainment_hack, [MPAA PREPARES TO BRING PIRATE SITE BLOCKING TO THE U.S](http://www.mpaapreparestobringpiratesiteblockingtotheu.s.com/)
<http://torrentfreak.com/mpaa-prepares-to-bring-pirate-site-blocking-to-the-u-s-141211/>

dell'accesso a taluni contenuti internet tramite filtraggio a livello IP o filtraggio a livello DNS⁹.

Per comprendere come funziona il weblocking è necessaria una digressione tecnica. La rete internet è un'infrastruttura che mette, o *dovrebbe* mettere, in comunicazione trasparente due punti terminali, siano essi due utenti, due server, oppure un utente e un server. Se la comunicazione non fosse trasparente potrebbero verificarsi malfunzionamenti o addirittura intromissioni indebite nel contenuto trasmesso da un punto ad un altro della rete.

Per fare un'analogia con il servizio telefonico, due utenti possono “parlarsi” senza che la rete modifichi le parole in transito; se così non fosse la conversazione potrebbe essere non comprensibile o addirittura impossibile.

La “trasparenza” o “passività” della rete rispetto al contenuto trasmesso da due punti terminali, giova ripetere siano essi due utenti, due server oppure un utente ed un server, fu anche evidenziata in maniera

⁹ **Stefano ZANERO**, Alcune note per la consultazione AGCOM per il diritto d'autore, 23 settembre 2013: <http://raistlin.soup.io/post/348940586/Alcune-note-per-la-consultazione-AGCOM-sul>. Zanero cita il white paper “Security and Other Technical Concerns Raised by the DNS Filtering requirement” in The protect IP Bill, redatto da Steven Crocker, David Dagon, Dan Kaminsky, Danny Mac Pershon, che costituisce la “Bibbia” del sistema DNS Mondiale: <http://domainincite.com/docs/PROTECT-IP-Technical-Whitepaper-Final.pdf>

Matthew LASAR, DNS filtering: absolutely the wrong way to defend copyrights, May 27, 2011: <http://arstechnica.com/tech-policy/2011/05/dns-filtering-absolutely-the-wrong-way-to-defend-copyrights/>

Sandia National Labs, DNS Filtering In SOPA/PIPA Won't Stop Piracy, But Will Hurt Online Security: <http://www.scribd.com/doc/73106069/Napolitano-Response-Rep-Lofgren-11-16-11-c>.

assolutamente chiara ed efficace in uno storico articolo scientifico sul networking scritto nel 1981 (J. H. Saltzer, D. P. Reed, D. D. Clark – Massachusetts Institute of Technology Laboratory for Computer Science) intitolato “End-To-End Arguments in System Design” nel quale veniva evidenziato che funzionalità specifiche devono risiedere negli “estremi” della rete piuttosto che nei nodi intermedi; questo perché spesso la rete viene progettata *prima* che vengano addirittura ideati i servizi che viaggeranno sulla rete e per poter costruire dei protocolli di rete a livelli, nei quali ogni livello è completamente astratto dai livelli superiori o inferiori.

E' grazie al rispetto del principio “End to End” che una rete (internet) nata decine di anni fa ha potuto “trasportare” in maniera efficace servizi sempre nuovi, affiancati a quelli disponibili in origine, senza la necessità di modificarne i principi di base. E nuovi servizi ancora da ideare potranno essere trasportati dalla medesima rete, senza richiedere nuove implementazioni nei nodi intermedi.

Venendo alla specificità dell'attività dell'AGCOM, due sono gli argomenti da sottolineare: il primo, nel rispetto del principio End to End, è che un nodo di rete (un utente o un server indentificato dal suo indirizzo IP) e la sua controparte (identificata da un altro indirizzo IP) si aspettano

che l'informazione che uno trasmette alla sua controparte (sia essa un altro utente o un server) (i) giunga a destinazione e (ii) giunga a tale destinazione imm modificata; il secondo, che alcune risorse di rete, siano essi indirizzi IP o nomi a dominio di qualunque livello, (iii) possono essere condivisi fra più servizi o utenti.

I primi due punti (i) e (ii) sono basilari per il corretto funzionamento della rete e soprattutto per l'inviolabilità delle comunicazioni; per evidenziare le criticità poste dal (iii) giova fare alcuni esempi.

a) Un indirizzo IP può essere condiviso fra più servizi, e quindi anche fra più siti web di clienti diversi. Per fare un esempio una società di publishing potrebbe “rendere disponibili su internet” sia il sito di un quotidiano di sinistra che il sito di un quotidiano di destra sul medesimo indirizzo IP;

b) Un nome a dominio (es. www.pubblicaleiltuosito.it) potrebbe essere usato per più siti web di utenti diversi e gestiti da questi ultimi in autonomia (es. www.pubblicailtuosito.it/mariorossi, www.pubblicailtuosito.it/fabiobianchi, ecc.);

c) Un singolo sito che risponde ad un nome a dominio (es. www.motorediricerca.it/traduci,

www.socialnetwork.it) potrebbe rendere disponibili sotto lo stesso nome a dominio contenuti di una molteplicità di soggetti diversi ed indipendenti fra loro;

d) I medesimi indirizzi IP e nomi a dominio potrebbero fornire ulteriori servizi, non evidenti nella normale navigazione, quali inoltre di posta elettronica, applicazioni specifiche, ecc.

Con un semplice ragionamento è facile rendersi conto che, rispettivamente ai quattro esempi sopra citati:

1) In caso di blocco a livello IP accade quanto segue:

(a) interruzione indebita dei servizi di terzi erroneamente coinvolti (l'oscuramento del quotidiano di sinistra comporterebbe un indebito oscuramento del quotidiano di destra);

(b, c) se venisse scelto di inibire l'accesso ad un sito tramite l'indirizzo IP del sito internet verrebbero indebitamente oscurati i contenuti di altri utenti non coinvolti;

(d) se venisse scelto di inibire l'accesso ad un sito tramite l'indirizzo IP del sito internet verrebbero bloccati altri servizi non pertinenti (ad es. posta elettronica);

2) In caso di filtraggio a livello DNS che si ritiene, da letture superficiali e di parte, la forma più light di blocco, gli effetti del blocco sono:

(b) Oscuramento dei contenuti di tutti gli utenti per fatti addebitabili ad un singolo utente;

(c) Oscuramento di un intero servizio a seguito di fatti di un contenuto gestito da terzi (sarebbe come oscurare un intero social network, per esempio Facebook, per una diffamazione posta in atto da un singolo utente fra i milioni di utenti che utilizzano il servizio);

(d) Nulla vieta nella technicalità della rete di utilizzare per esempio www.nomesito.it anche come indirizzo SMTP del server di posta elettronica. L'inibizione della risoluzione di quel nome a dominio andrebbe ad inibire il servizio di posta elettronica anziché il solo sito internet;

Si tratta quindi di attività che, volte ad inibire un'azione specifica, vanno invece *spesso* a coinvolgere, servizi e contenuti di terzi soggetti estranei ai fatti.

Una richiesta di blocco può quindi compromettere il funzionamento di alcune attività o servizi di rete, ledere i diritti di terzi utenti non coinvolti dai procedimenti, o per assurdo creare enormi disservizi all'intera rete se, per esempio, si verificasse un errore materiale nella trascrizione di un indirizzo IP.

Bloccare un sito internet sia a livello DNS, che a livello IP, può

quindi essere paragonato a bloccare la rete telefonica, o sue porzioni più o meno estese, per impedire ad un singolo di porre in atto telefonate minatorie.

Nei procedimenti adottati da AGCOM, dall'entrata in vigore del Regolamento, si sono infatti verificati sinora i casi b) e c) del punto 2.

1.3 Perché l'AGCOM e non la Magistratura? E perché non in Parlamento?

Il Regolamento Agcom per la tutela del diritto d'autore online è entrato in vigore il 31 marzo del 2014, senza essere stato preceduto da una norma parlamentare o governativa.

Il primo problema che si pone, quindi, è un problema di metodo, perché se in gran parte del mondo il dibattito sulle leggi in materia di copyright si è generalmente realizzato in maniera democratica, investendo i rispettivi organi legislativi, in Italia questo non è accaduto, ed una normativa in grado di incidere pesantemente sui diritti dei cittadini ha visto la luce nelle chiuse stanze dell'AGCOM, un'autorità

amministrativa che non deve rispondere ai cittadini.

L'AGCOM inconsapevolmente appare essere solo uno strumento, attraverso il quale, obbligare i cittadini, le imprese intermediarie del web ad adeguarsi agli ordini di Cancellazione e di rimozione, in verità richiesti ed imposti dai titolari dei diritti d'autore attraverso la procedura informatica dell'Autorità.

“In sostanza – e questa conclusione vale anche per i servizi di media e per il caso del c.d. “hosting attivo” – il regolamento del 2013 riposa sull'implicito presupposto che i soggetti interessati (l'uploader, il gestore del sito o della pagina) non partecipino al procedimento per difendere le loro ragioni¹⁰. Se questa osservazione è corretta – e il fatto che nei tre procedimenti ad oggi avviati si sia utilizzato il sistema della comunicazione di avvio del procedimento attraverso la pubblicazione sul sito istituzione va certamente in questa direzione – si corre il rischio che l'Autorità diventi un semplice vettore delle pretese dell'istante.

A ben vedere questa disciplina risponde di fatto all'idea per la quale colui che lamenta la lesione sia un soggetto “debole”: posizione di minor forza da bilanciare attraverso l'intervento dell'Autorità. Questa

¹⁰ Non a caso, l'art. 7, comma 1 del reg. dispone che “la Direzione comunica l'avvio del procedimento ai prestatori di servizi all'uopo individuati, nonché, ove rintracciabili, all'uploader e ai gestori della pagina e del sito internet”; cfr. anche il comma 2.

logica è infatti in parte simile a quella che è stata seguita per i provvedimenti repressivi a tutela dei consumatori nei confronti delle pratiche commerciali scorrette¹¹. Con la differenza che il titolare del diritto d'autore trova una protezione ben più intensa del consumatore. Infatti, mentre il primo può avviare il procedimento con una domanda (che, come noto, produce l'obbligo di procedere e di provvedere)¹², per il secondo, come accennato, è prevista l'iniziativa d'ufficio e l'intervento repressivo può essere definito in via negoziata tramite l'accettazione degli impegni presentati dall'operatore economico. Non è questa la sede per valutare la ragionevolezza di una tale scelta e del retrostante bilanciamento di interessi. Vale solo la pena di evidenziare che nella maggior parte dei casi i "soggetti deboli" sarebbero nientemeno che le major musicali e cinematografiche. Il che produce una situazione paradossale: l'uploader (spesso utente finale) viene trattato come un "soggetto forte" a protezione di grandi gruppi economici, considerati invece "soggetti deboli"¹³.

11 **M. Bertani**, Internet e la "amministrativizzazione" della proprietà intellettuale, cit. 130.

12 Per tutti **A. Cioffi**, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005, in part. 108-109; **E. Casetta**, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 396; **G. Morbidelli**, Il procedimento amministrativo, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, (a cura di) **L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca**, Bologna, 1998, 1248; **L. De Lucia**, Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa, in *Dir. amm.*, 2002, 717 e ss., citati da De Lucia e Guizzi, nota successiva.

13 **Luca De Lucia e Federico F. Guzzi**, *Natura giustiziale dei procedimenti amministrativi a tutela del diritto d'autore (regolamento dell'AGCom n. 680/13/CONS)*, testo dattiloscritto Convegno Regolamento AGCOM sul diritto d'autore, Milano 2014.

Per l'industria del copyright **il caso Italia**, che non ha nessun interesse nelle dinamiche mondiali relative al flusso dei contenuti, è solo un **test**, da un lato per creare un precedente da estendere a paesi che non consentono queste procedure molto invasive, e dall'altro per giungere all'applicazione delle misure di web blocking all'interno di accordi di cooperazione tra aziende (vedi **six strikes** negli Usa) e quindi in una fase ben antecedente rispetto ad un eventuale ricorso ad un giudice oppure ad un'autorità indipendente.

