

La tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica: brevi note sullo schema di regolamento di cui alla delibera n. 398/11/CONS dell'Agcom
di Gaia Cozzolino

Sommario: 1. Introduzione: il quadro normativo di riferimento. – 2. Il potere normativo dell'Agcom in materia di diritto d'autore. – 3. I contenuti dello schema di regolamento. – 4. (Segue) Il procedimento dinanzi all'Autorità e il diritto dei soggetti lesi di adire l'autorità giudiziaria. – 5. Alcune riflessioni conclusive.

1. Introduzione: il quadro normativo di riferimento.

Tra le numerose e rilevanti novità introdotte dal d.lgs. 15 marzo 2010, n. 44 (c.d. Decreto Romani), emanato in attuazione della direttiva 2007/65/CE che modifica la direttiva 89/552/CEE "relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive"¹, merita una specifica segnalazione l'introduzione all'interno del Testo unico della radiotelevisione² (rinominato dal suddetto decreto legislativo "Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici") dell'articolo 32 *bis* relativo alla protezione dei diritti d'autore, ai sensi del quale i fornitori di servizi di media audiovisivi sono tenuti ad assicurare il pieno rispetto dei principi e dei diritti di cui alla legge 22 aprile 1941, n. 633 sulla tutela del diritto d'autore indipendentemente dalla piattaforma utilizzata per la trasmissione di contenuti audiovisivi.

Tale previsione all'interno del Testo unico appare invero doverosa in conseguenza della sempre maggiore attualità della materia del diritto d'autore nella società dell'informazione³,

1 Per un commento al decreto legislativo n. 44 del 2010 si veda G. M. ROBERTI, V. ZENO-ZENCOVICH, *Le linee guida del D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 44 ("Decreto Romani")*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 1, 1 ss.; W. CARRARO, *Media e audiovisivi: novità dall'ultima direttiva europea*, in *Il diritto industriale*, 2010, 5, 479 ss.; O. GRANDINETTI, *Il testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2011, 2, 121 ss..

2 Approvato con decreto legislativo 31 marzo 2005, n. 177. In commento al Testo unico sulla radiotelevisione si veda O. GRANDINETTI, *Il Testo Unico sulla radiotelevisione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, 2, 121 ss.; A. PACE, M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione* (fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso), Bologna-Roma, 2006, 37 ss.; F. BRUNO, G. NAVA, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni*, Milano, 2006; AA.VV., *La televisione digitale: temi e problemi* (a cura di A. Frignani, E. Poddighe, V. Zeno Zencovich), Milano, 2006; AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2006; A. CHIMENTI, *L'ordinamento radiotelevisivo italiano*, Torino, 2007; G. FARES, *L'apertura del mercato televisivo*, Torino, 2008; G. GARDINI, *Le regole dell'informazione*, Milano, 2009; P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, 2009; R. ZACCARIA, A. VALASTRO, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2010.

3 In argomento si veda V. ALLOTTI, *Il diritto d'autore di fronte alle nuove tecnologie*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, p 817; A. FRAGOLA, *Sui non facili rapporti tra Internet e diritto d'autore*, in *IDA*, 1999, 12; M. FABIANI, *Diritto d'autore e accesso a Internet*, in *IDA*, 2001, 3, 267; F. MULLEN, *La tutela del diritto di autore su Internet*, in *IDA*, 2001, 3, 348; S. ERCOLANI, *Il diritto d'autore: la legge italiana e le linee di evoluzione nella società dell'informazione*, in *IDA*, 2001, 1, 19; M. WINKLER, *Brevi note intorno alla direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione*, in *Dir. comm. internaz.*, 2001, 3, 705 ss.; P. A. E. FRASSI,

ancorché l'inserimento di detta disposizione non fosse richiesta dalla direttiva n. 2007/65⁴. Lo sviluppo tecnologico ha infatti reso necessario adattare e integrare le normative attuali sul diritto d'autore e sui diritti connessi per rispondere adeguatamente alle mutate modalità di fruizione dei contenuti da parte degli utenti.

La disposizione prevede inoltre che i fornitori di servizi di media audiovisivi debbano operare nel rispetto dei diritti d'autore e dei diritti connessi, in particolare trasmettendo le opere cinematografiche in osservanza dei limiti temporali e delle condizioni concordate con i titolari dei diritti e astenendosi dal trasmettere o ri-trasmettere, o mettere comunque a disposizione degli utenti, su qualsiasi piattaforma e qualunque sia la tipologia di servizio offerto, programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi, o parti di tali programmi, senza il consenso di titolari dei diritti, e salve le disposizioni in materia di brevi estratti di cronaca.

Al fine di rendere effettiva l'osservanza dei suddetti limiti e divieti l'articolo 32 *bis* ha quindi attribuito all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni il potere di emanare le disposizioni regolamentari necessarie.

Sulla base della previsione legislativa, l'AGCom ha approvato la delibera n. 668/10/CONS del 17 dicembre 2010 con la quale ha sottoposto a consultazione pubblica un primo documento volto a definire gli elementi essenziali di uno schema di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, cui ha fatto seguito la più recente delibera n. 398/11/CONS del 6 luglio 2011 con cui l'Autorità ha nuovamente avviato una consultazione in materia con l'obiettivo di acquisire tutte le proposte e le osservazioni dei soggetti interessati e consentire così un'occasione aggiuntiva di confronto puntuale sul testo.

Il nuovo testo messo in consultazione, recante "Lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica", disciplina le attività dell'Autorità in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e, in particolare, quelle finalizzate allo sviluppo dell'offerta legale di contenuti e della loro corretta fruizione nonché quelle relative alla vigilanza, accertamento e cessazione delle violazioni del diritto d'autore, comunque realizzate, poste in essere

Riflessioni sul diritto d'autore. Problemi e prospettive nel mondo digitale, in *Riv. dir. ind.*, 2002, 6, 370; P. CATARINELLA, *Appunti comparativi sul diritto d'autore in Internet*, in *IDA*, 2003, 3, 343 ss.; P. AUTERI, *Il paradigma tradizionale del diritto d'autore e le nuove tecnologie*, in AA.VV., *Proprietà digitale. Diritto d'autore, nuove tecnologie e digital rights management*, Milano, 2006; D. MULA, *La responsabilità e gli obblighi degli Internet Provider per violazione del diritto d'autore*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, 3, 252 ss.; N. BOTTERO, *Le nuove prerogative d'autore nell'era di Internet*, in *Giur. It.*, 2011, 8-9, 1953 ss.; T. MARGONI, *Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore in Internet*, *ivi*, 2011, 8-9, 1959 ss.; M. RICOLFI, *Diritto della proprietà intellettuale e WEB 2.0*, *ivi*, 2011, 8-9, 1943 ss..

