

In attesa dell'Agcom

Contenuti online. Non basterà il regolamento Agcom che dovrebbe servire a difendere dalla pirateria, servono nuove norme

pag. 43

■ ■ Pirateria Il regolamento dell'Agcom da solo non basterà. E anche l'Ue è al lavoro

Contenuti online, la tutela passa per nuove norme

di Emilio Tosi*

Come noto, l'inadeguatezza normativa del contrasto alla pirateria digitale risulta formalmente stigmatizzata, oltre che dai numerosi interventi critici dei giuristi high tech e dell'industria culturale italiana (Confindustria Digitale, Fimi, Anica solo per citare alcuni dei principali stakeholder del settore), anche, a livello internazionale, dall'inserimento dell'Italia nella cosiddetta «watch list» del 2013 Special 301 Report da parte dell'Office of the United States Trade Representative (Ustr). La tutela dei contenuti digitali è strettamente correlata al fondamentale ruolo svolto dalle figure soggettive che, a vario titolo, prestano servizi della società dell'informazione. Il tema controverso e in continua evoluzione della responsabilità degli Internet hosting provider, ossia di quei prestatori di servizi della società dell'informazione che ospitano contenuti forniti da terzi, oscilla tra gli opposti estremi dell'applicazione incondizionata del beneficio dell'irresponsabilità (previsto dalla direttiva CE 31/2000 e dal correlato recepimento interno di cui al decreto legislativo 70/2003 per i meri intermediari di servizi passivi) e la disapplicazione, a determinate condizioni, di tale beneficio. Il legislatore interno, sulla scorta di quello comunitario che si è ispirato al Digital Millennium Copyright Act degli Stati Uniti, ha tipizzato unicamente la figura soggettiva dell'Isp passivo, mero intermediario di servizi di mere conduit, caching e hosting, quale beneficiario dell'esclusione di responsabilità.

Tuttavia, nell'elaborazione giurisprudenziale più recente è emersa la necessità, in relazione alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale sui contenuti digitali (in particolare, musica e audiovisivi), di individuare una figura soggettiva atipica, l'Isp attivo, al fine di poter escludere l'applicabilità del beneficio di irresponsabilità di cui al dlgs 70/03 e conseguentemente censurare le condotte tecniche agevolative - si ribadisce, non meramente automatiche e passive - dell'Isp attivo, in regime di corresponsabilità, per il fatto illecito del soggetto autore del contenuto contra ius. Qualificazione soggettiva che la giurisprudenza ha utilizzato in taluni casi per inquadrare la peculiare responsabilità di motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti di terzi in genere. Ma il tema è tutt'altro che consolidato essendo il dibattito ancora aperto. L'obsolescenza dell'E-Commerce Directive (Ecd) è testimoniata, oltre che dagli sviluppi giurisprudenziali interni e comunitari summenzionati, anche dall'avvio di due consultazioni pubbliche promosse dalla Commissione Ue, succedutesi tra il 2010 e il 2012, proprio al fine di sondare le criticità registrate da parte degli stakeholder del settore nella prospettiva di revisione della stessa. Consultazioni pubbliche preliminari a una revisione dell'Ecd oltre che a una specifica iniziativa, ormai matura e necessaria, di armonizzazione orizzontale, a livello comunitario, delle procedure di notice and action per la rimozione dei contenuti digitali illeciti da parte degli intermediari

della società dell'informazione: tema controverso e, tuttavia, fondamentale per la tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e conseguentemente dello sviluppo dell'Agenda digitale comunitaria, e di riflesso, interna.

A quanto sopra rilevato si aggiunga, a livello interno, che la nuova consiliazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni si accinge a riprendere lo scottante dossier delle rimozioni selettive dei contenuti illeciti in salsa italiana dopo i due tentativi di regolamentazione delle procedure di rimozione selettiva dei contenuti illeciti di cui alle delibere Agcom 668/10 e 398/11. Fermo restando che, in assenza di una norma primaria che estenda espressamente i poteri di Agcom al di fuori del ristretto contesto dei contenuti audiovisivi, anche il nuovo tentativo rischia di incorrere nuovamente nelle censure dei precedenti se esteso in generale a tutti i contenuti digitali diffusi a mezzo internet.

Ex multis, in sede di normativa primaria, oltre all'estensione esplicita summenzionata occorrerebbe prevedere, con riferimento alla tutela amministrativa del diritto d'autore nelle comunicazioni elettroniche, al fine di evitare prevedibili ricorsi:



come provvedimento

- espresso potere provvedimentale Agcom, ossia non solo regolamentare e di vigilanza ma anche ordinatorio, accertativo e sanzionatorio;
- competenza sui ricorsi avverso provvedimenti Agcom inerenti il contrasto alla pirateria digitale disciplinati dall'emanando regolamento riservata in esclusiva all'autorità garante (sulla falsariga di quanto fatto con il dlgs 196/03 in materia di controversie inerenti la tutela dei dati personali anche in relazione ai provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali, art. 152, comma 1 dlgs 196/2003) trattandosi di provvedimenti potenzialmente lesivi di diritti soggettivi anche costituzionalmente protetti. Nel caso di specie, da riservarsi ratione materiae alla competenza esclusiva delle sezioni specializzate dei tribunali delle imprese;
- tipizzazione del diritto al risarcimento del danno da rimozione ingiustificata;
- esonero della responsabilità in capo al prestatore di servizi della società dell'informazione che ottemperi diligentemente e in buona fede all'ordine di rimozione successivamente rivelatosi infondato.

Alla luce di quanto sopra non si può, infine, non stigmatizzare la preoccupante amnesia del legislatore italiano nel recente Crescitalia 2.0 (dl 18 ottobre 2012, n. 179 convertito nella legge 17 dicembre 2012, n. 221), provvedimento delineante la cosiddetta Agenda digitale italiana. Crescitalia 2.0 dedica tante minuziose norme all'innovazione e alla crescita digitale trascurando invece, sorprendentemente, un settore strategico per lo sviluppo del paese: non vi è, infatti, traccia alcuna relativamente alla tutela dei contenuti digitali e in particolare dell'espressa attribuzione, per legge, di un generale potere provvedimentale Agcom, esteso quindi oltre i limitati confini degli audiovisivi a tutti i contenuti digitali diffusi online. Ossia non solo regolamentare e di vigilanza ma anche ordinatorio, accertativo e sanzionatorio. Un'occasione mancata per fare chiarezza e delineare un quadro giuridico incontrovertibile in cui innestare il processo regolatorio di Agcom, da tanto atteso dall'industria dei contenuti digitali, in tale delicata materia. (riproduzione riservata)

** Professore aggregato di
Diritto privato nell'Università
di Milano Bicocca –
Managing Partner
Tosi & Partners High Tech Legal*