Per fare questo però occorre che vi sia un qualcuno che minacci l'applicazione di una sanzione.

Ecco perché l'industria del copyright ha chiesto espressamente che questi provvedimenti fossero sottratti alla cognizione della Magistratura ordinaria e assegnati in prima battuta alla competenza di un organo amministrativo, preferibilmente con procedure celeri e sommarie.

Il *web-blocking* amministrativo, le procedure di autoregolamentazione con lo spauracchio dell'intervento di un'Autorità, la "rimozione spontanea" (presentata come il grande successo di

quest'anno di applicazione del regolamento da parte dell'AGCOM) sono tutti metodi di superamento delle tutele previste dalla Magistratura, al fine di risolvere in brevissimo tempo e senza testimoni le questioni dell'accesso alla rete, con il crisma fittizio della volontarietà, della rimozione spontanea e della effettività della tutela.

Solo che a rimetterci sono i cittadini sulle cui teste passa questo meccanismo di cancellazione di contenuti e di interdizione all' accesso.

Il regolamento Agcom, in realtà si inserisce in un quadro generale più vasto che vede molti Stati, europei e non solo, introdurre o comunque discutere normative che applicano una regolamentazione specifica alla Rete rispetto alla vita reale.

Poiché, purtroppo, su certe materie l'opinione pubblica, grazie alla possibilità fornita dalla rete Internet di coordinare iniziative, si fa sentire, e quindi determinate leggi avvertite come repressive coagulano un diffuso malcontento (leggasi, perdita di voti), a livello politico si è ben pensato di saltare il momento democratico del dibattito pubblico parlamentare, e quindi affidare la riscrittura delle regole sulla proprietà intellettuale ad una Autorità amministrativa.

I motivi reali che hanno spinto le grandi Associazioni autorali ad

appoggiare il Regolamento AGCOM come strumento di attività che negli altri Paesi spettano all'Autorità Giudiziaria, risiedono nel fatto che le stesse hanno visto in questa iniziativa diverse opportunità.

→ Il primo motivo è che l'assegnazione del ruolo di estensore di ordini di rimozione adottato attraverso lo "slalom" tra norme preesistenti, che in dieci anni non erano mai state invocate (il decreto legislativo 70 è del 2003), consente di evitare il ricorso al dibattito Parlamentare¹⁴.

→ Il secondo è legato alle pronunce rese dalla Magistratura italiana in questi ultimi due anni, che, occupandosi in via estensiva del tema del diritto d'autore in rete, sia in sede civile che penale, hanno cominciato ad applicare principi di tutela dei diritti di terzi e di affidamento, nonché ad affrontare in maniera critica la tutela del diritto d'autore.

Si pensi ai casi giudizi civili presso la Corte d'Appello di Milano, con la Sentenza n. 29 del 22 gennaio 2015, che ha stabilito che le

¹⁴ *"Forse – ed ecco il punto – dall'Autorità ci si dovrebbe aspettare una diversa prestazione. Essa, anziché effettuare uno "slalom" tra le norme legislative per tentare di fondare la sua competenza in materia, avrebbe dovuto indirizzare al Parlamento e al Governo segnalazioni analitiche e circostanziate, intese a sottolineare la necessità e l'urgenza di un articolato intervento normativo in materia di diritto d'autore online."* **Natura giustiziale dei procedimenti amministrativi a tutela del diritto d'autore (regolamento dell'AGCom n. 680/13/CONS)** Luca DE LUCIA, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Salerno e **Federico F. GUZZI**, Università della Calabria, al Convegno "L'enforcement amministrativo dei diritti d'autore in internet (regolamento AGCOM)", 16 maggio 2014, Milano.

piattaforme di *video sharing*, nel caso specifico Yahoo Video, non sono responsabili della pubblicazione di contenuti da parte degli utenti che violano i diritti d'autore di soggetti terzi, così riformando sul punto la sentenza di primo grado (Tribunale di Milano, 9 settembre 2011, n. 10893).

In sede penale i Magistrati hanno cominciato a domandarsi seriamente se l'utilizzo di sistemi invasivi fosse lo strumento più efficace per eliminare la cd pirateria multimediale¹⁵. Non solo. In ossequio ai principi stabiliti dalle Norme GATT-Trips e dalle norme del Codice di procedura civile e penale, i Giudici rispettano scrupolosamente il principio di **strumentalità tra misura inibitoria e provvedimento definitivo di accertamento dell'illecito**, cosicchè **la misura inibitoria ha sempre una veste temporanea diversamente da quanto accade con gli ordini dell'AGCOM.**

Inoltre, sempre di fronte della richiesta dei titolari dei siti o dei provider, i Magistrati sottopongono a rivisitazione i presupposti originari e/o sopravvenuti di applicazione della misura, e, se del caso li annullano. Cosa che non avviene con l'AGCOM che, disposta l'inibizione, lascia che quest'ordine rimanga lì senza nessuna procedura regolamentare di

¹⁵ Cyberlocker e diritto d'autore: il Tribunale di Roma annulla il sequestro di Rapidgator <http://scialdone.blogspot.it/2013/06/cyberlocker-e-diritto-dautore-il.html>

riesame, di rivisitazione e di controllo successivo. Il controllo della Magistratura aveva cominciato a destare nervosismo in determinati ambienti, abituati a non vedere discutere nessuno al solo pronunciare la parola “violazione del diritto d’autore”.

→ Per superare questi impasse occorreva appoggiare l’investitura dell’intera procedura ad un ente che rispondesse direttamente alle istanze di parte, evitando al contempo che vi potesse essere un reale contraddittorio in grado di sollevare questioni di opportunità dell’intervento rispetto ai diritti fondamentali, e che non vi fosse un giudice terzo, in grado di vagliare la bontà delle accuse e delle difese. L’assenza di un dibattito parlamentare poteva portare con sé la mancata sottoposizione a principi di revisione parlamentare e normativa, lasciando libera una pubblica amministrazione di decidere quali regole applicare a suo insindacabile giudizio, anche laddove tali regole non fossero presenti, ovvero fosse contrastanti con quanto scritto dalla stessa Autorità (l’archiviazione per proporzionalità ad esempio, assente nell’impianto regolamentare, e desunto dall’art 8, comma 2, che dice il suo esatto contrario).

→ Occorreva appoggiare anche una certa visione del Regolamento, come atto di esecuzione dalla stessa Autorità,

sottraendo l'atto secondario alle regole al sindacato giurisdizionale Costituzionale, sfruttando un possibile vuoto dell'art 134 della Costituzione sulla sindacabilità dei Regolamenti delle Autorità Amministrative indipendenti.

In ciò determinando di fatto l'impossibilità di controllo di chiunque, Autorità Parlamentare, Corti o cittadini, sulle procedure poste in essere dall'AGCOM.

CAPITOLO II

Il Regolamento AGCOM sul diritto d'autore

2.1 Legittimazione dell'Agcom

Il tema della legittimazione dell' AGCOM a poter regolamentare il diritto d'autore in Rete è ovviamente tra i più discussi.

Infatti, in nessuna norma dell'ordinamento italiano si rinviene la legittimazione dell'Autorità ad occuparsi di diritti d'autore ad emanare provvedimenti inibitori, addirittura contro soggetti terzi rispetto ai diritti in gioco, cioè i fornitori di servizi online.

Pressochè l'intera dottrina Italiana che si è occupata della legittimazione di AGCOM, con alcune isolate eccezioni, per svariati motivi, ha ritenuto l'illegittimità dei poteri di AGCOM in tema di diritto d'autore¹⁶.

16 [Alvanini e Cassinelli, I \(possibili\) nuovi poteri di AGCom in materia di diritto d'autore nel settore dei media](#), in IDI, 2011, 543 ss. (a cui si deve un'analisi particolarmente chiara e dettagliata); [Pirozzoli, L'iniziativa dell'AGCOM sul diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica](#), in Rivista AIC, 2011 fasc. 2, 6: «L'Autorità, infatti, può vigilare al fine di prevenire e accertare le infrazioni, ma la normativa vigente non le assegna (almeno esplicitamente) alcun potere in grado di condizionare le posizioni soggettive di terzi.». Esatte osservazioni quanto ai

L'eventuale potere sanzionatorio di cui l'Autorità si avvale in caso di violazione delle prescrizioni emanate non può essere implicitamente ricavato dall'ambito logico e giuridico coperto dalla norma attributiva del potere Regolatorio dell'Autorità, «pur se inteso nella sua latitudine più ampia», in quanto, «per il suo contenuto specifico e singolare », esso oltrepassa i limiti di proporzionalità e ragionevolezza a cui è assoggettato lo stesso potere regolatorio”¹⁷.

Illegittimità che va ricordato è tutt'ora in discussione presso il TAR Lazio, nonostante quest'ultimo organo avesse mostrato di ritenere in

limiti della potestà regolamentare e sanzionatoria in materia **Piruccio, Diritto d'autore e responsabilità del "provider"**, in *Giur. merito*, 2012, 2592 ss., spec. 2617 ss. il quale chiaramente rileva come la Autorità possa trovare una base legale chiara per il suo intervento regolamentare solo in relazione ai media audiovisivi, quali definiti e disciplinati dall'art. n. 177 del 2005 e, nell'ambito di ampie e più generali riflessioni critiche sull'enforcement amministrativo dei diritti d'autore.

Inoltre la responsabilità del provider, persino in caso di mancata ottemperanza ai provvedimenti delle Autorità che dispongano la rimozione dei contenuti illeciti (oltre che nei casi di omessa comunicazione), è limitata al campo del diritto civile, non essendo prevista dall'art. 21 d.lg. n. 70 del 2003 (dedicato alle sanzioni) alcuna misura sanzionatoria di natura amministrativa (ovvero pecuniaria), che sarebbe stata invece necessaria per garantire efficacia vincolante ai citati provvedimenti.».

Tonoletti, La tutela della proprietà intellettuale tra giurisdizione e amministrazione, in *AIDA* 2013, 335 ss., spec. 343 ss., quest'ultimo autore ritiene la illegittimità del Regolamento AGCOM rispetto alla direttiva comunitaria 2004/48/CE in quanto la stessa attribuisce in via esclusiva all'autorità giurisdizionale la tutela dei diritti di proprietà intellettuale ; **D'Arrigo**, Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli Internet Services Providers, Milano, 2012, 57 ss. **De Minico**, Libertà e copyright nella Costituzione e nel diritto dell'Unione, in *Riv. tel. giur. dell'Associazione dei costituzionalisti*, 2014, **RICOLFI**, “Agcom non può e non deve disciplinare il copyright”, <http://www.lastampa.it/2013/11/02/blogs/web-notes/agcom-non-pu-e-non-deve-disciplinare-il-copyright-9EopaRbNRYBFvoehrfBbsN/pagina.html>

¹⁷ **RENNA**, Professore Ordinario di diritto Amministrativo nell'Università Cattolica del Sacro Cuore, *Le questioni di legittimità del Regolamento AGCOM sul diritto d'autore*, al Convegno “L'enforcement amministrativo dei diritti d'autore in internet (regolamento AGCOM)”, 16 maggio 2014, Milano; **L. MERCANTI** “Proposta di regolamento AGCOM sul copyright enforcement: alcune note critiche alla luce dei modelli francese e statunitense”, in *Inf. e Diritto* 2014.

qualche modo investita l'AGCOM di tale potere, ma avendo rimandato l'intera questione alla Corte Costituzionale.

In via generale, e senza entrare nello specifico dei vizi evidenziati dalla dottrina va detto che le violazioni del diritto d'autore sono infatti già previste dal nostro ordinamento e sono riservate alla competenza della Magistratura, in virtù sia delle norme della legge sul diritto d'autore, sia delle norme penali al punto che la stessa Agcom (art. 182 ter L.633/1941) tenuta a trasmettere gli atti all'autorità giudiziaria in caso di violazioni.