4 A. MUSSO, *Il rispetto dei diritti d'autore e connessi nell'attuazione italiana della direttiva n. 2007/65/CE sui servizi di media audiovisivi*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, 2, 215 ss., il quale rileva che "nella direttiva n. 2007/65, la disciplina del diritto d'autore era richiamata unicamente nel "considerando" n. 40 al fine di stabilire che la più analitica eccezione sui brevi estratti di cronaca per i grandi eventi, prevista dalla direttiva medesima, fosse compatibile - per il resto - con la direttiva n. 29/2001/CE del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti dei diritti d'autore e connessi nella società dell'informazione (G.U.C.E., 22 giugno 2001, L 167, 10), la quale, a sua volta, aveva previsto una più generica ed opzionale eccezione ai diritti esclusivi in favore del diritto di cronaca, ai sensi dell'art. 5, § 3, lett. c), "nel caso di riproduzione a mezzo stampa, comunicazione al pubblico o messa a disposizione di articoli pubblicati su argomenti di attualità economica politica o religiosa o di opere radiotelevisive o di altri materiali dello stesso carattere, se tale utilizzo non è espressamente riservato, sempreché si indichi la fonte, incluso il nome dell'autore, o nel caso di utilizzo delle opere o di altri materiali in occasione del resoconto di un avvenimento attuale nei limiti di quanto giustificato dallo scopo informativo e sempreché si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore"."

sulle reti di comunicazione elettronica⁵. Lo schema di provvedimento si articola in due parti: la prima tesa a promuovere la massima diffusione dell'offerta legale di contenuti accessibili agli utenti e ad incoraggiare lo sviluppo e la promozione di offerte commerciali innovative e competitive nonché la creazione di un mercato aperto dell'accesso ai contenuti a tutela degli utenti e della concorrenza; la seconda avente ad oggetto la definizione delle misure a tutela del diritto d'autore attraverso un articolato procedimento ripartito in una duplice fase (l'una destinata a svolgersi dinanzi al fornitore di servizi, l'altra dinanzi all'Autorità).

2. Il potere normativo dell'Agcom in materia di diritto d'autore.

Prima di analizzare i contenuti dello schema di regolamento approvato con delibera 398/11/CONS occorre affrontare la questione relativa al fondamento della potestà regolamentare esercitata in materia di diritto d'autore dall'Autorità, in ordine alla quale sono stati avanzate diverse perplessità.

Come noto, in suddetta materia, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha visto progressivamente accrescere le proprie competenze a partire dalla legge 22 aprile 1941, n. 633 sulla protezione del diritto d'autore la quale, all'articolo 182 *bis*⁶, attribuisce all'AGCom un potere di vigilanza, nell'ambito delle competenze previste dalla legge⁷, al fine di prevenire ed accertare le violazioni della medesima⁸. Successivamente, il decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, emanato in attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno (con particolare riferimento al commercio elettronico), ha riconosciuto, tra l'altro, all'Autorità il potere di esigere anche in via d'urgenza dal prestatore di servizi di *mere conduit*, di *caching* o di *hosting*, l'impedimento o la cessazione delle violazioni commesse ai sensi degli articoli 14, 15 e 16 del decreto medesimo⁹, donde la legittimazione di un potere d'intervento in capo all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, fermo restando la competenza dell'autorità giudiziaria. Inoltre, nella sua originaria formulazione lo stesso Testo Unico della Radiotelevisione, all'articolo 10, attribuisce all'Autorità "le competenze richiamate

5 Ai sensi dell'art. 2 del regolamento sono fatte salve le eccezioni previste dagli articoli 65 e 70 della legge del diritto d'autore e sono espressamente escluse dal ambito di applicazione dello stesso le applicazioni con le quali gli utenti possono scambiare contenuti direttamente con altri utenti attraverso reti di comunicazione elettronica.

6 Inserito dalla legge 18 agosto 2000, n. 248.

7 Il riferimento alla competenze proprie dell'autorità per le garanzie nelle comunicazioni deve essere letto come attribuzione all'autorità di funzioni di tutela del diritto d'autore unicamente nella materie che rientrano già nelle sue competenze istituzionali, N. GAVIANO, *Internet e diritto d'autore tra esigenze di protezione e libertà di navigazione*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2010, 2, p. 13.

8 Segnatamente, l'articolo 182 *bis* attribuisce all'Autorità il potere di vigilanza sull'attività di riproduzione e duplicazione con qualsiasi procedimento, su supporto audiovisivo, fonografico e qualsiasi altro supporto nonché su impianti di utilizzazione in pubblico, via etere e via cavo, nonché sull'attività di diffusione radiotelevisiva con qualsiasi mezzo effettuata; sulla proiezione in sale cinematografiche di opere e registrazioni tutelate dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi al suo esercizio; sulla distribuzione, la vendita, il noleggio, l'emissione e l'utilizzazione in qualsiasi forma dei supporti di cui alla lettera a) del medesimo articolo; sui centri di riproduzione pubblici o privati, i quali utilizzano nel proprio ambito o mettono a disposizione di terzi, anche gratuitamente, apparecchi per fotocopia, xerocopia o analogo sistema di riproduzione; sull'attività di fabbricazione, importazione e distribuzione degli apparecchi e dei supporti di cui all'art. 71 *septies*; sulle case d'asta, le gallerie e in genere qualsiasi soggetto che eserciti professionalmente il commercio di opere d'arte o di manoscritti.

9 Si tratta in particolare delle attività di semplice trasporto - *Mere conduit* (art. 14, comma 2); delle attività di memorizzazione temporanea - *caching* (art. 15, comma 2); delle attività di memorizzazione di informazioni - *hosting* (art. 16).

dalle norme del presente testo unico, nonché quelle rientranti nelle funzioni e nei compiti attribuiti dalle norme vigenti, anche se non trasposte nel testo unico, e, in particolare le competenze di cui alle leggi 6 agosto 1990, n. 223, 14 novembre 1995, n. 481 e 31 luglio 1997, n. 249¹⁰: e tra le competenze rientranti nelle funzioni e nei compiti attribuiti dalle norme vigenti all'Autorità rientrano anche le funzioni di vigilanza sulle reti di comunicazione elettronica riconosciute dal d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259 c.d. "Codice delle comunicazioni elettroniche".

Se la competenza dell'Autorità in materia di diritto d'autore è ampiamente delineata dalle suddette disposizioni normative, occorre tuttavia rilevare che l'articolo 32 *bis* dal novellato Testo unico ha di fatto attribuito all'Autorità il potere di emanare le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti di cui all'articolo medesimo unicamente con riferimento ai servizi di media audiovisivi; di talché non può dunque non osservarsi come l'Autorità, nel dettare attraverso lo schema di regolamento di cui alla delibera n. 398/11/CONS disposizioni in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di "comunicazione elettronica", abbia, almeno apparentemente, oltrepassato i confini della delega conferitale dal Testo Unico al citato art. 32 *bis*¹⁰. Il decreto "Romani" ha definito, infatti, il "servizio di media audiovisivi" come un servizio, quale delineato dagli articoli 56 e 57 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che è sotto la responsabilità editoriale di un fornitore di servizi media e il cui obiettivo principale è la fornitura di programmi al fine di informare, intrattenere o istruire il grande pubblico, attraverso reti di comunicazioni elettroniche¹¹, escludendo pertanto sia i siti internet privati che i servizi consistenti nella fornitura o distribuzione di contenuti audiovisivi generati da utenti privati a fini di condivisione o di scambio nell'ambito di comunità di interesse¹².

In buona sostanza, l'Autorità ha esercitato la potestà normativa in materia di diritto d'autore sulla base di una interpretazione sistematica delle diverse disposizioni attributive di una sua specifica competenza nella materia *de qua*, ed in particolare dell'art. 182 *bis* della legge n. 633 del 1941¹³, il quale, come anticipato *supra*, conferisce all'Autorità il potere di vigilanza su una serie di attività¹⁴. Se tuttavia è indubbio alla luce delle suddette norme che l'Agcom rivesta nell'ambito

10 Rileva a tale proposito G. DE MINICO, *Diritto d'autore batte costituzione 2 a 0*, in www.costituzionalismo.it, 22 luglio 2012, p. 5 che lo schema di regolamento continua a indicare gli *internet service Provider* (ISP) come i destinatari del suo potere regolativo, gravati dal dovere di rimozione postuma dei contenuti illeciti, in violazione del dettato di cui al decreto legislativo n. 44 del 2010.

11 Secondo quanto dispone inoltre l'art. 2, lett. a), n. 1 "Per siffatto servizio di media audiovisivo si intende o la radiodiffusione televisiva, come definita alla lettera i) del presente articolo e, in particolare, la televisione analogica e digitale, la trasmissione continua in diretta quale il live streaming, la trasmissione televisiva su Internet quale il *webcasting* e il video quasi su domanda quale il *near video on demand*, o un servizio di media audiovisivo a richiesta, come definito dalla lettera m) del presente articolo."

12 Sul punto si veda O. POLLICINO, *Copyright versus freedom of speech nell'era digitale*, in *Giur. It.*, 2011, 8-9, p. 1951.

13 La lettura sistematica operata dall'Autorità delle disposizioni normative in materia di diritto d'autore si evince da quanto asserito nella consultazione pubblica sullo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica ove si legge che "L'articolo 32-bis del Testo unico e l'articolo 182-bis della legge sul diritto d'autore si integrano, poi, con le disposizioni contenute nel decreto legislativo n. 70 del 2003, di recepimento della direttiva sul commercio elettronico, che traccia contenuti e limiti delle responsabilità degli ISP, a seconda che svolgano attività di *mere conduit* (art. 14), di *caching* (art. 15) e *hosting* (art. 16) di contenuti digitali e, nell'introdurre il doppio binario di tutela – amministrativa e giudiziaria –, prevede che l'autorità amministrativa avente funzioni di vigilanza possa esigere, al pari di quella giudiziaria, che il prestatore di servizi "impedisca o ponga fine alle violazioni commesse". In tutte e tre le disposizioni, viene sancito il principio generale per cui il prestatore è esente da responsabilità, a condizione che non intervenga in alcun modo sui contenuti stessi o non sia venuto a conoscenza del loro carattere illecito".

14 O. POLLICINO, *Copyright versus freedom of speech nell'era digitale*, cit., p. 1951 il quale rileva come "L'impostazione dell'AGCOM sul punto non è convincente, per più di una ragione: l'Autorità non considera infatti rilevante quest'esclusione, poiché, da un lato, la ritiene giustificata nella misura in cui lo scambio di file realizzati da

della protezione del diritto d'autore un ruolo assai rilevante, meno chiara appare invece l'ampiezza del suo potere normativo in materia, il che impone dunque una preliminare riflessione sul fondamento della potestà normativa delle Autorità indipendenti.

Non è questa la sede per ripercorrere diffusamente l'ampio ed articolato dibattito che ha animato dottrina e giurisprudenza circa la spettanza alle Autorità indipendenti di un potere normativo¹⁵. Può tuttavia rilevarsi che l'esercizio di poteri regolamentari da parte di Autorità poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri nonché al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione rappresenta un dato ormai acquisito nell'ordinamento¹⁶, nonostante permangano tuttora alcune perplessità circa la legittimazione di dette Autorità all'esercizio di una potestà normativa in assenza di un'espressa previsione costituzionale¹⁷.

Segnatamente, uno dei principali problemi in tema di potere normativo delle Autorità indipendenti investe l'attribuzione di detto potere positivo, atteso che la legge dovrebbe non soltanto tracciare il quadro dei principi entro cui alle Autorità indipendenti sia consentito muoversi, ma anche conferire alle medesime l'esercizio della potestà normativa. L'attribuzione di poteri normativi, per le fonti subordinate alla legge, deve dunque fare i conti con il principio costituzionale di legalità¹⁸, atteso che solo la legge ordinaria, almeno per le fonti di livello regolamentare, può individuare siffatti poteri normativi nel rispetto o in attuazione dei principi della Costituzione ed entro i limiti delle materie di competenza statale¹⁹. Come è stato infatti osservato "è la legge (e in

privati «costituisce la manifestazione di valori costituzionalmente tutelati come la libertà di espressione e la libera manifestazione del pensiero», dall'altro, in relazione ai siti gestiti da privati aventi come finalità la condivisione di contenuti protetti da *copyright*, «soccorre la generale competenza dell'Autorità in fatto di prevenzione ed accertamento delle violazioni posta dall'art. 182 *bis* della legge n. 633/1941».

15 Per un approfondimento sul tema si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività, a M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994; S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1996; S. FOA', *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino 2002; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002; N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese, C. Franchini, Bologna, 1996, 87 ss.; F. POLITI, *Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. Giur.*, vol. XXVI, Roma, 2001; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, in *Quaderni di Astrid*, Bologna, 2010, p. 9.

16 A. PIRIZZOLI, *L'iniziativa dell'Agcom sul diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2011, n. 2, p. 3.

17 Al riguardo occorre rilevare che l'impianto costituzionale ha inteso fondamentalmente tracciare il livello primario delle fonti del diritto lasciando "aperto" quello secondario e concedendo alla legge la possibilità di istituire fonti secondarie, F. POLITO, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. Giur.*, vol. XXVI, Roma, 1995, p. 6. Circa l'assenza di un'espressa previsione costituzionale riferita alle Autorità indipendenti osserva V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 9, che questo problema pare tuttavia essere stato per la maggior parte delle sue applicazioni sostanzialmente superato dalle previsioni del diritto europeo, che in molti settori economico sociali prevedono che la regolazione nazionale individui specifiche autorità di settore, dotate di indipendenza e comunque differenziate rispetto alle ordinarie articolazioni dell'organizzazione statale.

18 Pone in evidenza il problematico rapporto tra i poteri normativi delle *Autorithies* e il principio di legalità F. ANGELINI, *I poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti*, in *Associazione per gli Studi e le Ricerche Parlamentari*, Quaderno n. 7 seminario 1996, Torino, 1997.

19 In tal senso si veda il Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza del 14 febbraio 2005, n. della Sezione: 11603/04, nel quale si afferma che "In base a tale principio generale, l'azione delle autorità indipendenti può esprimersi anche attraverso atti normativi e, a seconda dei casi, attraverso regolamenti di organizzazione, regolamenti per la gestione contabile e patrimoniale, regolamenti di esecuzione, regolamenti cd. indipendenti. L'attribuzione – una volta accertato il rispetto del principio di legalità – di un potere regolamentare a soggetti diversi dal Governo trova quindi la sua giustificazione, per le specifiche discipline di settore, nel criterio di una più razionale

materia il principio di legalità opera nella sua portata più stretta) che determina le specie degli atti normativi secondari e l'attribuzione dei relativi poteri ai diversi soggetti pubblici²⁰.

Se in linea generale l'applicazione rigorosa del principio di legalità esigerebbe che la legge medesima attribuisse espressamente potestà regolamentare con rilevanza esterna alle Autorità indipendenti è pur vero che talvolta il fondamento di detti poteri normativi è stato desunto in modo implicito da disposizioni legislative volte a definire in maniera alquanto generica i compiti delle Autorità senza specificare la natura "regolamentare" degli atti con rilevanza esterna adottati dalle medesime. In tali casi si è peraltro ritenuto che la mancata indicazione del carattere normativo dell'atto non implichi tuttavia necessariamente l'illegittimità dell'esercizio del potere regolamentare, considerandosi sufficiente la mera attribuzione di competenza ad opera della disciplina primaria. Come noto parte della dottrina, in base ad una concezione più attenuata del principio di legalità, ha al riguardo ritenuto che i soli obiettivi fissati dalla legge istitutiva²¹, ovvero il carattere neutrale e indipendente²² dell'organo, bastassero a fondare un potere regolamentare anche in assenza di una generale attribuzione della relativa potestà da parte della fonte primaria. In tal senso si è espresso il Consiglio di Stato²³ il quale, con riferimento alla disciplina degli interventi di emergenza dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, ha rinvenuto il fondamento della potestà normativa in

distribuzione dei ruoli e delle competenze, criterio analogo a quello che ha presieduto alla stessa ridefinizione dei rapporti tra Parlamento e Governo operata con la legge n. 400 del 1988".