2.2 I principi del contraddittorio: Violazioni dei diritti di difesa nel procedimento di fronte all'Autorità

I problemi più seri dell'intera procedura adottata dall'AGCOM risiedono nella mancanza dei principi di separazione dei poteri, di terzietà degli organi inquirenti e decidenti, nonché nell'assenza di qualsivoglia principio assimilabile a quello del giusto contraddittorio.

Nel procedimento regolamentato dall'AGCOM non esiste alcuna parità tra accusa e difesa, mancando una chiara distinzione tra accusa e organo giudicante, essendo sia la Direzione Servizi Media, che

si occupa della fase pre-istruttoria e di quella istruttoria, che l'Organo Collegiale, organi della stessa Autorità quindi soggetti allo stesso Presidente.

Si tratta evidentemente di un procedimento di tipo inquisitorio, che però è sottoposto alla disponibilità dei privati, e, in particolare delle Associazioni che tutelano il diritto d'autore, che fruiscono, per il solo fatto di proporre un'istanza di un procedimento abbreviato, che frustra completamente l'esigenza di difesa di tutte le altre parti coinvolte nel procedimento.

2.3. Assenza di un reale contraddittorio

Il soggetto richiedente non è parte del procedimento, poiché la sua partecipazione si limita, appunto, all'invio della richiesta (Delibera 680/13/CONS, par. 193: *“L'avvio del procedimento, infatti, sarà notificato non più al soggetto istante, in quanto il suo ruolo dopo la presentazione dell'istanza non rileva ai fini del procedimento”*), per cui le parti tra le quali vi è conflitto (titolari dei diritti e uploader) non sono le medesime del procedimento.

La controparte del procedimento appare essere più il provider

verso il quale viene indirizzato l'ordine di blocco, piuttosto che l'uploader e/o gestore del sito.

Solo i provider ricevono sicuramente la comunicazione di avvio del procedimento, le altre parti soltanto “*ove rintracciati*” (art. 7 Reg.).

Quindi il soggetto che materialmente avrebbe posto in essere la condotta “incriminata” non riceve l'informazione dell'accusa rivoltagli.

Per cercare di superare queste obiezioni insuperabili l'AGCOM ha cominciato ad emettere una serie di prassi applicative, completamente assenti, non solo nella normativa primaria, ma anche nella stessa Regolamentazione che l'Autorità si è data, sfruttando il fatto che, come si è detto, nessuno può controllare in pratica, diversamente da quanto accade in sede giudiziale ordinaria, le attività della stessa AGCOM.

Da questo punto di vista appare sintomatica la risposta fornita dalla stessa Autorità ad una delle Associazioni di rappresentanza dei Provider, l'ASSOPROVIDER, che chiedeva in quanto parte di un Giudizio di fronte al TAR e parte delle stesse notifiche di rimozione, di avere accesso ai documenti relativi al fascicolo del procedimento.

L'Autorità ha rigettato l'istanza ritenendo che la richiesta potesse

configurare un controllo generalizzato sui propri atti.

Perché AGCOM manda comunicazioni indiscriminate a indirizzi che sembrano non avere nulla a che fare con i titolari del sito?

Lo strumento di comunicazione dell'avvio del procedimento è la normale posta elettronica e, laddove possibile, la posta elettronica certificata.

L'assenza di un reale contraddittorio è subito emerso dalla prassi applicativa delle comunicazioni effettuate da AGCOM. In svariati casi le comunicazioni sono state inviate indirizzi meramente numerici, in altri casi sono state indirizzate al maintainer del di registrazione del nome a dominio, addirittura a mail anonime reperite forse in rete ma che nulla avevano a che fare con la violazione.

Come si è detto queste pratiche non sono formalizzate in nessun atto, e non sono dunque né sindacabili né reperibili in alcun modo.

Da questo punto di vista è sintomatico quando dichiarato dal titolare di uno dei siti raggiunto il titolare del sito italysoft, il quale ha dichiarato a diverse testate di non aver ricevuto alcuna comunicazione

dall'Autorità¹⁸.

È evidente che l'invio di un normale messaggio di posta elettronica ad un indirizzo reperito in assenza di una procedura tipizzata, rende assolutamente incerta non solo la prova dell'avvenuta comunicazione di avvio del procedimento ma anche la conoscibilità degli atti alle parti coinvolte.

Ma perché l'Autorità invia comunicazioni a persone che nulla hanno a che vedere con la commissione di un illecito? Perché inviando a caso un provvedimento con l'intestazione dell'Autorità si spera che eventuali intermediari, che non hanno relazione con il sito, pur non essendone tenuti, si attivino per contattare qualcuno che ha a che fare con i contenuti o i siti da bloccare, sotto lo spettro di una eventuale sanzione. Sanzione che invece non riguarda nessuno di questi intermediari, ma molto spesso i provider che ricevono le comunicazioni non sono a conoscenza della cosa.

Attraverso questo artificio l'Autorità, senza specificare chi sia a rimuovere i *files*, vuole dimostrare che ci sono "adeguamenti spontanei" e che, in definitiva il sistema funziona.

E' sempre la finalità che abbiamo visto in precedenza: ottenere una

18 **A. LONGO**, o i primi 55 affondi dell'Agcom contro la pirateria in rete: colpiti i Sumeri e scuole elementari. No, qualcosa non va. <http://www.chefuturo.it/2014/06/ecco-i-primi-55-colpi-dellagcom-contro-la-pirateria-colpiti-i-sumeri-e-teoria-del-big-bang-no-qualcosa-non-va/>

collaborazione volontaria che volontaria non è , anche di chi non c'entra nulla o non ha violato la norma, per evitare conseguenze peggiori.

→ **L'espunzione dal procedimento dell'uploader e/o gestore del sito** è rilevante, poiché solo questi è in possesso delle informazioni (eventuali diritti contrapposti o cause giustificative dell'utilizzo delle opere protette) in grado eventualmente di contestare le asserzioni del denunciante.

Di contro i fornitori di servizi di *mere conduit* (mero trasporto) non hanno contatti con i soggetti che immettono i contenuti in rete né con i gestori del sito, limitandosi a far fluire sui loro server il traffico telematico.

Non si comprende, quindi, quale ruolo possa svolgere il provider all'interno del procedimento, se non quello di mero osservatore. Nonostante ciò il provider è l'unica parte effettiva del procedimento paragiurisdizionale dell'Agcom, anche se non può nemmeno sapere quale siano gli atti dei procedimenti.

Quindi, la fase istruttoria si svolge in assenza degli accusatori (che non sono parte), in assenza degli accusati (che non necessariamente ricevono una comunicazione), e in assenza di un effettivo contraddittorio.

→ Infatti, **non esiste un preciso obbligo di messa a disposizione d'ufficio della documentazione d'accusa a favore delle controparti** (specialmente uploader e gestori). Le ulteriori attività istruttorie non vengono compiute in contraddittorio, né viene data possibilità alle controparti di visionare gli atti e di controdedurre sulle risultanze istruttorie. Non si prevede la possibile partecipazione di un difensore.

E ciò in aperta violazione dell'accordo TRIPs che consacra il principio in base al quale *“le decisioni sul merito di una controversia sono basate soltanto sugli elementi di prova in relazione ai quali è stata concessa alle parti la possibilità di essere sentite”* (art. 41).

→ **Non esiste nessuna udienza pubblica**, non è prevista alcuna fase di audizione dei destinatari della comunicazione, ma il procedimento è di natura esclusivamente cartolare.

Le controparti possono solo, ove abbiano avuto contezza dell'esistenza della procedura, inviare scritti difensivi, ma i termini sono talmente ristretti (5 giorni oppure 3 in caso di procedimento abbreviato) da rendere impossibile qualsiasi esercizio del diritto di difesa.

→ **Non è rispettato il principio della presunzione d'innocenza** in considerazione del fatto che la sanzione amministrativa è immediatamente esecutiva, per cui l'incolpato è ritenuto colpevole e subisce la pena al di fuori delle garanzie di un giusto processo.

→ **Non è prevista alcuna possibilità di effettiva impugnazione e riesame** avverso il provvedimento dell'Autorità, in quanto il TAR, organo competente per il riesame dei provvedimenti dell'Agcom in materia di copyright, ha competenza limitata a questioni relative alla legittimità del provvedimento, mentre non è abilitato ad entrare nel merito della liceità delle opere incriminate.

→ La fase giurisdizionale successiva non può portare ad un riesame completo della pretesa punitiva e non è sufficiente a compensare le mancanze della fase amministrativa.

La possibilità di adire in un separato giudizio e in una fase di riesame esterno l'autorità giudiziaria non elimina il vulnus in quanto **le garanzie del giusto processo devono essere godute in una fase interna.**

TABELLA POTERI DELLE PARTI DEL PROCEDIMENTO

Titolare copyright (es. Siae, Fapav, Fpm)	Provider	Utente/Consumatore
Possibilità di segnalare un numero illimitato di violazioni	Possibilità di essere oggetto di uno come di migliaia di ordini	Parte non necessaria. Non viene avvertito necessariamente della procedura relativa al suo sito o al suo contenuto
RESPONSABILITA' Nessuna Responsabilità in caso di Informazioni non precise. Possibilità di ritirare in qualsiasi momento l'istanza, anche dopo l'apertura del procedimento. Nessun costo in caso di soccombenza.	Responsabilità Civile (ai sensi dell'art 17 D.lgs 70/2003) Responsabilità amministrativa Sanzioni pecuniari AGCOM Responsabilità penale	Rimozione del contenuto e/o inibizione dell'accesso al sito ad opera dell'hosting provider, anche senza conoscenza della procedura a proprio carico. Responsabilità civile e penale. Obbligo di impugnare entro 60 giorni al TAR.
Nessun costo. Possibilità illimitata di utilizzo della piattaforma.	Costo d'impresa a carico dell'operatore per ogni ordine emanato. Valore di circa 500 euro ad ordine più costi fissi. Il costo deve essere previsto in modalità doppia in virtù della comunicazione dell'avvio procedimento.	
Contributo all'Autorità per le attività di cui al regolamento AGCOM sul diritto d'autore NULLO	Contributo Generale dovuto in qualità di operatore di Comunicazione elettronica	
Contributo all'Autorità per il funzionamento dell'Autorità. NULLO.	Contributo Generale dovuto in qualità di operatore di Comunicazione elettronica	
Costo legale per ricorsi. NULLO. L'Autorità emana un ordine esecutivo sulla base della email degli autori	Costi legali per il Provider. Un valore tra 1800 e 6000 Euro. Costo di un Ricorso al TAR Lazio.	Costi legali per il Consumatore. Un valore tra 1800 e 6000 Euro. Costo di un Ricorso al TAR Lazio.
Possibilità di rivolgersi al	Possibilità di rivolgersi al	

<p>GIUDICE ORDINARIO fermando la procedura. COMPLETA, senza costi, in qualsiasi momento, anche dopo che la Direzione ha disposto, ad esempio, una archiviazione</p>	<p>Giudice nel corso della Procedura con effetto sospensivo. NULLA. In base al punto 199 (pag. 57) della Delibera 680/13/CONS: <i>“si sottolinea che è sembrato necessario limitare l'archiviazione del procedimento al caso in cui l'Autorità giudiziaria venga adita dal soggetto istante, per evitare che altri soggetti si rivolgano strumentalmente alla magistratura al solo scopo di bloccare il procedimento in corso presso l'Autorità”</i></p>	
	<p>Presenza NULLA. Non è previsto nel Regolamento alcuna procedura di riesame</p>	<p>Possibilità di riottenere il sito NULLA. Non è previsto nel Regolamento alcuna procedura di riesame, anche in caso di errore</p>

2.4 Violazione dei rapporti con l'autorità giudiziaria

L'ordine amministrativo imposto dall'Agcom risulta in tutto e per tutto identico ad un provvedimento di sequestro penale, una misura che presenta specifiche **finalità preventive e repressive**.

Si legge, infatti, all'art. 8 del regolamento che l'organo collegiale emette l'ordine di blocco affinché gli internet service provider *“impediscono la violazione medesima o vi pongano fine”*.

Inoltre l'art. 7 del Regolamento disciplina l'**attività istruttoria** di

competenza della Direzione. Tale organo interno all'Agcom si occupa, quindi, di ricevere l'istanza di rimozione del titolare dei diritti, avviare il procedimento dando le comunicazioni ai provider e, "*ove rintracciati*", al gestore del sito e all'uploader, e infine si occupa dell'istruzione del procedimento. Anche se le attività di istruzione non sono tipizzate (a differenza di quanto avviene per il procedimento penale), di fatto sono comparabili alle attività investigative esercitate dalla polizia giudiziaria.

L'oggetto di tali attività è specificato all'art. 6 del Regolamento: "*...un'opera digitale sia stata resa disponibile su una pagina internet in violazione della Legge sul diritto d'autore*".

Tale condotta corrisponde esattamente ai reati di cui agli artt. 171 e 171 ter della legge sul diritto d'autore, questi sì, diversamente dall'inesistente potere di AGCOM, previsti da norme positive.

L'Agcom non si limita a considerare i contenuti segnalati dal titolare dei diritti, ma controlla sommariamente anche gli altri contenuti per valutare la presenza di una "*violazione grave e massiva*", valutazione che porta a procedere con il "rito" abbreviato che ha dei termini ridotti rispetto al normale procedimento istruttorio. Insomma ricerca la prova.

In sintesi, **la Direzione esercita attività investigative**, le stesse

che deve, e si ripete, deve svolgere la polizia giudiziaria e il pubblico ministero se notiziati del reato.

A seguito dell'istruttoria la Direzione *“trasmette gli atti all'organo collegiale, formulando proposta di archiviazione ovvero di adozione dei provvedimenti”* di blocco. Una sorta di richiesta di rinvio a giudizio.

L'organo collegiale, quindi, *“esaminati gli atti, ne dispone l'archiviazione qualora non ritenga sussistente la violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi”*. Se invece ritiene sussistente la violazione, *“esige, nel rispetto dei criteri di gradualità, di proporzionalità e di adeguatezza, che i prestatori di servizi destinatari della comunicazione di cui all'articolo 7, comma 1, impediscano la violazione medesima o vi pongano fine... A tale scopo, l'organo collegiale adotta gli ordini di cui ai commi 3, 4 e 5 nei confronti dei prestatori di servizi, i quali devono ottemperarvi entro tre giorni dalla notifica”*.

L'organo collegiale, quindi, valuta, sulla base dell'istruttoria della Direzione, se sussiste la violazione dei diritti d'autore del soggetto che ha presentato l'istanza di rimozione, quindi esercita le **funzioni giudiziali**, e nel caso impone agli internet service provider di rimuovere i contenuti.

Per quanto riguarda i procedimenti relativi a siti esteri, l'ordine è

di **blocco tramite DNS**. Viene tirato giù l'intero sito!

Un ordine di blocco di un intero sito può facilmente ledere diritti dei cittadini, in particolare limita la libertà di espressione, come ribadito da Article 19, e da studi ONU (16 maggio 2011) e OSCE (2011).

Un tale tipo di ordine, quindi, dovrebbe essere un'*extrema ratio*, e comunque non dovrebbe essere mai adottato quando c'è il rischio che siano rimossi anche contenuti leciti, perché in questo caso, sentenza la Corte di Giustizia Europea (sentenza Telekabel: C-314/12), la misura adottata risulterebbe sproporzionata rispetto allo scopo perseguito.

In sostanza l'Agcom si è appropriata delle funzioni di polizia giudiziaria, del PM, dei giudici civili e penali, accorpendoli in un unico procedimento ristretto in termini brevissimi, incompatibile con qualunque diritto di difesa.

Il fatto che le funzioni investigative e giudiziali siano materialmente esercitate da due organi differenti, non elimina il grave problema, visto che tali organi (Direzione e organo collegiale) sono mere suddivisioni dell'Autorità e agiscono sotto l'autorità e la supervisione di uno stesso Presidente.

Se l'Agcom esercita funzioni proprie della polizia giudiziaria, del giudice e infine emana ordini inibitori di natura sostanzialmente penale,

ne consegue che il procedimento amministrativo normato dall'Agcom di fatto ha natura penale sostanziale.

Tale valutazione si basa su una serie di elementi come stabiliti dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU, *Dubus S.A. c. Francia* n. 5242/04, 11 settembre 2009). Ricordiamo che le norme pattizie sono immediatamente applicabili nel nostro ordinamento (Corte Cost. 311/2009).

Il punto è che **un procedimento penale deve essere presidiato da garanzie specifiche** (principio di non colpevolezza, diritto a essere informati dell'accusa, diritto ad una adeguata difesa, ecc...) **che un procedimento amministrativo non contempla.**

Infatti, il procedimento per come è strutturato dall'Agcom non garantisce affatto la "parità delle armi". Da un lato c'è il titolare dei diritti le cui istanze sono valutate sulla base di mere presunzioni e prese per buone (tra i documenti da allegare c'è lo screenshot che non ha alcun valore dinanzi ad un giudice), mentre di contro le controparti non sempre vengono a conoscenza dell'esistenza del procedimento ("*overintracciati*") e comunque non hanno sostanzialmente alcun diritto se non quello di presentare deduzioni scritte in tempi brevissimi. Nessuna possibilità di partecipare alle attività istruttorie, nessuna possibilità di

chiamare testi, di confrontarsi con gli accusatori.

Il procedimento è strutturato in modo da procedere celermente, a qualunque costo, anche in assenza di qualsiasi difesa, ed è teso a fare pressioni sull'internet provider affinché rimuova il contenuto, a pena di forti sanzioni rivolte espressamente contro di lui. È evidente lo sbilanciamento a favore dell'accusante.

Il procedimento adottato dall'Autorità non ha alcun precedente nelle procedure di fronte alle Autorità Amministrative indipendenti, né in quelli che l'Autorità svolge di fronte a sé.

Basti pensare che, contrariamente a quanto avviene nei procedimenti Antitrust, non è prevista una fase di audizione personale dei destinatari della comunicazione, né il richiedente può replicare alle difese eventualmente prodotte dai convenuti. Questa constatazione dovrebbe da sola essere sufficiente a segnare una differenza dai modelli di tutte le Amministrazioni indipendenti, che ruotano tutti su amplissime garanzie partecipative.

In sostanza, il provvedimento si appunta oggettivamente su un atto commesso da un soggetto che formalmente non ne è il destinatario (colui che ha reso disponibile l'opera digitale protetta da copyright su internet).

Il che dimostra un'evidente *asimmetria del procedimento che è rivolto ad un soggetto (l'hosting provider), per colpire la condotta di un altro.*

Un procedimento amministrativo, diretto ad incidere su diritti di terzi, senza che ne sia prevista la partecipazione necessaria e che di fatto ha natura sostanziale penale, dal momento che l'Agcom si sostituisce all'attività dei giudici ed emana sanzioni penali, deve probabilmente ritenersi in violazione delle norme europee e italiane, sia della Convenzione dei diritti dell'Uomo (art. 6) che della stessa Costituzione italiana (art. 111), che dell'accordo TRIPs che fissa gli standard internazionali per la tutela della proprietà intellettuale prevedendo l'estensione delle medesime garanzie minime dettate all'art. 42 alle eventuali procedure amministrative previste dagli Stati.

La stesso Agcom non appare un "giudice" imparziale ed indipendente. Perché accorpa in sé l'intero procedimento penale, sia la fase investigativa che quella giudiziale, con confusione di ruoli e funzioni.

E comunque non possiamo non dimenticare che l'Agcom si occupa della regolamentazione dell'attività televisiva, e quindi opera a stretto contatto con i produttori di contenuti. Tale eccessiva vicinanza

rende difficile pensare che possa riservare le dovute attenzioni ai diritti dei cittadini.

In conclusione, le norme italiane ed internazionali sanciscono che l’emanazione di un provvedimento sostanzialmente penale deve avvenire solo a seguito di un procedimento che sia provvisto di specifiche garanzie a presidio dei diritti dei cittadini.

E non sembra il caso del procedimento realizzato dall’Agcom, che invece appare finalizzato a saltare le garanzie specifiche che presidiano i procedimenti che incidono sui diritti dei cittadini, a favore di un procedimento privo di formalismi, più snello, celere e soddisfacente per l’industria, così riducendo la stessa Autorità ad un esecutore dei “*desiderata dell’industria*” del copyright.

La differenza è importante. Dal punto di vista penalistico, affinché si possa legittimamente dimostrare la colpevolezza dell’agente, la prova presuntiva deve essere connotata dalla caratteristica di “qualificata”, in quanto deve essere basata, non su un solo indizio, ma su una pluralità di indizi contrassegnati dai requisiti della gravità, della precisione e della concordanza (art. 192, comma 2, c.p.p.).

L’Autorità amministrativa, invece, giudica sulla base di

presunzioni semplici, procede in maniera discrezionale emanando provvedimenti privi di adeguata motivazione.

In tale prospettiva si può notare che le norme del Regolamento si presentano generiche e non sufficientemente determinate. Il Regolamento viene pesantemente integrato nella fase attuativa. Ad esempio, sul sito ddaonline.it, il sito gestito dalla FUB (Fondazione Ugo Bordonì) per ricevere le istanze dei titolari dei diritti, nelle FAQ (Frequently Asked Questions) di spiegazione si indica quale elemento probatorio lo **screenshot**, cioè la stampa *sic et simpliciter* della schermata del sito incriminato. Orbene, la screenshot non è ritenuto elemento di prova affidabile dinanzi ad un Giudice in quanto facilmente alterabile (Cass. Pen. 2912/1994), e comunque limitato a evidenziare la situazione statica del momento, per cui necessariamente tale elemento deve essere accompagnato da ulteriori mezzi di prova. Sul sito della FUB, invece, lo screenshot è il solo elemento indicato, a riprova della sommarietà della delibazione dell'Agcom.

2.5 Sovrapposizione del procedimento amministrativo e giudiziario

Un ulteriore problema si pone nel momento in cui un sito è assoggettato contemporaneamente sia ad un procedimento penale che al procedimento amministrativo di cui al Regolamento Agcom, fatto verificatosi con frequenza nel corso dell'anno di applicazione del Regolamento.

In tali casi vi è una evidente sovrapposizione delle procedure, che di fatto si ostacolano a vicenda.

In particolare sia il Giudice penale che l'Agcom emettono un provvedimento nei confronti dei provider, che ha la funzione di oscurare il contenuto soggetto al procedimento, solo che i due provvedimenti hanno contenuti differenti. Ognuno dei due, infatti, ordina al provider di predisporre il reindirizzamento ad una pagina opportunamente preparata dall'Agcom oppure dalla Guardia di Finanza, laddove le due pagine, e i relativi contenuti, sono differenti. È evidente che il provider non può contemporaneamente reindirizzare gli utenti che cercano di accedere al sito oscurato a due pagine differenti, per cui si espone ad una sanzione per inottemperanza o dell'ordine dell'Agcom oppure dell'ordine

dell'Autorità Giudiziaria.

Inoltre l'oscuramento in ottemperanza dell'ordine dell'Agcom può determinare gravi problemi al procedimento penale.

Il numero di esemplari su cui valutare l'entità della sanzione amministrativa viene valutata dagli organi di Polizia Giudiziaria sequestrando materialmente lo spazio virtuale ove viene collocato un sito e contando il numero di opere presenti. Se questa valutazione non può essere operata, perché il sito è stato oscurato dall'Autorità amministrativa, l'indagine penale si trova sottratta dell'oggetto del reato, con gravi ricadute anche sul soggetto indagato che non potrà portare elementi a sua discolpa perché non più rinvenibili online.