20 V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 90. Tale assunto è stato peraltro sostenuto dallo stesso Consiglio di Stato nel noto parere sullo schema di decreto legislativo relativo al Codice delle assicurazioni (Cons. St., Sez. consult. atti normativi, 14/2/05, n. 11603/04) nel quale si afferma che le Autorità indipendenti «costituiscono certamente una tipologia speciale di soggettività pubblica», che deve comunque trovare «in un profilo legislativo primario la fonte attributiva del potere e i criteri di fondo che devono presiedere all'esercizio di detto potere». In base al principio di legalità – sostiene il Consiglio di Stato – «l'azione delle autorità indipendenti può esprimersi anche attraverso atti normativi e, a seconda dei casi, attraverso regolamenti» di vario tipo». Per un commento al parere reso dal Consiglio di Stato v. G. VOLPE PUTZOLU, *Il parere del Consiglio di Stato sullo schema di codice delle assicurazioni*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2005, 8, 881 ss. Come rileva G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 4, 703 ss., il rapporto tra principio di legalità ed esercizio dei poteri normativi delle Autorità indipendenti solleva non pochi interrogativi tenendo anche conto del fatto "che le Autorità indipendenti non dispongono di una legittimazione popolare diretta, in quanto la designazione dei titolari degli organi, seppur non riconducibile ad un modello uniforme, è comunque di competenza di altri soggetti (Governo, Presidenti Camere ecc.), ed inoltre gli organi non sono nemmeno caratterizzati da responsabilità nei confronti né del popolo e neanche di organi rappresentativi di questo.".

21 Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2007, n. 2244. Rispetto a tale impostazione è stato osservato da G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 2007, p. 719p. 731, che la lettura finalistica dei poteri delle autorità indipendenti, se è ammissibile a fronte dell'esercizio del potere regolamentare non appare invece praticabile a fronte dell'esercizio di poteri provvedimentali, anche ove questi siano riconducibili al potere di regolazione, in quanto l'individuazione di questi ultimi deve rispondere a regole rigorose "tali da garantire ossequio al principio di tipicità".

22 Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827, in www.giustizia-amministrativa.it. Sull'indipendenza delle Autorità come fondamento dell'esercizio della potestà normativa delle medesime si veda in senso critico M. A. CABIDDU, D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 2000, n. ½, p. 19, secondo le quali "Vi è, dunque, una duplicità dell'indipendenza, che traduce in termini di rapporti istituzionali i vincoli posti dal principio di legalità sul versante delle fonti: da un lato, in negativo, essa vieta (o comunque mette *sub signo nigro*), in questo ambito, interventi diversi da quelli legislativi, e in particolare indirizzi e condizionamenti da parte dell'esecutivo; dall'altro, in positivo, impone alla legge di tracciare il quadro dei principi entro il quale le autorità indipendenti possono (devono) muoversi. Se correttamente intesi, entrambi gli aspetti dell'indipendenza, lungi dal configurare ordinamenti particolari e corpi separati, in funzione di privilegio, dovrebbero piuttosto cospirare a rinsaldare il contatto e quindi il colloquio con la società, soprattutto in aree «sensibles», in cui vengono in rilievo interessi, libertà e, insomma, valori costituzionali che ripudiano il confronto discrezionale e caso per caso con l'interesse pubblico.".

23 Cons. Stato Sez. VI, 29 maggio 2002, n. 2987, in *Giornale Dir. Amm.*, 2002, 8, 881 ss..

materia nel "generale potere dell'Autorità di dettare prescrizioni atte a garantire la sicurezza degli impianti". In particolare, secondo il Consiglio di Stato, nell'emanazione delle direttive che rientrano nella sua potestà regolatrice l'Autorità non può limitarsi esclusivamente a comportamenti già individuati dal legislatore, perché così si finirebbe per rendere evanescente quella funzione di «regolazione e controllo», affidata ad essa per il settore di competenza, che costituisce lo scopo primario della sua istituzione. In tal modo il Consiglio di Stato ha ritenuto che le previsioni di cui all'art. 2, commi 5 e 12, legge 14 novembre 1995, n. 481, ai sensi delle quali "le Autorità sono preposte alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza ed emanano le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi", bastassero a fondare il legittimo esercizio del potere regolamentare dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas in materia di sicurezza degli impianti pur in assenza di una legge espressamente attributiva della potestà regolamentare in detta materia²⁴.

Alla base della pronuncia del Consiglio di Stato pare intravedersi l'idea secondo cui l'attribuzione di funzioni di regolazione e di vigilanza in capo alle Autorità indipendenti nei settori di propria competenza da parte della legge ordinaria implichi la possibilità che dette funzioni si estrinsechino assumendo differenti modalità, tra le quali può dunque essere ricompresa anche la fissazione di regole caratterizzate da generalità ed astrattezza e pertanto non riconducibili al *genus* dei provvedimenti amministrativi; riecheggia cioè in detta giurisprudenza la presenza di poteri impliciti secondo cui "se c'è da raggiungere i fini genericamente attribuiti dalla legge, la regolamentazione di settori pur non espressamente affidati all'Autorità è coerente al ruolo stesso di quest'ultima"²⁵, giacché una differente impostazione finirebbe per rendere evanescente quella attività di «regolazione e controllo», affidata ad essa per il settore di competenza, che costituisce lo scopo primario della sua istituzione. Secondo tale impostazione, infatti, "il rispetto del principio di legalità può essere assicurato anche attraverso una rete di "limitatori" della discrezionalità ricavabili dal sistema. La riserva di legge ed il principio di legalità vengono infatti soddisfatti non soltanto dalla *interpositio legislatoris*, ma anche attraverso i principi e le regole ricavabili dal sistema ordinamentale che rendono in concreto l'atto sindacabile"²⁶.

Emerge dunque da tali considerazioni come lo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica risponda ai requisiti necessari per un legittimo esercizio dei poteri regolamentari da parte dell'AGCom, trovando il proprio fondamento nel contesto delle diverse disposizioni legislative statali, nonché in specifiche disposizioni comunitarie, attributive di una generale competenza all'Autorità in materia di diritto d'autore.

Seguendo l'impostazione del Consiglio di Stato, il fondamento della potestà normativa dell'Autorità può essere *in primis* ravvisato nel disposto di cui all'art. 2, comma 5, legge n. 481 del 1995 essendo essa preposta alla regolazione e al controllo del settore delle telecomunicazioni. Inoltre, tra le disposizioni legislative, oltre all'esplicito conferimento dell'esercizio del potere regolamentare da parte dell'articolo 32 *bis* del Testo unico dei Servizi di media audiovisivi, l'attribuzione di un generale potere di vigilanza si rinviene nel d. lgs. 9 aprile 2003 n. 70 il quale, in

24 Sul punto si veda V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 7, il quale rileva che analogamente per il settore delle comunicazioni l'art. 42 del Codice delle comunicazioni elettroniche, nel definire i poteri dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni in materia di accesso e interconnessione, stabilisce che "Nel perseguire gli obiettivi stabiliti dall'articolo 13, l'Autorità incoraggia e garantisce forme adeguate di accesso, interconnessione e interoperabilità dei servizi, esercitando le proprie competenze in modo da promuovere l'efficienza economica e una concorrenza sostenibile e recare il massimo vantaggio agli utenti finali", e che gli obblighi e le condizioni imposti dall'Autorità sono obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori.