A maggior ragione questo accade quando coinvolto nel procedimento sia un Hosting provider, ovvero colui che materialmente ospita un sito, perché in quel caso l'ordine dell'Autorità di adempimento spontaneo o determina ovviamente la chiusura dell'intero sito e la cancellazione del relativo account, rendendo impossibile l'identificazione del reo da parte dell'autorità di polizia e della Magistratura e la raccolta di prove dell'illecito.

La sovrapposizione di provvedimenti (e l'esclusione del ruolo della Magistratura) determina rilevanti conseguenze proprio nel combattere i fenomeni della pirateria, che necessitano, per essere sconfitte della prova del lucro associato alle stesse attività.

2.6 Il Regolamento AGCOM alla Corte Costituzionale

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, con le ordinanze del 26 settembre 2014 ([1985/14](#) e [2184/14](#)), ha inviato alla Corte Costituzionale¹⁹ gli atti dei procedimenti scaturenti dai ricorsi presentati dalle associazioni dei consumatori, Assoprovider ed altri soggetti, contro il Regolamento Agcom.

In sintesi:

→ **Il TAR non ha mai dichiarato la legittimità del Regolamento**

AGCOM né ha rigettato il Ricorso dei ricorrenti.

Il TAR non ha dichiarato in alcun modo la legittimità del Regolamento né ha affermato la competenza dell'Autorità, prima di tutto

¹⁹ Su cui si veda **Andrea MORRONE**, Internet come spazio pubblico costituzionale. Sulla costituzionalità delle norme a tutela del diritto d'autore deliberate dall'Agcom, Intervento al Seminario sul Regolamento AGCom in materia di tutela del diritto d'autore a valle delle ordinanze del Tar Lazio, Sez. I, nn. 10016 e 10020 del 2014, Roma, 13 ottobre 2014, **Pasquale PANTALONE**, Regolamento AGCOM sulla tutela del diritto d'autore in rete, Relazione a Seminario 23 febbraio 2015 Università L. Bocconi.

perché per farlo avrebbe dovuto emettere una sentenza, cioè un provvedimento decisorio idoneo a passare in giudicato, non una semplice ordinanza interlocutoria.

Il TAR ha, invece, emesso **un'ordinanza interlocutoria**, cioè un atto inidoneo in alcun modo a decidere alcunché, eccettuati alcuni profili i cui contenuti non sono più modificabili, e che hanno dunque stabilità definitiva.

I contenuti certi e non più modificabili del provvedimento sono: la legittimazione a ricorrere (e a contraddire) dei ricorrenti (e della SIAE, ad intervenire) e il rinvio alla Corte Costituzionale, contenuto nelle pagine finali dell'Ordinanza.

Tutto il resto, ed in particolar modo le osservazioni in punto di motivazione (e non di dispositivo, ovvero l'unico elemento decisorio del provvedimento) che avrebbero, secondo alcuni, legittimato AGCOM, non hanno alcuna stabilità.

Le Ordinanze infatti sono modificabili, revocabili (o confermabili), e sono destinate ad essere travolte, come se non fossero mai esistite, da una eventuale decisione di incostituzionalità.

I punti dell'ordinanza, presi a sproposito, per far dire ad un provvedimento giudiziale quello che non ha detto, in altre parole non decidono nulla e non hanno alcuna definitività.

Ed è logico che sia così perché il TAR precisa che l'incostituzionalità delle norme travolgerebbe in toto (si sottolinea in toto), per invalidità derivata il Regolamento AGCOM sul diritto d'autore.

Il Tar ha dunque sollevato la questione di costituzionalità in riferimento alle norme di legge attributive della competenza dell'Autorità all'adozione del regolamento, quindi con riferimento agli artt. 5, comma 1, 14, comma 3, 15, comma 2, 16, comma 3, D.Lgs. n. 70/2003, e all'art. 32-bis, comma 3, D.Lgs. n. 177/2005, rinvenendo le due condizioni della rilevanza e della non manifesta infondatezza.

In particolare, secondo il giudice amministrativo, la rilevanza della questione emerge nella misura in cui le leggi attributive del potere dell'Autorità debbono essere interpretate ai fini della decisione.

Ne deriva che l'eventuale pronuncia d'incostituzionalità della Corte priverebbe la delibera in oggetto del suo necessario

fondamento legislativo, con conseguente declaratoria di invalidità derivata del Regolamento.

Quindi, riassumendo:

a) Il TAR non ha dichiarato in alcun modo la legittimità del regolamento AGCOM, la cui legittimità o illegittimità, dovrà essere affermata semmai dal TAR solo dopo la fine del giudizio costituzionale, e sul quale in ogni caso il TAR dovrà tornare, ma a maggior ragione non ha affermato in alcun modo la definitività di quanto affermato.

b) Il TAR non ha rigettato il ricorso dei ricorrenti. Non si troverà in alcun punto dell'ordinanza (e a maggior ragione nel dispositivo) la frase "il TAR dichiara la legittimità del Regolamento AGCOM e rigetta di conseguenza il ricorso delle Associazioni".

Mentre si potrà leggere nel dispositivo dell'ordinanza:

"Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), interlocutoriamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, e degli artt. 14, comma 3. 15, comma 2, e 16, comma 3, del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, nonché del comma 3 dell'art. 32 bis del testo unico dei servizi di

media audiovisivi e radiofonici approvato con decreto legislativo n. 117 dei 2005, come introdotto dall'art. 6 del decreto legislativo n. 44 del 2010.

Dichiara altresì rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale delle medesime disposizioni in relazione agli articoli 21, commi 2 e seguenti, 24 e 25, comma 1, della Costituzione”.

c) Il TAR non ha affermato che AGCOM ha il potere di vigilanza sul diritto d'autore né che sia dotata del potere regolamentare. Basta leggere anche in questo caso la rimessione alla Corte Costituzionale e le norme sulle quali è avvenuta tale rinvio.

Se queste norme vengono dichiarate incostituzionali AGCOM non può avere (e non ne ha mai avuto) il potere di emettere un Regolamento sul diritto d'autore (comma 3 dell'art. 32 bis del testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici approvato con decreto legislativo n. 117 dei 2005, come introdotto dall'art. 6 del decreto legislativo n. 44 del 2010), né quello di vigilare e pretendere dai provider alcunché (art dell'art. 5, comma 1, e degli artt. 14, comma 3. 15, comma 2, e 16, comma 3, del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70).

Dire che AGCOM abbia ricevuto dal TAR la legittimazione a proseguire nell'applicazione del regolamento significa quindi affermare una cosa non vera.

→ **Il TAR non ha rimandato alla Corte Costituzionale il Regolamento perché quest'ultimo non è una legge. Cadute le norme su cui esso si basa, cade conseguentemente anche il Regolamento.**

Si dice poi che sono le leggi ad essere state mandate alla Corte non il Regolamento, come se la colpa fosse delle leggi ed AGCOM si fosse limitata ad eseguire. Anche qui ovviamente si dice qualcosa di inesatto.

Il Regolamento non è stato mandato direttamente di fronte alla Corte Costituzionale perchè in base all'art 134 della nostra Costituzione ad essere sindacabili dalla Corte sono solo **le leggi e gli atti aventi forza di legge. Non i regolamenti e di certo non i regolamenti di esecuzione come quello di AGCOM (come affermato dalla stessa Autorità)** che in quanto tale, secondo una certa corrente di pensiero, non sono inviabili autonomamente alla Corte.

Infatti il TAR invia le norme che contengono i principi cardine del Regolamento, caduti i quali, cade integralmente anche lo stesso Regolamento.

Le norme su cui si basa il regolamento Agcom sono sottoposte al giudizio di costituzionalità, non a priori, o in modo indipendente da quello che ha fatto AGCOM, ma nella chiave di lettura fornita dall'Autorità, nonché dalle contestazioni dei ricorrenti e sulla base delle eccezioni rilevate anche dal TAR stesso.

Ciò in base al buon senso e al principio di concretezza della rimessione costituzionale, che comporta che la sottoposizione (e lo scrutinio costituzionale), avvengono non in relazione alla generalità delle leggi o su qualsiasi profilo di una legge dello Stato, ma solo ed esclusivamente su quel complesso di norme invocate da un Provvedimento, e per la costituzionalità di queste ultime norme, di cui poi ovviamente, in caso di dichiarazione di incostituzionalità, potranno godere *erga omnes* tutti gli altri cittadini.

AGCOM non è indipendente dalla legge e non può chiamarsi fuori affermando di aver semplicemente applicato le norme o di non poterle sindacare.

→ **Il TAR non ha dichiarato in alcun modo la legittimità del Doppio binario (amministrativo e giudiziale) nel settore del diritto d'autore.**

Ma -si dice- il doppio binario (giudiziale ed amministrativo) che consentirebbe ad AGCOM di agire, è previsto dalla legge in riferimento a tutte le ipotesi previste dalla legge e non solo a quelle del diritto d'autore, quindi l'AGCOM non aveva scelta. Anche qui nulla di più falso.

Il TAR non ha rimesso alla Corte Costituzionale il doppio binario in sè, bensì quella parte del doppio binario che consentirebbe ad una Autorità Amministrativa (sempre secondo AGCOM) di poter emettere provvedimenti di repressione a tutela del diritto d'autore incidendo sui diritti di libera espressione, di informazione e di accesso ai contenuti (art 21 Cost), che in quanto tali norme sono dalla nostra Costituzione privilegiati rispetto ai diritti di libertà economica come il diritto d'autore (art 42 Cost) e che avrebbero nella Magistratura Ordinaria il proprio giudice naturale.

Questo fatto era, ed è, noto (da almeno 2 anni, viste le critiche) a tutti i Commissari dell'Autorità ed ai Dirigenti preposti.

In pratica il TAR (nella parte decisoria sospetta che sia solo il Magistrato ordinario a poter esercitare il ruolo di Giudice naturale, non in

relazione a quello che viene affermato in generale nel decreto legislativo 70 del 2003 con il doppio binario, ma solo in riferimento al diritto d'autore, in quanto diritto di libertà economica che viene dopo i diritti fondamentali.

Qui non c'è alcun problema di recepimento di una norma comunitaria, bensì di compatibilità tra principi costituzionali di grado diverso e di bilanciamento tra diritti (diritto d'autore e diritti riconosciuti dall'art 21 della Costituzione) che dovrebbe essere effettuato solo dal Giudice Naturale dei diritti, ovvero la giustizia ordinaria.

Basta anche qui leggere quello che nelle conclusioni afferma il TAR: *“Nelle decisioni citate il “doppio binario”, amministrativo e giurisdizionale, previsto dalle direttive comunitarie richiamate dall'AGCom, sembra quindi temperato dalla necessità che le limitazioni dell'accesso ad internet a tutela del diritto d'autore siano ponderate con gli altri diritti sanciti dal diritto dell'Unione, alla stregua di un principio di proporzionalità, e che, comunque, siano sottoposte ad un previo vaglio del giudice nazionale”*

Attualmente la costituzionalità del Regolamento (di tutto il Regolamento e di tutti i poteri ad essa connessi) è sospesa, intendendo per tale non l'atto amministrativo in sé, ma l'intero complesso normativo su

cui fonda il Regolamento, che, si ripete ne seguirà le sorti in base (anche) al principio della invalidità derivata.

→ **L'AGCOM può continuare ad operare?**

L'AGCOM può decidere di continuare ad operare. Per farlo però si deve caricare, coscientemente e volontariamente, sulle spalle la scelta di continuare ad incidere, secondo quanto affermato dal TAR nella parte di rinvio costituzionale, direttamente sui diritti di libera espressione, creando però, in caso di dichiarazione di incostituzionalità, danni gravissimi ai provider, i quali saranno chiamati parimenti a rispondere da coloro che si sono visti cancellare i contenuti in situazione di carenza di potere, ai titolari dei siti, a tutti i consumatori che non hanno potuto accedere ai contenuti.