25 G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, 2007, p. 719.

26 *Ibidem*.

attuazione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, nel tipizzare le ipotesi di responsabilità dei cd. "prestatori intermediari", riconosce espressamente il potere all'autorità amministrativa, avente funzioni di vigilanza, di esigere, anche in via d'urgenza, che il soggetto responsabile impedisca o ponga fine alle violazioni commesse²⁷. Infine, più in generale, l'articolo 182 *bis* della legge sul diritto d'autore riconosce all'AGCom, nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge, un'ampia funzione di vigilanza al fine di prevenire ed accertare le violazioni della legge medesima, ancorché il tenore della disposizione non autorizzi la conclusione circa l'esistenza di un potere dell'Autorità di irrogare sanzioni in caso si verificano le violazioni previste dalla normativa sul diritto d'autore, salvo un potere di vigilanza finalizzato alla prevenzione ed all'accertamento di detti illeciti²⁸.

Alla luce delle citate disposizioni appare pertanto corretto riconoscere all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni una competenza in materia di diritto d'autore idonea a legittimare l'esercizio di poteri normativi da parte dell'Autorità stessa.

3. I contenuti dello schema di regolamento.

Con riferimento ai contenuti dello schema di regolamento proposto dall'Autorità sono stati sollevati non pochi dubbi e questioni interpretative in ordine alle modalità prescelte per lo svolgimento del proprio compito di vigilanza.

Come anticipato *supra*, una prima parte del provvedimento contiene in sé una funzione a carattere propulsivo, avente come scopo la promozione di una massima diffusione dell'offerta legale di contenuti accessibili agli utenti, l'incoraggiamento dello sviluppo e della promozione di offerte commerciali innovative e competitive, e la creazione "di un mercato aperto dell'accesso ai contenuti a tutela degli utenti e della concorrenza". A tale scopo l'Autorità si è impegnata a predisporre un'apposita sezione sul proprio sito internet per favorire la conoscibilità e l'accesso ai servizi che consentono la fruizione legale di contenuti protetti dal diritto d'autore.

Si tratta indubbiamente di una disposizione pienamente condivisibile, oltre che per la protezione del diritto d'autore, anche nella prospettiva, più ampia, di realizzazione del processo di "alfabetizzazione mediatica" riferito alle competenze, alle conoscenze e alla comprensione che consentono ai consumatori di utilizzare i media in modo efficace e sicuro²⁹.

27 In tal senso v. V. ZENO ZENCOVICH, relazione introduttiva al Convegno "Strumenti per il diritto d'autore su Internet", promosso dall'Istituto per lo Studio dell'Innovazione, Roma, 23 maggio 2011, reperibile sul sito www.isimm.it, il quale rileva come chiaramente dalle disposizioni del d.lgs. n. 70 del 2003 e della direttiva comunitaria 2000/31/CE si evincano chiaramente i poteri di vigilanza e di interdizione attribuiti all'Autorità.

28 In tal senso v. anche O. POLLICINO, *Copyright versus freedom of speech nell'era digitale*, cit., p. 1951.

29 Si tratta di un obiettivo indicato dalla stessa direttiva 07/65/CE, considerando 47, la quale precisa altresì che "le persone in possesso di un'alfabetizzazione mediatica sono in grado di operare le loro scelte con cognizione di causa, comprendere la natura dei contenuti e dei servizi e avvalersi dell'intera gamma di possibilità offerte dalle nuove tecnologie delle comunicazioni e sono maggiormente in grado di proteggere se stessi e le loro famiglie contro i contenuti nocivi o offensivi". Inoltre, come ricorda la stessa delibera n. 398/11/CONS, "La Commissione europea, già nel 2007, nella sua Comunicazione "Un approccio europeo all'alfabetizzazione mediatica nell'ambiente digitale" (COM/2007/833), sottolinea come l'alfabetizzazione mediatica costituisca una competenza fondamentale all'interno di suddetta società e riconosce tra le caratteristiche sostanziali della stessa "l'essere consapevoli dei problemi di *copyright*, essenziali per una "cultura della legalità", specie per le generazioni più giovani nella loro duplice veste di consumatori e produttori di contenuti". Con particolare riferimento alla alfabetizzazione mediatica *on line*, inoltre, sottolinea come sia indispensabile "sviluppare le competenze in materia di produzione e la creatività digitale e incoraggiare la consapevolezza dei problemi connessi al *copyright*" oltretutto "fare opera di sensibilizzazione sul modus operandi dei motori di ricerca ed imparare ad utilizzare meglio i motori stessi".

Sempre nell'ottica della promozione dell'offerta legale dei contenuti e della loro corretta fruizione si pone la scelta dell'istituzione di un tavolo tecnico con il principale compito di agevolare il raggiungimento di accordi tra produttori, distributori, fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici, fornitori di servizi della società dell'informazione, nell'ottica di facilitare il contemperamento dei diversi interessi in gioco³⁰.

La seconda parte dello schema di regolamento disciplina, invece, le misure poste a diretta protezione del diritto d'autore, attraverso un procedimento articolato in due fasi: la prima destinata a svolgersi dinanzi al fornitore di servizi, la seconda dinanzi all'Autorità.

Segnatamente, lo schema di regolamento ricalca la procedura di derivazione statunitense di "Notifica e rimozione" (c.d. "*Notice and take down*"), prevedendo che qualora un soggetto legittimato ritenga che uno specifico contenuto violi un diritto d'autore o di *copyright* di cui è titolare questi possa inviare una richiesta di rimozione del contenuto al gestore del sito su cui lo stesso è disponibile o al fornitore del servizio di media audiovisivo o radiofonico che lo abbia messo a disposizione del pubblico, secondo un'apposita procedura finalizzata alla rimozione di contenuti o programmi diffusi in violazione del diritto d'autore. In caso di mancata rimozione del contenuto o di opposizione alla rimozione da parte dell'*uploader* il soggetto segnalante potrà allora trasmettere la richiesta all'Autorità dinanzi alla quale prende avvio la seconda parte del procedimento. In particolare, il procedimento prevede che l'Autorità possa ordinare ai gestori di siti i cui nomi di dominio siano stati registrati da un soggetto residente o stabilito in Italia³¹ la rimozione selettiva dei soli contenuti oggetto di segnalazione che siano stati diffusi in violazione delle norme sul diritto d'autore nonché ordinare ai fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici la cessazione della trasmissione o della ritrasmissione di programmi audiovisivi diffusi in violazione della suddetta normativa (art. 13). Si prevede, inoltre, che nel caso in cui il soggetto destinatario delle misure di cui all'articolo 13 non ottemperi all'ordine debba trovare applicazione la sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'articolo 1, comma 31, della legge 31 luglio 1997, n. 249³².

30 Del tavolo tecnico fanno infatti parte, ai sensi dell'articolo 4, comma 1, dello schema di regolamento i rappresentanti dei consumatori, associazioni, produttori, distributori, fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici, fornitori di servizi della società dell'informazione, i rappresentanti della Società italiana degli autori ed editori (SIAE), del Comitato consultivo permanente per il diritto d'autore presso il Ministero per i beni e le attività culturali, del Comitato tecnico contro la pirateria digitale e multimediale istituito presso il Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio dei ministri, della Polizia postale, della Guardia di finanza, nonché i rappresentanti dell'Autorità come individuati con separata determina del Segretario generale su proposta del Direttore della Direzione.

31 Con riferimento ai soggetti localizzati all'estero, l'art. 14 della proposta di regolamento prevede che "1. L'organo collegiale può adottare nei confronti dei gestori di siti i cui nomi di dominio siano stati registrati da un soggetto non residente o non stabilito in Italia e che diffondano contenuti in violazione del diritto d'autore, la cui fruizione è destinata al pubblico italiano, i seguenti provvedimenti: a) richiamare i gestori dei siti al rispetto della Legge sul diritto d'autore;

b) ove la violazione persista nonostante il richiamo di cui alla lettera a) oltre quindici giorni dal richiamo medesimo, richiedere la rimozione selettiva dei contenuti oggetto di segnalazione che siano stati diffusi in violazione delle norme sul diritto d'autore; c) ove la violazione persista nonostante la richiesta di rimozione di cui alla lettera b) nei termini ivi indicati, segnalare il caso all'Autorità giudiziaria per gli adempimenti di competenza.