Mentre i titolari dei diritti d'autore (in quanto titolari di diritti economici di cui all'art 42 della Costituzione) hanno a disposizione (senza AGCOM) già oggi degli ordinari mezzi risarcitori giudiziali, quindi non si verificherebbero in caso di inattività dell' Autorità, danni irreparabili.

Tutte queste azioni da parte di AGCOM, in caso di dichiarazione di incostituzionalità saranno sprovviste fin dall'origine, ovvero dalla

stessa entrata in vigore del regolamento, di una norma in vigore che ne copre l'operato.

Ciò pone anche delicati problemi di risarcibilità di attività effettuata in carenza di potere, dal momento che il TAR, riconoscendo alle Associazioni di consumatori il diritto di agire ha riconosciuto il possibile danno diretto nei confronti dei consumatori, quindi di ogni cittadino italiano.

I consumatori, in quanto singoli o attraverso le associazioni di riferimento, sono direttamente incisi da ogni provvedimento posto in essere dall'Agcom, in quanto le violazioni del diritto alla libera espressione, alla informazione, all'accesso ai contenuti, nella chiave di lettura del TAR avvengono (concretamente e non in astratto, perché altrimenti non sarebbe stato possibile il rinvio) non nei confronti dei provider bensì dell'intera collettività, diversamente da quanto aveva incautamente affermato l'Autorità nelle sue dichiarazioni pubbliche.

L'Autorità, che dovrebbe garantire statutariamente il pluralismo e la difesa dei consumatori nelle comunicazioni, dovrebbe assumersi il rischio di colpire in ogni provvedimento che emanerà da ora in avanti sino al giudizio di costituzionalità ogni volta i consumatori, a preferenza rispetto ai titolari di diritti economici subordinati, senza che i diritti

costituzionali, diversamente dai diritti economici dei titolari dei diritti, possano godere in alcun modo, in caso di incostituzionalità delle norme, di alcun possibile ristoro ripristinatorio.

Il Tar ha deciso di inviare gli atti alla Corte Costituzionale chiedendo alla Consulta di *“chiarire se il legislatore, nell’approvare le leggi che fondano il potere regolamentare di AGCOM, abbia approntato strumenti efficaci e bilanciati per garantire la libertà di manifestazione del pensiero su internet, o se invece il “doppio binario” non sminuisca le tutele che dovrebbero essere riconosciute alla libera manifestazione del pensiero online”*.

Secondo il Tribunale Amministrativo c’è una **possibile illegittimità costituzionale che tocca le norme su cui si regge il Regolamento medesimo.**

La Costituzione italiana, chiarisce il Giudice amministrativo, pone una **gerarchia ben precisa dei diritti**, laddove la proprietà intellettuale è tutelata dall’art. 42, mentre la libertà di impresa (dei provider) è richiamata dall’art. 41 e la libertà di espressione e di informazione dal fondamentale art. 21.

L’ordine dei diritti non è casuale, ma ha rilievo al punto che in

caso di conflitto si ammette il sacrificio delle libertà economiche, laddove, invece, **il Regolamento Agcom**, prevedendo la rimozione di contenuti online per tutelare la libertà economica di cui all'art. 42, di fatto **ribalta la gerarchia dei valori costituzionali** consentendo la lesione di diritti sovraordinati.

La Costituzione, inoltre, richiede che **i diritti fondamentali siano presidiati dalla garanzia della riserva di legge**, che impone un inderogabile ordine di intervento tra legge e regolamento, **e dalla riserva di tutela giurisdizionale**, e le disposizioni di legge sulle quali si fonda il Regolamento Agcom *“sembrano determinare la violazione di entrambe le predette garanzie”*.

Se un tempo la **stampa** era il mezzo con il quale si realizzava la libertà di informazione, successivamente ad essa si è affiancata la **televisione**, per la quale è stato necessario realizzare norme diverse rispetto alla stampa, data la peculiarità del mezzo, al fine di introdurre garanzie equivalenti a quelle previste per la stampa. Oggi, invece, il mezzo principale attraverso il quale si esercita la libertà di espressione è proprio **Internet**.

Quindi, pur senza necessità di estensione della disciplina prevista per la stampa alla rete, appunto per la diversità del mezzo, occorre che la

Corte Costituzionale analizzi la normativa in materia al fine di stabilire se esistono per internet garanzie quanto meno equivalenti a quelle previste per la stampa.

Questo perché la copiosa giurisprudenza italiana ed internazionale ha ormai definitivamente evidenziato l'indissolubile **collegamento tra la libertà di informazione e le forme proprie di una democrazia pluralista come la nostra**, come evidenziava Habermas, sostenendo che *“Possono considerarsi legittime solo quelle leggi che nascono da un processo legislativo discorsivo, il quale rinviene la sua fonte di legittimazione nei presupposti comunicativi e procedurali della formazione dell'opinione pubblica”*.

Il monito del Giudice amministrativo è evidente quando sostiene che *“la forma di stato democratica ... deve trovare la sua base nell'esistenza di una opinione pubblica <<avvertita e consapevole>>”*, da cui l'essenzialità della **pluralità delle fonti di informazione**, del **libero accesso** alle medesime, e dell'**assenza di ingiustificati ostacoli legali alla circolazione delle notizie e delle idee**. Ecco perché l'**art. 21** è la *“pietra angolare della democrazia”*, *“diretta emanazione del più*

generale diritto alla dignità delle persona umana, che anima l'art. 2 Cost. e permea di sé l'intero ordinamento".

Diventa di solare evidenza, quindi, che le regolamentazioni dell'attività economica (gli ordini di rimozione) che comportano restrizioni alla libertà economia (dei provider) e dei diritti fondamentali dei cittadini devono rispettare la gerarchia dei valori costituzionali, per cui il Tar chiede alla Consulta di verificare se le norme sulle quali si poggia il Regolamento Agcom siano davvero rispettose dei principi suddetti, nel momento in cui consentono ad un'autorità amministrativa di imporre restrizioni alle libertà fondamentali dei cittadini, attraverso un procedimento meramente amministrativo.

CAPITOLO III

Costi del procedimento per l'AGCOM e per le imprese

3.1 Costi per le Associazioni di tutela del diritto d'autore e per gli autori

Quanto costa alle Associazioni di tutela del diritto d'autore

l'intera attività dell'AGCOM? Nulla.

Inoltre gli Operatori cinematografici e musicali non versano, diversamente dagli Operatori di Comunicazione elettronica, nemmeno i contributi per il funzionamento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

3.2 Costi amministrativi: la Convenzione con la Fondazione Bordini

L'AGCOM ha preferito esternalizzare l'aspetto tecnico, affidando la fase operativa alla Fondazione Ugo Bordini, attraverso un'apposita

piattaforma digitale, il sito ddaonline.it. L'assegnazione è avvenuta in via diretta attraverso una Convenzione che costa all'AGCOM per un triennio 533.958,88 euro²⁰. Ma, come risulta dalla Delibera di approvazione della variazione alla Convenzione AGCOM-FUB *“La quota del terzo anno comprenderà l'eventuale conguaglio a saldo delle attività inclusa la voce relativa alla manutenzione evolutiva²¹”*. La somma quindi sembrerebbe che possa aumentare, e in ogni caso, ponendosi in un'ottica pluriennale, i costi determineranno un aumento delle spese a carico di AGCOM già a partire dal 2016, anno finale della Convenzione, a meno che non si voglia pensare che l'Autorità rinunci alla procedura.

A questi costi si deve aggiungere quello della Campagna informativa varata dall'AGCOM in concomitanza con l'entrata in vigore del Regolamento. Di queste attività peraltro non vi è alcuna traccia nel Regolamento AGCOM varato nel 2013.

Sul sito ddaonline.it si può trovare un manuale di istruzioni in linea e una pagina di FAQ. Si tratta di un approccio riduzionistico a norme e procedure che mirano a tutelare diritti fondamentali.

²⁰ Si consenta il rinvio a **B. SAETTA**, Agcom e diritto d'autore online: non ci resta che piangere <http://www.valigiablu.it/agcom-e-diritto-dautore-online-non-ci-resta-che-piangere/>

²¹ <http://www.agcom.it/documents/10179/540191/Delibera+27-14-CONS/e18702c7-666d-4598-be89-2160364ab503?version=1.0>

Le risposte sono generiche e alla fine non del tutto informative, non risulta affatto chiaro cosa possono fare realmente gli utenti online. Inoltre **non c'è nemmeno un cenno alle utilizzazioni libere del diritto d'autore**, elemento sintomatico della direzione che prende la procedura.

Le norme del regolamento appaiono piuttosto generiche e quindi l'Agcom, nell'autoassegnarsi il potere di attuazione dello stesso, di fatto si è autoassegnato poteri discrezionali estesissimi in materia di tutela del diritto d'autore online. L'Agcom, infatti, oltre ad avere emanato il Regolamento, ne cura l'applicazione, fungendo nel contempo da legislatore e giudice.

Nella pratica il Regolamento appare un mezzo che consente di “saltare” le procedure di controllo dell'autorità giudiziaria, il cui procedimento è caratterizzato da esplicite garanzie, e in tal senso avere una procedura non solo più veloce, ma soprattutto libera da pastoie burocratiche ed eccessi di formalismi, a favore dell'industria del copyright.

3.3 Costi amministrativi: la struttura amministrativa dedicata

La struttura che si occupa del Regolamento, secondo quanto

riportato dal presidente Angelo Marcello Cardani durante l'Audizione alla Commissione Anticontraffazione della Camera del 2 aprile 2015, è composta di **7 persone**, delle quali senz'altro almeno una riveste (o esercita) le funzioni di Dirigente. L'Organico complessivo dell'Autorità, parimenti evidenziato da Cardani durante l'Audizione citata, è di 374 unità. La struttura del DDA, che prima dell'entrata in vigore del Regolamento non esisteva o comunque non si occupava di copyright, ha dunque un costo estremamente rilevante.

La creazione di un nuovo ufficio (o la sua riorganizzazione) comporta l'allocazione presso di esso di risorse prelevate da altro dipartimento o ufficio, ovvero la necessità di assumerle attraverso la pratica dello "scorrimento"²².

Se, ad esempio, un'unità viene assegnata dalla Direzione Servizi Postali a quella Media, ed in particolare all'ufficio che si occupa del DDA, ciò determina un costo in termini di depauperamento per la struttura generale dell'ente, se è vero che, come affermato dal suo stesso Presidente, vi sarebbe carenza di personale tale da giustificare negli ultimi mesi il ricorso alle pratiche di "scorrimento" nelle graduatorie di chi in passato è risultato idoneo e quindi di incardinazione di nuovo

²² Si veda la polemica innescata dai Sindacati Confederali sulla dislocazione degli Uffici, sul trasferimento della Sede di Napoli a Roma e sulle stesse nuove assunzioni <http://www.fisac-cgil.it/31848/agcom-le-leggi-si-applicano>

personale nei ranghi dell'ente.

La pratica dello scorrimento, introdotta dalla legge 125 del 2013 e ritenuta legittima peraltro sia dal Consiglio di Stato che dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 7 del 2014), si applica anche alle Autorità indipendenti, e dunque all'AGCOM in quanto facente parte della Pubblica Amministrazione.

L'assunzione di nuovo personale attraverso la pratica dello scorrimento comporta un impegno pluriennale per la struttura, sia con riferimento a coloro che effettuavano attività all'interno della struttura con contratti a tempo determinato o con stage, sia a maggior ragione per coloro che vengono assunti ex novo, con contratti a tempo determinato, seppur a retribuzione generalmente ridotta all'80% dello stipendio di un funzionario (e fatte salve le vacanze in organico del personale che si andranno a determinare per effetto delle cessazioni dal servizio).

Se il personale è già presente presso l'AGCOM, l'eventuale trasformazione di contratti preesistenti in contratti a tempo indeterminato comporta un costo per l'ente, che in prospettiva pluriennale vedrà aumentare i costi di una risorsa che avendo un contratto a tempo determinato, quindi a termine, non poteva né doveva essere contabilizzato oltre la data di cessazione dell'incarico.

Tutto ciò in un momento di difficoltà finanziarie per l’Autorità in virtù delle sentenze del Consiglio di Stato sui contributi pregressi e sulle modalità di calcolo delle stesse spese e nonostante il Ministero delle Finanze abbia varato, dopo 16 anni, il piano di contributi per il settore postale, provvedimento peraltro prontamente impugnato al TAR dalle aziende di autotrasporto e dai corrieri aerei.

Secondo Il Fatto Quotidiano²³ si sarebbe verificato infatti una situazione di oggettiva difficoltà delle finanze dell’Ente, a seguito delle sentenze del Consiglio di Stato del febbraio 2015, sui contributi da versare da parte delle aziende di TLC.

Sempre secondo Il Fatto, lo Stato Italiano potrebbe essere chiamato a mettere mano al portafoglio, colmando il vuoto creato dalle sentenze citate, questo perché l’AGCOM non può aumentare il contributo a carico delle imprese, in virtù sempre delle citate sentenze del Consiglio di Stato, contributo che, come abbiamo visto, viene versato solo dagli operatori di Comunicazione elettronica.

Sono giustificate le spese relative al Regolamento rispetto a quanto sin qui prodotto?

²³ Agcom a rischio crac, per il Consiglio di Stato “chiede troppi soldi alle aziende” <http://www.ilfattoquotidiano.it/2015/04/07/agcom-rischio-crac-per-consiglio-chiede-troppi-soldi-alle-aziende/1570196/>, Aprile 2015.

La risposta è naturalmente opinabile e soggettiva. Per le Associazioni titolari del diritto d'autore, espressione di entità transnazionali e multimilionarie, che maggiormente beneficiano dai provvedimenti inibitori disposti dall'Autorità, la risposta sicuramente è affermativa, tra l'altro avendo ottenuto una riforma normativa senza dover passare per il Parlamento e provvedimenti inibitori senza passare per la Magistratura, tutto a costo zero. Per loro.

Per i consumatori e le imprese regolate dall'AGCOM la risposta sicuramente è opposta, e probabilmente anche per lo Stato, se saranno confermate le difficoltà finanziarie riportate sopra.

Quanto all'effettività, all'economicità ed all'efficacia, non si può tuttavia non rilevare un semplice fatto.

A fine gennaio del 2015 il Nucleo speciale della Guardia di finanza presso l'AGCOM, in maniera del tutto indipendente dall'Autorità, e facendo capo alla Magistratura, su disposizione del GIP di Roma ha eseguito l'ordine di inibizione all'accesso attraverso i provider per ben 124 siti Internet per violazioni del diritto d'autore, a fronte dei 34 provvedimenti emessi sino a quel momento dall'AGCOM²⁴.

²⁴ http://www.ansa.it/sito/notizie/cultura/cinema/2015/01/25/blitz-gdf-oscurati-124-siti-illegali_58d47a1a-8167-4bee-82e0-f9b5660e611e.html

Infatti quanto opera l'AGCOM sulla base del Regolamento, l'Autorità Giudiziaria lo fa già dal 2009, con la differenza che i giudici e le autorità di polizia hanno la possibilità di effettuare indagini che portano spessissimo a risalire agli autori dei reati, inseguendo il flusso finanziario del sito pirata. Tra i siti sottoposti a Ordine di inibizione ve ne erano alcuni già oggetto di un ordine di AGCOM.

Quindi, in un solo giorno la Magistratura, che ovviamente non ha costi aggiuntivi per nessuno, ha emesso ordini in un numero 4 volte superiore (34 contro 124) a quanto ha fatto la macchina messa in piedi dall'AGCOM in un anno.

L'Intera struttura dell'AGCOM e degli esterni che partecipano a tale attività dovrebbe impiegare insomma quattro anni per fare quello che la Magistratura e le forze dell'Ordine hanno fatto in un solo giorno.

3.4 Costi per le imprese del settore delle telecomunicazioni e di internet

E' proporzionato il costo delle attività in carico alle sole imprese di TLC ed i Provider?

L'AGCOM, in assenza di analisi di impatto sugli operatori da essa

regolati ha deciso autonomamente di imporre dei vincoli molto pesanti rispetto alle attività degli operatori di comunicazione elettronica, senza peraltro che le attività a beneficio delle imprese operanti nel settore del diritto d'autore venissero adeguatamente remunerate o tenute in considerazione.

Gli ordini emanati nei confronti degli internet service providers, comportano un pesante vulnus alla libertà d'impresa delle stesse aziende in assenza di una tipizzazione espressa di tali poteri.

Mentre il procedimento appare essere ad esclusivo beneficio di parti non soggette alla regolamentazione dell'AGCOM, né ad una contribuzione relativa al suo funzionamento.

Si ricordi che i costi delle rimozioni sono integralmente a carico degli Internet service provider, mentre i titolari del diritto d'autore non incontrano limiti di alcun genere nel numero di segnalazioni che possono essere operate, non hanno alcuna disciplina di contrasto ad eventuali segnalazioni infondate e non contribuiscono in alcun modo al bilancio della stessa Autorità, a differenza dagli operatori di telecomunicazione.

La proporzionalità nella regolazione sarebbe stata necessaria per evidenziare rischi e oneri legati al procedimento in fase di introduzione,

come del resto previsto dalla legislazione comunitaria, nelle linee direttrici della stessa Commissione (2002/C 165/03). Secondo questo atto gli interventi regolatori possono dirsi proporzionati solo quanto perseguono scopi legittimi ed i mezzi impiegati per ottenere tali scopi sono “il meno onerosi possibile”, consistendo nel “minimo necessario” per conseguirli.

In proposito si confronti F. FRACCHIA in “Il diritto dell’economia alla ricerca di un suo spazio nell’era della globalizzazione”, cit., pagina 24, secondo il quale l’accezione “debole” del principio di legalità non può operare laddove il potere incida su libertà fondamentali (es. libertà di iniziativa privata e di accesso al mercato), le quali, vivendo prima e sussistendo indipendentemente dalla considerazione dello specifico mercato di riferimento, si collocano all’esterno del perimetro del potere.

Da ciò discende che le misure che si appalesano connotate da un sapore schiettamente ablatorio e che comportano «un pesante vulnus» alla libertà di impresa, non possono prescindere da una copertura legislativa provvista di un livello sufficiente di tipizzazione.

In particolare si veda sul punto la sentenza del Consiglio di Stato del 17 gennaio 2006, n. 3501, sezione VI (in Foro Amm. Cons. Stato, 2006, p. 1884, Cons Stato; VI Sez., 2011, n. 4388).

3.5 Quanto costano gli ordini ai Provider?

Analisi Tecnico/Economica relativa alla esecuzione operativa degli interventi di oscuramento

Di seguito vengono evidenziati gli elementi da considerare per una valutazione analitica delle conseguenze economiche²⁵ a carico degli operatori di accesso (ISP) a seguito della esecuzione delle operazioni di “inibizione” previste dal regolamento AGCOM per la tutela del DDA online.

Prima di proseguire è opportuno chiarire che il termine ISP spesso individua una pluralità di servizi ruoli diversi tra di loro.

In particolare è opportuno tenere presenti le seguenti categorie:

- ISP di accesso, cioè il soggetto che fornisce ai propri clienti la possibilità di utilizzare dalla abitazione/immobile del cliente o in mobilità la connessione per raggiungere qualsiasi sito/portale/servizio ovunque posizionato nel mondo fisico, e eventualmente di erogare essi stessi un sito/portale/servizio.

25 I dati presenti in questo paragrafo sono stati Forniti da ASSOPROVIDER-Confcommercio.

→ ISP di hosting e cioè il soggetto che ospita in un proprio locale le macchine (di sua proprietà o di terzi) che permettono di erogare un sito/portale/servizio.

Per qualsiasi reato si voglia considerare esiste SEMPRE UN SOLO ISP che fornisce (HOSTING o ACCESSO poco importa) a chi da origine al reato mentre sono potenzialmente infiniti gli ISP che forniscono il servizio di ACCESSO ai tutti gli altri soggetti che navigando possono raggiungere il sito attraverso cui si starebbe commettendo il presunto reato.

Quando di seguito parliamo di ISP senza altro aggiungere ci stiamo riferendo all'ISP di accesso che fornisce l'accesso NON al soggetto che viola la legge ma a tutti gli altri navigatori che potrebbero raggiungere il sito contenente la presunta violazione.

Elementi propedeutici alle valutazioni economiche

E' opportuno evidenziare che i criteri/metodologia per la valutazione economica relativa al soggetto attuatore possono variare in funzione dei seguenti aspetti:

- tipologia e numerosità delle operazioni richieste;
- limiti temporali di esecuzione delle operazioni richieste;

→ regime sanzionatorio;

I tre aspetti sopra menzionati possono determinare nel soggetto attuatore a seconda delle declinazioni/combinazioni:

- necessità di **investimenti** in **apparati/servizi/formazione/contributi amministrativi** i cui costi sono delle funzioni a gradino e pertanto operano in modo non lineare sui costi aziendali dell'attuatore;
- necessità di **ampliamento del personale** che produce un effetto simile a quanto illustrato al punto precedente;
- necessità di attuare una copertura del rischio sanzione (questa è funzione del numero di operazioni condotte).

La prestazione di oscuramento presuppone una sequenza di attività costituite da:

- ricezione amministrativa della richiesta operata con l'avvio del procedimento (verifiche, registrazione, schedulazione operativa);
- esecuzione tecnica laddove possibile;
- avanzamento amministrativo (notifica di esecuzione all'entità richiedente, archiviazione documentale, accounting ecc.);

- ricezione amministrativa dell'ordine di inibizione da parte dell'AGCOM (verifiche, registrazione, schedulazione operativa)
- esecuzione tecnica;
- avanzamento amministrativo (notifica di esecuzione all'entità richiedente, archiviazione documentale, accounting ecc.);
- valutazione legale dei rischi connessi all'adempimento nei confronti di terzi.

Le attività di cui sopra necessitano l'**impiego di personale** dotato di adeguato profilo professionale e ovviamente l'**impiego di mezzi**.

Impegno di personale

Di seguito vengono illustrati i profili professionali indispensabili e per ciascuno di essi le attività e gli impegni temporali indotti dall'attività di oscuramento.

Il Profilo Amministrativo individua il personale deputato alla gestione, alla ricezione, registrazione, comprensione delle richieste, produzione delle comunicazioni di avvenuto espletamento ed archiviazione di tutta la corrispondenza determinata dalla richiesta, e che prevede un impiego temporale costituito da:

- 1) una parte fissa di 0,5 ore ad ogni ricezione di richiesta;
- 2) una parte variabile in funzione del numero di “nomi a dominio”/“ip address” presenti nella singola richiesta di 0,1 ore per ciascun “nome a dominio”/ “ip address”.

Il Profilo Tecnico individua il personale deputato alla comprensione della richiesta, individuazione delle attrezzature tecniche coinvolte nella attuazione, introduzione dei comandi di attuazione, verifiche a valle delle operazioni eseguite a seguito della misura di “oscuramento” richiesta, e prevede un impiego temporale costituito da:

- 1) una parte fissa di 0,5 ore ad ogni ricezione di richiesta;
- 2) una parte variabile in funzione del numero di “nomi a dominio”/“ip address” presenti nella singola richiesta di 0,1 ore per ciascun “nome a dominio”/“ip address”.

E' opportuno notare che le richieste non sono soggette ad alcuna pianificazione nè in termini di dislocazione temporale né in termini di numerosità di “nomi a dominio” da “oscurare” presenti in ciascuna di esse e, vigendo l'obbligo da parte degli ISP di ottemperare entro 2 giorni lavorativi dalla richiesta, è inevitabile che gli ISP debbano riservare

(lasciare libero da allocazione sui loro clienti) un opportuno tempo-uomo ogni due giorni lavorativi.