2. L'organo collegiale può ordinare al fornitore di servizi di media audiovisivi o radiofonici attivo in Italia la cessazione della trasmissione o della ritrasmissione di programmi audiovisivi diffusi in violazione delle norme sul diritto d'autore."

32 Il quale prevede che "I soggetti che non ottemperano agli ordini e alle diffide dell'Autorità, impartiti ai sensi della presente legge, sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria da lire venti milioni a lire cinquecento milioni. Se l'inottemperanza riguarda provvedimenti adottati in ordine alla violazione delle norme sulle posizioni dominanti, si applica a ciascun soggetto interessato una sanzione amministrativa pecuniaria non inferiore al 2 per cento e non superiore al 5 per cento del fatturato realizzato dallo stesso soggetto nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla

Deve in particolare essere salutata con favore l'assenza all'interno della nuova proposta di regolamento di talune soluzioni proposte nei lineamenti di provvedimento di cui alla delibera n. 668/10/CONS, con riferimento ai casi in cui il solo fine del sito sia la diffusione di contenuti illeciti sotto il profilo del rispetto del diritto d'autore, o i cui *server* siano localizzati al di fuori dei confini nazionali, consistenti nella predisposizione di una lista di siti illegali da mettere a disposizione degli *internet service provider* e nella possibilità dell'inibizione del nome del sito web, ovvero dell'indirizzo IP, analogamente a quanto già avviene per i casi di offerta, attraverso la rete telematica, di giochi, lotterie, scommesse o concorsi in assenza di autorizzazione. A tali rimedi, invero fortemente incisivi³³ e potenzialmente pregiudizievoli della libertà di espressione³⁴, si è dunque preferita la soluzione della rimozione selettiva del solo contenuto illecito la quale maggiormente si presta a conciliare le ragioni della creatività e della libertà di espressione e di opinione, da un lato, e la protezione del diritto d'autore, dall'altro.

Complessivamente appare corretta l'adozione da parte dell'Autorità di un procedimento sul modello del *notice and take down* introdotto negli Stati Uniti dal *Digital Millennium Copyright Act.*, il quale, ancorché non disciplinato dalla direttiva sul commercio elettronico è tuttavia dalla stessa espressamente incoraggiato. Come si legge infatti al considerando 40 della direttiva 2000/31/CE "La presente direttiva dovrebbe costituire la base adeguata per elaborare sistemi rapidi e affidabili idonei a rimuovere le informazioni illecite e disabilitare l'accesso alle medesime. Tali sistemi potrebbero essere concordati tra tutte le parti interessate e andrebbero incoraggiati dagli Stati membri.". A ciò si aggiunga che la stessa Commissione europea nella Prima relazione in merito all'applicazione della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, esprimeva proprio con riferimento alle procedure di *notice and take down* adottate da alcuni Stati membri un giudizio complessivamente positivo, nonostante alcuni problemi ancora aperti, non rilevando alcuna necessità di un'iniziativa legislativa al riguardo³⁵.

Complessivamente il procedimento di notifica e rimozione appare una soluzione efficiente, riuscendo, da un lato, a contemperare le esigenze dei titolari dei diritti d'autore e connessi con quelle degli *internet service provider* e, dall'altro, ad evitare un restringimento dei diritti fondamentali degli utenti, come avviene negli ordinamenti che prevedono la possibilità di vietare

notificazione della contestazione. Le sanzioni amministrative pecuniarie previste dal presente comma sono irrogate dall'Autorità.".

33 A PIRIZZOLI, *L'iniziativa dell'Agcom sul diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, cit., p. 6.

34 Come osserva attentamente O. POLLICINO, *Copyright versus freedom of speech nell'era digitale*, cit. p. 1952, "tale meccanismo avrebbe potuto essere dichiarato illegittimo, non solo alla luce dell'art. 21 Cost., ma anche in virtù dei parametri offerti dall'art. 10 della Cedu e dall'art. 11 della Carta di Nizza: e ciò non solo perché detta previsione difficilmente avrebbe superato il *less restrictive* alternative test alla base del principio di proporzionalità — cardine delle prassi giurisprudenziali delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo —, ma anche, soprattutto, e più semplicemente, poiché essa avrebbe comportato la violazione di un diritto ormai riconosciuto come fondamentale senza garantire un procedimento avanti ad un'autorità giurisdizionale, affidando, peraltro in via meramente eventuale (e cioè in ipotesi di inottemperanza del fornitore di media audiovisivi alla segnalazione evasa dal titolare del diritto), all'AGCOM il compito di assicurare il rispetto di alcune limitatissime garanzie procedurali".

35 Si veda inoltre la risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla posizione comune del Consiglio in vista dell'adozione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, ed in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno del 4.5.2000; GU C 41 del 7.2.2001, pag. 38.

l'accesso alla rete internet agli autori degli illeciti, in coerenza con il carattere fondamentale del diritto di accesso alla rete³⁶.

4. (Segue) Il procedimento dinanzi all'Autorità e il diritto dei soggetti lesi di adire l'autorità giudiziaria.

Un aspetto del procedimento che ha sollevato talune perplessità è quello concernente la natura del procedimento destinato a svolgersi dinanzi all'Autorità ed in particolare i rapporti tra detto procedimento la possibilità di adire l'autorità giudiziaria³⁷.

Segnatamente, tale aspetto della questione riguarda, in una prospettiva più generale, l'esercizio delle funzioni cd. paragiurisdizionali delle Autorità indipendenti, che, come noto, oltre alle tradizionali attività amministrative, nell'ambito della loro funzione di *regulation* possono altresì svolgere attività di tipo più latamente giustiziali³⁸. Ed invero, tale tipologia di funzioni non può affatto essere ascritta al *genus* della funzione giurisdizionale propriamente intesa, giusta la previsione di cui all'art. 102 della Costituzione, la quale pone un divieto assoluto di ulteriore articolazione³⁹. Non pare, dunque, che l'espletamento di un procedimento dinanzi alle Autorità

36 È il caso della legge francese Hadopi (*Haute Autorité pour la Diffusion des Ouvres et la Protection des Droits sur Internet*) adottata nel 2009 dall'Assemblea nazionale, il cui impianto sanzionatorio è stato dichiarato incostituzionale dal *Conseil Constitutionnel*. In particolare la legge Hadopi ha introdotto due tipologie di sanzioni: una, di tipo tradizionale, rappresentata dalla sospensione dell'accesso a internet per un periodo da tre mesi a un anno, e la seconda rappresentata dall'ingiunzione dell'adozione di misure preventive, come l'installazione di un programma di sicurezza dell'accesso. In particolare, il *Conseil constitutionnel* ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per violazione della libertà di comunicazione e di espressione e dei principi di separazione dei poteri e di legalità, nonché del diritto di difesa e della presunzione di innocenza, le disposizioni che nel perseguire la contraffazione a mezzo internet, a tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi, conferivano all'Autorità amministrativa indipendente la potestà di irrogare sanzioni amministrative, tra cui la sospensione dell'accesso ad internet sulla base di una presunzione di colpevolezza e della conseguente inversione dell'onere della prova dell'estraneità alla violazione. Per un commento sul modello francese di protezione del diritto d'autore e sulla pronuncia del *Conseil Constitutionnel* si vedano G. VOTANO, *Internet fra diritto d'autore e libertà di comunicazione: il modello francese*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2009, 533 ss.; O. POLLICINO, *Copyright versus freedom of speech nell'era digitale*, cit., 1949 ss..