L'AGCOM attraverso la pratica dell'accorpamento, che tra le altre cose viene effettuata successivamente alla presentazione delle istanze, costringe i provider a dover effettuare un lavoro multiplo.

Rammentando che i giorni lavorativi complessivi in un anno sono 240 e che l'esecuzione minima (un solo dominio per richiesta) comporta 1,25 ore di lavoro, risulta che il tempo minimo da riservare, su base annua, alle richieste è pari a 150 ore (che ipotizzando un importo di 70 euro all'ora fanno 10.500 euro all'anno di mancato guadagno per ciascun ISP).

Inoltre, qualora il numero massimo di domini da manipolare per ciascuna richiesta fosse maggiore di uno, il numero di ore del personale dell'ISP da lasciare libero da impegni per rispettare il vincolo di ottemperanza entro 2 giorni lavorativi dovrebbe essere incrementato di 30 ore su base annua per ogni incremento di un dominio del numero massimo di domini da trattare per singola richiesta.

Se il numero massimo di domini da manipolare su base giornaliera dovesse essere superiore ad una certa soglia, l'ISP si troverebbe nella

condizione di dover assumere nuovo personale per poter assolvere all'obbligo di ottemperanza entro i 2 giorni lavorativi.

Altresì, il Regolamento espone l'ISP al rischio di subire una sanzione di 250.000,00 euro, e quindi, ipotizzando un tasso di errore del personale pari allo 0,1%, ogni operazione impone un accantonamento di 250 euro in un fondo rischi.

Inoltre trattandosi di richieste che non godono delle tutele previste per l'esecuzione di provvedimenti ordinati dalla magistratura, l'ISP resta esposto all'ulteriore rischio di rivalsa esercitabile da parte dei privati che dovessero considerarsi danneggiati dal provvedimento stesso, sia nel caso in cui esso fosse stato correttamente eseguito ma soprattutto nell'ipotesi in cui l'ISP avesse commesso un errore di attuazione. Quindi l'ISP in caso di errore è soggetto alla sanzione e anche all'azione risarcitoria del privato danneggiato. In conseguenza il fondo rischi da predisporre è sicuramente superiore ai 250 euro per ciascun “nome a dominio”/“ip address”.

Impegno di Mezzi

L'esecuzione dei provvedimenti non solo comporta un aggravio nell'utilizzo del personale ma determina un aggravio anche alle attrezzature utilizzate per l'esercizio della attività imprenditoriale da parte

dell'ISP di accesso e, nel caso esso non svolga l'attività di ISP di hosting, di approvvigionarsi appositamente di strumenti e servizi.

Implicazioni sugli apparati di esercizio dell'attività di ISP di accesso

E' fin troppo evidente che tutti gli apparati (router/DNS) hanno dei limiti FINITI sulle configurazioni e pertanto per ogni apparato esiste un numero opportuno di “nomi a dominio”/“ip address” che se contemporaneamente è oggetto di filtraggio determina un progressivo rallentamento dei tempi di risposta dei servizi erogati dall'ISP ai suoi clienti, il quale ISP si troverà costretto ad investire in nuovi e più potenti apparati. In pratica l'ISP è **chiamato a garantire prestazioni infinite** non essendo previsto alcun limite al numero di “oscuramenti” che gli verranno richiesti e quindi dovrà approvvigionarsi di apparati più costosi se non vuole correre il rischio di essere considerato non ottemperante, o in alternativa di perdere clienti a causa del degrado delle prestazioni erogate.

Implicazioni determinate da prestazioni non erogabili con gli apparati di esercizio

Un ISP di accesso non è necessariamente anche un ISP di hosting per cui l'obbligo di erogare **una pagina** su cui redirigere il traffico **per ogni** "nome a dominio" oscurato si tradurrebbe nel:

- diventare un ISP di hosting o acquistare il servizio da terzi;
- sviluppare il codice HTML o acquistare il servizio da terzi (circa 100 euro/pagina).

Nel primo caso non esiste alcun limite superiore oltre il quale l'ISP risulta esentato dall'obbligo di erogare la prestazione e pertanto l'ISP, anche in presenza di DoS (Deny of Service), dovrebbe avere disponibilità di banda e di capacità di elaborazione sufficienti. Quindi il servizio da acquisire deve essere dimensionato opportunamente e questo alle tariffe attuali comporta un impegno non inferiore a 3000 euro al mese.

La risoluzione del "nome a dominio" non è utilizzata ESCLUSIVAMENTE per accedere al SOLO al protocollo HTTP (pagina web) o SOLO alla porta 80, ma potrebbe accadere che l'indirizzo IP associato a tale "nome a dominio" sia utilizzato ANCHE per erogare altri protocolli (diversi da quello HTTP), oppure che il protocollo HTTP venga erogato su di una porta diversa dalla porta standard 80. Quindi l'inibizione della risoluzione del "nome a dominio" potrebbe impattare sulla raggiungibilità di servizi che con la visualizzazione delle pagine

web non hanno NULLA a che fare, resta quindi tutto da stabilire quale sia il rischio economico provocato da cause di risarcimento a cui potrebbe essere sottoposto l'ISP per l'interruzione di un servizio perfettamente lecito causato dalla mancata risoluzione del nome a dominio.

Tutti i costi sopra evidenziati inoltre hanno i seguenti effetti collaterali:

- **innalzamento significativo della barriera economica di ingresso per l'esercizio dell'attività di ISP di accesso;**
- introduzione di meccanismi di costo non lineari **che penalizzano** pesantemente le strutture imprenditoriali con un **basso numero di utenti** rispetto a quelle con un numero elevato di utenti.

In conclusione le attività richieste agli ISP, stante le disposizioni in essere, per essere erogate riducendo al minimo il rischio di contestazioni provenienti dell'autorità ordinante (AGCOM o autorità giudiziaria), determina su ciascun ISP un costo fisso annuale pari a **57000 euro (21.000, 00+36.000, 00)** a cui deve sommarsi un importo non inferiore a **500 euro** (fondo rischi più errore umano non assicurabile) **per ogni** “nome a dominio”/“ip address” oggetto dei provvedimenti.

I provvedimenti espliciti dell'Autorità, per i soli provider di accesso, al 25 marzo 2015 sono stati 46, senza contare ovviamente i provvedimenti richiesti agli hosting provider, le istanze accorpate e contenenti più nomi di dominio e le comunicazioni di avvio del procedimento, che il provider potrebbe già adempiere.

Dunque alla cifra iniziale, e per la sola attività di accesso, un piccolo-medio provider per soddisfare le richieste dell'AGCOM deve spendere in un anno almeno **57.000 più 23.000** euro, sempre che gli ordini si attestino su queste cifre, il che appare improbabile. Tale somma non comprende il costo degli apparati.

Si noti che i provider già spendono cifre simili per adempiere gli ordini delle Autorità giudiziarie, in molti casi per ordini del tutto identici e per gli stessi siti per i quali l'AGCOM emette i propri provvedimenti.

A tali costi vanno aggiunti i contributi dovuti dagli ISP annualmente all'AGCOM, in quanto operatori di comunicazione elettronica.

In definitiva i costi di adempimento delle attività di inibizione impattano profondamente con la possibilità stessa di proseguire l'attività da parte di un provider medio/piccolo.

Gli Autori

Bruno Saetta

avvocato



Bruno Saetta è avvocato e blogger. Laureato in Giurisprudenza all'Università Federico II di Napoli, da anni si interessa e scrive di diritto applicato alle nuove tecnologie. Il suo blog www.brunosaetta.it è uno dei blog giuridici più seguiti in Italia. Scrive anche per il blog collettivo ValigiaBlu.it.

Fulvio Sarzana

avvocato



Fulvio Sarzana di S. Ippolito si è laureato in Giurisprudenza all'Università degli Studi di Roma "La Sapienza" con lode.

E' Avvocato Cassazionista e abilitato al patrocinio presso le Magistrature Superiori (Consiglio di Stato e Corte Costituzionale).

E' titolare dello Studio Legale Sarzana e Associati con sedi a Roma e Milano www.lidis.it.

Nel corso della sua attività professionale si è occupato principalmente di tematiche legate ai diritti fondamentali e alla rete internet, e ha partecipato, in qualità di consigliere giuridico di Associazioni di operatori di comunicazione elettronica, a diversi tavoli di lavoro Ministeriali per la regolamentazione dell'ICT.

- Ha partecipato come legale ad alcuni dei più famosi *leading case* italiani in materia di diritto dell'internet, tra i quali si segnalano il caso AIP

(Associazione di Internet service provider aderenti a CONFINDUSTRIA) vs Moncler.

- E' stato Docente del Corso di Perfezionamento in Diritto dell'Informatica all'Università di Lecce, Docente del Corso di perfezionamento in diritto privato dei consumi e della responsabilità civile dell'Università di Roma "La Sapienza", Docente presso il Corso di perfezionamento in informatica giuridica dell'Università di Roma "La Sapienza", Docente del Master in Diritto dell'Informatica presso l'Università LUMSA di Roma nonché Docente presso il Corso di E-Manager della LUISS-Guido Carli.

- Ha Insegnato presso il Corso di specializzazione in Commercio Estero dell'Istituto per il Commercio Estero (ICE), è stato Docente presso il Master di diritto dell'internet presso l'European School Of Economics di Roma.

- Ha fatto parte della Commissione di Informatica giuridica e nuove tecnologie del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma.

- E' stato Professore a contratto di "Regolamentazione giuridica delle reti" presso la Facoltà di Scienze della Comunicazione dell'Università di Roma "La Sapienza", di istituzioni di diritto pubblico presso la stessa facoltà.

- E' stato membro del Gruppo di Lavoro sul Sistema Pubblico di Connettività presso il Ministero dell'Innovazione e le tecnologie.

- Ha redatto i profili giuridici del Codice di Autoregolamentazione Internet e Minori per conto del Ministro delle Comunicazioni.

- E' Stato nominato con Decreto Ministeriale del 1 Luglio 2004, Componente della Segreteria Tecnica della Commissione di Studio per la riforma del Codice penale.
- E' stato Membro della Segreteria tecnica del Comitato dei Ministri della Società dell'informazione.
- E' stato Componente nominato dal Ministro della Giustizia della Commissione per la dematerializzazione dell'attività della Pubblica Amministrazione costituita presso il Ministro per l'innovazione e le tecnologie.
- E' stato Coordinatore dell'Osservatorio Normativo della Rivista "Diritto dell'internet", IPSOA Editore e ha pubblicato più di un centinaio di articoli sulle riviste specializzate nel diritto dell'informatica e delle telecomunicazioni.

Fulvio Sarzana ha partecipato in qualità di relatore a diversi Convegni nazionali ed internazionali nel settore del Diritto dell'Informatica e delle telecomunicazioni.

E' autore della monografia "Profili giuridici del commercio via internet", edito dalla Casa Editrice Giuffrè, del testo "I contratti di internet e del commercio elettronico", pubblicato presso la stessa casa editrice e curatore del volume "e-Government" per la casa editrice "la Tribuna".

Ha pubblicato da ultimo nel 2010 per i tipi Maggioli il testo “La videosorveglianza”.

Nel corso del 2011 è stato tra i leader del Movimento di tutela dei diritti civili sulla rete internet www.sitononraggiungibile.info, guidato tra gli altri dalle associazioni Agora digitale, Adiconsum, Altroconsumo, Assoprovider (Confcommercio), Assonet (Confesercenti), e in tale veste ha coordinato il volume “Diritto d’autore e diritti fondamentali sulla rete internet” che è stato l’ebook gratuito più scaricato sulla rete internet del secondo semestre del 2011: <http://www.fulviosarzana.it/blog/libro-bianco-su-copyright-e-diritti-fondamentali-in-internet/>

Il Movimento, nato per affermare i diritti di espressione e la libertà di informazione sul web ha raggiunto le trentamila firme sulla rete internet.