37 Osserva al riguardo G. DE MINICO, *Diritto d'autore batte costituzione 2 a 0*, in www.costituzionalismo.it, 22 luglio 2012, p. 6 che l'Autorità avrebbe dovuto "costruire il procedimento dinanzi a sé, non come un rimedio alternativo al giudizio, ma al più come una fase preventiva e assolutamente non decisoria della futura lite, affidata alla solitaria competenza dei giudici".

38 È noto che la giurisprudenza amministrativa abbia negato a più riprese la configurabilità di una funzione "paragiurisdizionale". Secondo Cass. Civ., sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341 l'ordinamento non conosce un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione, alle quali la Costituzione riserva rispettivamente, per distinguerne e disciplinarne le attività, gli art. 111 e 97. Non vi è nel sistema costituzionale una figura di paragiurisdizionalità a se stante, distinta dalle due predette, ma piuttosto con l'uso di tale termine descrittivo si suole diffusamente indicare organi pubblici dotati di poteri la cui collocazione ha suscitato dubbi. In particolare, secondo la Cassazione "la diffusa tendenza alla introduzione nel procedimento amministrativo di momenti di partecipazione effettiva da parte degli interessati al suo esito che consentono alla PA di apprezzare tutti gli interessi in gioco, fa sì che l'uso di tali tecniche non significhi abbandono del procedimento in favore del processo. Ma piuttosto che l'obbligo di imparzialità, il quale richiede nella applicazione della legge la consapevolezza di tutte le posizioni tutelate, ancorché spettanti al soggetto sottoposto alla autoritarietà del provvedimento da emanare, viene realizzato anzitutto con l'articolazione del procedimento. In questo senso dire che la PA, ovvero una particolare P.A., è terza, vuol dire che essa ancorché provveda soddisfare l'interesse pubblico di cui è esponente, qualificando con gli effetti dell'atto amministrativo posizioni di parti anche contrapposte e da essa considerate in contraddittorio, fa uso del principio di imparzialità."

Come tuttavia è stato evidenziato "la natura paragiurisdizionale va riconosciuta, più che all'organo in quanto tale, ad alcune delle funzioni (non tutte) attribuite alle Autorità indipendenti, funzioni che ben potrebbero essere devolute, come dimostra un'indagine comparata dei sistemi di applicazione della normativa antitrust o della normativa sulla pubblicità ingannevole o sulla tutela della riservatezza, ad organi giurisdizionali in senso proprio" (M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 1, p. 59).

39 M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, vol. IV, Roma, 1997, p. 8.

indipendenti come soggetto terzo rispetto alle parti basti ad istituire un giudice speciale, implicando piuttosto il carattere di terzietà dell'Autorità amministrativa indipendente soltanto un particolare modo di atteggiarsi della funzione amministrativa, per soddisfare l'interesse pubblico di cui essa è esponente, attraverso la qualificazione con l'efficacia dell'atto amministrativo di posizioni di parti anche contrapposte e da essa considerate in contraddittorio.

È altresì indubbio peraltro che può essere considerato giudice quel soggetto pubblico che esercitando quel tipico procedimento che è il processo giudiziario dà luogo ad una decisione su diritti suscettibile di assurgere alla definitività del giudicato, al di fuori di qualunque altro controllo da parte di altro e diverso organo o potere dello Stato. A tale proposito deve dunque ritenersi che ove le Autorità indipendenti esercitino una funzione di tipo giustiziale in qualità di arbitro posto in una posizione neutrale e terzo rispetto alle parti, nel rispetto del contraddittorio tra esse, l'esercizio di detta funzione non potrà mai pregiudicare la possibilità di ricorrere all'autorità giudiziaria al fine di esercitare il fondamentale diritto di azione di cui all'art. 24 Cost., né quella di limitare la tutela giurisdizionale contro i provvedimenti emessi dalle Autorità in funzione paragiurisdizionale a particolari rimedi impugnatori⁴⁰. Ne consegue che l'esercizio di questo tipo di funzioni da parte delle Autorità potrà semmai costituire uno strumento utile al fine di prevenire il sorgere di controversie da risolversi dinanzi all'autorità giudiziaria, esercitando in tal modo un'importante funzione deflattiva del contenzioso.

Ciò premesso, deve allora concludersi che il procedimento disciplinato dallo schema di regolamento in materia di diritto d'autore si collochi nell'ambito dei procedimenti giustiziali delle Autorità indipendenti senza compressione del diritto dei soggetti lesi di adire l'autorità giudiziaria in ossequio al divieto di cui all'art. 102 Cost., analogamente alle controversie in tema di interconnessione e di accesso alle infrastrutture di telecomunicazioni attribuite alla competenza dell'AGCom⁴¹.

Che il procedimento destinato a svolgersi dinanzi all'Autorità rappresenti un rimedio di carattere meramente alternativo rispetto a quello giurisdizionale trova del resto espressa conferma nella lettera dello stesso schema di regolamento, dove si legge che, in caso di fallimento del procedimento dinanzi al fornitore di servizi, il soggetto segnalante di cui al comma 1 può trasmettere la richiesta all'Autorità che provvede secondo quanto previsto alla Sezione II del presente Capo, "impregiudicato il diritto di rivolgersi all'Autorità giudiziaria". Tale espressione garantisce il carattere non compromissorio del procedimento destinato a svolgersi dinanzi all'Autorità, assicurando il diritto della parte lesa di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti in ossequio al disposto di cui all'art. 24 Cost., lasciando così intendere il carattere non definitivo, e dunque insuscettibile di passare in giudicato, del provvedimento adottato dall'Autorità⁴².

Né, peraltro, sembra che la scelta operata dall'Autorità in merito ad uno specifico procedimento di tipo paragiurisdizionale sia del tutto lontana dalle indicazioni provenienti dal

40 *Ibidem*.

41 Art. 1, comma 6, lett. a) n. 9 della l. 31 luglio 1997, n. 249 e art. 18, d.P.R. 19 settembre 1997, n. 318 attuati con dall'Autorità con Del. 25 giugno 2008 n. 352/08/CONS, recante "Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettronica", il quale prevede all'art. 3 che "3. Il deferimento della soluzione della controversia all'Autorità non può essere promosso qualora per il medesimo oggetto e tra le stesse parti sia stata già adita l'Autorità giudiziaria. 4. Se una delle parti propone azione dinanzi all'Autorità giudiziaria, rimettendo ad essa, anche solo in parte, la cognizione della medesima controversia, la domanda di cui al comma 1 diviene improcedibile".

42 Osserva al riguardo G. DE MINICO, *Diritto d'autore batte costituzione 2 a 0*, cit., p. 6 che attraverso tale previsione l'Autorità ha riproposto il rapporto esistente tra il ricorso straordinario al Capo dello Stato e l'azione giudiziaria secondo la regola dell'alternatività dei due rimedi con preferenza per quello giudiziario, "benché le garanzie che presidiano il ricorso al Capo dello Stato incrementate dalla recente novella normativa non le ritroviamo nei simmetrici procedimenti dinanzi all'Autorità".

legislatore il quale agli artt. 14, 15 e 16 del d. lgs. n. 70 del 2003 riconosce che l'Autorità giudiziaria ovvero l'Autorità amministrativa avente funzioni di vigilanza possano esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 2, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse, autorizzando così l'idea di una propensione verso il previo espletamento di uno specifico procedimento dinanzi all'Autorità amministrativa teso all'accertamento del comportamento stigmatizzato dalla normativa primaria (segnatamente, attività di attività di *mere conduit*, di *caching* e *hosting* di contenuti digitali).

5. Alcune riflessioni conclusive.

In conclusione pare che la proposta di regolamento dell'AGCom rappresenti un'iniziativa pregevole, ancorché foriera di talune perplessità in merito alla titolarità dei poteri di regolamentazione in materia di diritto d'autore nonché in ordine alle modalità prescelte per rendere effettiva la protezione nella suddetta materia. Tali perplessità, della quali si è dato conto nelle suesposte considerazioni, rappresentano tuttavia uno spunto di riflessione di carattere più ampio in ordine alla posizione assunta dal legislatore nella individuazione delle competenze da attribuire a dette Autorità, spesso troppo indeterminatamente individuate.

Ciò che si vuol dire è dunque che la vicenda in esame riflette l'evidente contraddizione di fondo sottesa al modello amministrativo delle Autorità indipendenti, caratterizzate da una non semplice collocazione all'interno del sistema istituzionale, attesa l'assenza di previsioni all'interno della Carta costituzionale⁴³, pur essendo chiamate a regolare settori sensibili, quali per l'appunto quello delle comunicazioni. È evidente infatti che in mancanza di una chiara previsione costituzionale tesa a classificare dette Autorità definendo i limiti e i caratteri delle loro funzioni, un ruolo decisivo dovrebbe essere invero rivestito dalla legislatore ordinario, il quale nei settori in cui operano dette Autorità dovrebbe meglio definire i poteri di intervento delle stesse.

Nel caso di specie la normativa primaria ascrive di fatto assai genericamente un ruolo di vigilanza in capo all'AGCom in materia di diritto d'Autore, in particolare nelle previsioni di cui agli artt. 14, 15 e 16 del d.lgs. n. 70 del 2003, le quali, come si è testé rilevato, prevedono che l'autorità giudiziaria o quella amministrativa, avente funzioni di vigilanza, possa esigere, che il prestatore, nell'esercizio delle attività ivi tipizzate, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse. È dunque del tutto evidente che il legislatore pur riconoscendo un potere di vigilanza alle autorità amministrative (peraltro non meglio definita⁴⁴) abbia tuttavia ommesso non soltanto l'esplicito conferimento di poteri normativi a favore dell'Autorità, ma anche di indicare le dovute modalità attuative.

L'argomento in esame offre pertanto uno spunto di riflessione di carattere più ampio, da un lato, sull'eccessiva genericità delle disposizioni legislative indicanti gli obiettivi che le Autorità

43 Si ricorda a tal proposito le ordinanze della Corte costituzionale del 2 giugno 1995, n. 226, in *Giur. cost.*, 1995, 1658 e del 12 maggio 2000, n. 137, in *Giur. cost.*, 2000, 1321 nelle quali la Corte ha ritenuto che le Autorità indipendenti (rispettivamente confronti dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni), , prive di uno specifico rilievo costituzionale, quindi non idonee a fondare la competenza della medesima a dichiarare definitivamente la volontà di uno dei poteri dello Stato.

44 Occorre al riguardo rilevare che il Tribunale di Roma con ordinanza del 15 aprile 2010, in un *obiter dictum*, ha identificato, invece, l'Autorità competente in materia con il Ministero delle Comunicazioni. Tale deduzione appare, invero, non condivisibile alla luce del disposto di cui all'art. 182 *bis* legge 22 aprile 1941, n. 633, il quale attribuisce il potere di vigilanza al fine di prevenire ed accertare le violazioni della legge sul diritto d'autore all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE).

indipendenti sono chiamate a perseguire e, dall'altro, sulle conseguenti ricadute di tale genericità sull'esercizio delle funzioni di dette Autorità. Se è infatti vero che il principio di legalità indica non soltanto il fondamento ed il limite del potere regolamentare, ma anche un vincolo positivo per il legislatore "che non può giungere a comprimere del tutto il relativo potere regolamentare"⁴⁵, è altrettanto vero che tuttavia una troppo blanda indicazione delle competenze delle autorità di vigilanza, spesso, come nel caso di specie, meramente riproduttiva della fonte comunitaria⁴⁶, appare una soluzione suscettibile di sollevare ulteriori incertezze in ordine alla legittimità dell'esercizio delle funzioni di dette *Autorithies*, troppo spesso costrette, a causa della vaghezza del dato normativo, ad esercitare le proprie funzioni in presenza di un quadro normativo incerto. L'assenza ovvero una eccessiva genericità della disposizione normativa primaria finiscono, invero, per costituire una delega "in bianco"⁴⁷, atta a "svuotare" la funzione regolamentare della connotazione attuativa di norme sovraordinate fino a "conferirle un ruolo libero" e per ciò stesso tale da condurre ad apprezzamenti e valutazioni non in linea con principi a fondamento di materie coperte da riserva di legge, quali la libertà di informazione ovvero la segretezza della comunicazione intersoggettiva.

Se è dunque vero che "tantopiù il potere è attribuito in maniera generica, tanto maggiori sono le opzioni interpretative volte ad individuare campi di applicazione connessi e impliciti"⁴⁸, ne consegue che una disciplina di settore improntata a maggiore chiarezza e univocità potrebbe ridurre i rischi di interpretazioni controvertibili e che prestino il fianco a critica.

45 F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. Giur.*, vol. XXVI, Roma, 1995, p. 6, la quale rileva in particolare che "la discrezionalità del legislatore, nell'instaurare la fonte regolamentare, non è dunque illimitata, giacché la legge deve necessariamente rispettare principi e limiti posti, o comunque desumibili, dalla Costituzione. In tal senso, ad esempio, è possibile sostenere che il legislatore non possa «disciplinare» interamente lo specifico settore in oggetto, dovendo lasciare spazio alla fonte regolamentare, né possa arbitrariamente preferire determinati soggetti ad altri nell'attribuzione di potestà regolamentare".

46 Come ha messo in evidenza il rapporto del Centro NEXA *for Internet & Society* sullo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica di cui all'allegato A) alla delibera n. 398/11/CONS del 6 luglio 2011, reperibile sul sito <http://nexa.polito.it/consultazione-agcom-398-11>, il riferimento all'autorità amministrativa con poteri di vigilanza contenuto nella direttiva 2000/31/CE avrebbe dovuto essere sviluppato con norme di dettaglio in sede di recepimento, mentre il decreto legislativo n. 70 del 2003 attuativo della direttiva si limita a trascrivere la clausola di salvaguardia generale prevista nella direttiva.

47 Sugli ampi margini di discrezionalità lasciati dalla legge alle Autorità indipendenti v. P. CARETTI, *Introduzione*, in P. Caretti (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, 2003-2004, Torino, 2004, XV; M. CLARICH, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 11, p. 3860, il quale rileva come spesso "i poteri normativi attribuiti a talune autorità amministrative indipendenti (Consob, Banca d'Italia) non trovano a livello di fonte legislativa primaria parametri di riferimento sufficientemente determinati. Si pensi, per esempio, ai casi di attribuzione alla Banca d'Italia del potere « in bianco » di « emanare disposizioni volte ad assicurare sistemi di compensazione e di pagamento efficienti e affidabili » (art. 146, t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia), o all'Autorità per l'energia elettrica e il gas di individuare « modalità e condizioni delle importazioni nel caso che risultino insufficienti le capacità di trasporto disponibili » (art. 10 comma 2, d.lgs. 16 marzo 1999 n. 79)". La ragion d'essere di una siffatta delega risiederebbe, in particolare, nell'elevata complessità tecnica ed economica e nell'evoluzione caratterizzante i settori regolati dalle Autorità, nei quali il legislatore si troverebbe di fatto costretto, non essendo in grado di porre una disciplina completa e immune dal rischio di una rapida obsolescenza, a delegare l'esercizio del potere normativo con ampi margini di discrezionalità. Sul punto si veda M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Banca Impresa Società*, 2003, n. 1, 46 ss.;

48 G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., p. 719.