

Pieremilio Sammarco

**BREVI NOTE CRITICHE SUL
FONDAMENTO DEL POTERE
NORMATIVO DELL'AGCOM NEL
PROCEDIMENTO DI *NOTICE
AND TAKE DOWN***

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

TAR LAZIO**30 MARZO 2017****ESTENSORE:** BRANCATELLI**PRESIDENTE:** PERNA**PARTI:** ALTROCONSUMO,

ASSOPROVIDER E ALTRI

(avv.to Sarzana di
S. Ippolito)

AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE

COMUNICAZIONI

(avv. di Stato)

RAI - RADIOTELEVISIONE

ITALIANA S.P.A

(avv. Rotolo)

SOCIETÀ ITALIANA AUTORI

ED EDITORI SIAE

(avv. Astorri, Police,

Amendola, Luciani, Mandel)

• **Disciplina delle comunicazioni elettroniche** • **Attribuzione all'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni di funzioni di vigilanza e poteri finalizzati all'attuazione della direttiva 2000/31/CE** • **Prevenzione ed accertamento violazioni della legge sul diritto d'autore** • **Potestà regolamentare** • **Sussistenza**

Per fondare il potere regolamentare dell'AGCOM occorre muovere dalle disposizioni normative, quali l'art. 1 della legge 249/1997 che oltre ad attribuirle competenze regolamentari, affida all'Autorità stessa i compiti di vigi-

lanza attribuiti dall'art. 182-bis della legge 633/1941 per prevenire ed accertare le violazioni della legge sul diritto di autore e la circostanza che tali compiti si estendano anche al settore delle comunicazioni elettroniche si ricava da una lettura coordinata del citato art. 182-bis con le disposizioni normative del d. lgs. 70/2003, segnatamente gli artt. 14, 15, 16 e 17. Queste ultime disposizioni prevedono che il prestatore dei servizi sia tenuto a collaborare con l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzione di vigilanza nel caso in cui venga a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un destinatario dei suoi servizi.

FATTO — 1. Con il gravame in epigrafe, Altroconsumo e le altre Associazioni ricorrenti hanno impugnato la delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (in avanti, nche "l'Autorità" o "Agcom") n. 680/13/CONS del 12 dicembre 2013, pubblicata sul sito dell'Autorità in data 18 dicembre 2013, recante l'approvazione del « Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70 » (in poi, anche "il Regolamento"), nonché l'Allegato A alla medesima delibera, contenente il testo del regolamento approvato.

2. Il ricorso è affidato a numerosi motivi di impugnazione, di seguito rubricati:

1. Violazione del principio di legalità e di riserva di legge nell'approvazione della Delibera 680/2013;

2. Violazione e falsa applicazione del decreto legislativo 70/2003 in relazione alla legge 633/1941, come modificata dai decreti legislativi di recepimento delle direttive Ipred (d.lgs. 140/2006) e INFOSOC;

3. Inesistenza e/o nullità dell'atto per usurpazione del potere e/o incompetenza assoluta dell'Agcom per difetto di attribuzioni; Violazione dell'art 23 della Costituzione. Violazione degli artt. 2, 21, 41, della Costituzione.

4. Violazione del principio di specialità nella gerarchia delle fonti. Violazione di legge per contrarietà del regolamento Agcom con il D. lgs. 16 marzo 2006 n. 140, di attuazione della direttiva 2004/48/CE. Violazione delle norme comunitarie sub specie Direttiva Ipred e INFOSOC. Incompetenza assoluta.

5. Violazione e falsa applicazione dell'art 182 bis L.d.A. Falsa appli-

cazione dell'art. 1, comma 6, lett. b), punto 4 *bis*, Legge 31 luglio 1997, n. 249;

6. Violazione e falsa applicazione dell'art 32-*bis* D.lgs. 177/2005, in riferimento alle legge 633/1941 ed al Codice delle Comunicazioni elettroniche;

7. Eccesso di potere per totale difformità del provvedimento finale 680/2013 da quanto emerso in sede di indagine conoscitiva sul diritto d'autore dalla stessa Agcom. Perplessità, violazione del principio di ragionevolezza tecnica. Sotto altro profilo, eccesso di potere per contraddittorietà manifesta di quanto stabilito da Agcom con la delibera 398/2011;

8. Eccesso di potere per violazione del principio di imparzialità e di pubblicità dell'attività della pubblica amministrazione. Difetto di istruttoria. Violazione del principio di partecipazione procedimentale;

9. Carenza di motivazione e di istruttoria per assenza di analisi di impatto, violazione e/o falsa applicazione dell'art 13, commi 8 e 9, del Codice delle Comunicazioni Elettroniche;

10. Eccesso di potere dell'Agcom e difetto di proporzionalità: violazione del principio di imparzialità nel porre a carico solo degli operatori di comunicazione elettronica l'onere economico degli Ordini di Agcom. Mancata comparazione degli interessi coinvolti, sviamento. Ingiustizia manifesta;

11. Violazione di legge per contrarietà manifesta delle definizioni adottate da Agcom nel Regolamento con la legislazione primaria. Difetto di motivazione;

12. Violazione di legge per contrarietà del Regolamento rispetto alla legge 43/2005. Difetto di competenza relativa. Le competenze appartengono alla Presidenza del Consiglio dei Ministri;

13. Violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa e dei principi di effettività della tutela giurisdizionale e di certezza del diritto. Violazione dei principi di cui all'art 2 e 24, 2° comma, della Costituzione. Eccesso di potere per mancanza di idonei parametri di riferimento che consentano di assicurare ad ogni cittadino eguale trattamento;

14. Violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa e dei principi di effettività della tutela giurisdizionale e di certezza del diritto in relazione all'art. 7, comma 7. Illogicità della motivazione, eccesso di potere per mancanza di idonei parametri di riferimento che consentano di assicurare ad ogni cittadino eguale trattamento. Ingiustizia manifesta. Sviamento di potere;

15. Usurpazione da parte di Agcom dei poteri spettanti agli organi di polizia giudiziaria ed alla magistratura ordinaria. Incompetenza assoluta. Disposizioni *contra legem* degli artt. 5, 6 e 7 del regolamento per violazione degli artt. 182-*ter*, 331 c.p.p., 347 c.p.p. e 171, comma 1, lett. *a-bis*, L.d.A., 171-*ter*, comma 2, lettera *a bis*;

16. Violazione di legge per contrasto delle disposizioni regolamentari Agcom con le norme primarie. Applicazione di sanzioni amministrative inesistenti nel panorama del diritto d'autore;

17. Violazione dei principi Comunitari di adeguatezza e proporzionalità nell'irrogazione delle misure. Contrarietà degli ordini di rimozione selettiva e inibizione con la giurisprudenza comunitaria e con i principi stabiliti dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo nel caso *EDU Yldirim v. Turkey*;

18. Violazione dei principi di adeguatezza, di proporzionalità e ragionevolezza del regolamento sub specie art. 9 dell'allegato A. Illogicità e contraddittorietà, mancata comparazione degli interessi coinvolti, sviamento, violazione degli artt. 3, 4 e 27 Cost;

19. Contrarietà dell'art. 9 del Regolamento con l'art. 21 della Costituzione, violazione dell'art 24, 2° comma, della Costituzione: violazione del principio di legalità *sub specie*: determinatezza e tassatività dell'illecito amministrativo. Violazione dell'art. 1 legge 689/81 e art. 25, 2° comma Costituzione;

20. Eccesso di potere per carenza di motivazione in ordine al parziale recepimento delle censure mosse dalla UE allo schema di Regolamento. Difetto di motivazione. Contrarietà della Delibera finale ai principi contenuti nella Direttiva 98/34 della UE.

3. Si è costituita in giudizio Agcom, che con difese scritte ha in primo luogo eccepito la carenza di legittimazione passiva delle Associazioni ricorrenti e, nel merito, ha chiesto la reiezione del ricorso siccome infondato.

4. Si è altresì costituita in giudizio la Rai - Radiotelevisione Italiana Spa, senza formulare difese scritte.

5. Si sono, inoltre, costituiti in giudizio *ad opponendum*, per contestare la ammissibilità e fondatezza del ricorso, la Società Italiana Autori ed Editori ("Siae") e Confindustria Cultura Italia-Federazione Italiana dell'Industria Culturale.

6. Con l'ordinanza n. 10020 del 26 settembre 2014, questo Tribunale ha sollevato innanzi alla Corte Costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 21, 24, 25, primo comma, e 41 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale degli artt. 5, comma 1, 14, comma 3, 15, comma 2, e 16, comma 3, del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70 (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) e dell'art. 32-bis, comma 3, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177 (Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici).

7. Con la sentenza n. 247 del 3 dicembre 2015, la Corte ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate.

8. A seguito della riassunzione del giudizio ad opera delle ricorrenti, le parti hanno prodotto ulteriori memorie difensive; in particolare, la difesa erariale ha insistito nell'eccezione di difetto di legittimazione passiva delle

associazioni ricorrenti, producendo a tal fine il D.P.R. del 2 febbraio 2016, adottato a seguito di ricorso straordinario, con il quale è stato dichiarato inammissibile il ricorso presentato dalla società Sky Italia avverso il medesimo regolamento impugnato nel presente giudizio. Alla pubblica udienza dell'8 febbraio 2017, uditi per le parti i difensori presenti come da verbale, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO — 1. La presente controversia ha origine dall'intervento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni in materia di diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, con la finalità di offrire agli autori di opere digitali una protezione dalle violazioni dei loro diritti posti in essere su internet.

A tal fine, con deliberazione n. 452/13/CONS l'Autorità ha avviato una consultazione pubblica su uno "Schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70", cui hanno partecipato anche le Associazioni ricorrenti, inviando le proprie osservazioni.

All'esito di tale consultazione, l'Autorità ha adottato la deliberazione n. 680/13/CONS5 con il suo allegato A, recante il "Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70" (di seguito Regolamento).

2. Le principali previsioni del Regolamento possono essere così sintetizzate: il titolare di un diritto d'autore che ritenga che la propria opera digitale sia stata resa disponibile su una pagina internet in violazione della Legge sul diritto d'autore può presentare una istanza ad Agcom, chiedendone la rimozione (art.1, comma 1); avviato il procedimento istruttorio nei confronti dei prestatori di servizi e, ove rintracciabili, del soggetto che ha reso disponibile il contenuto sul web (cd. "uploader") e del gestore della pagina e del sito internet, questo si può concludere o con l'archiviazione oppure, se è ritenuta sussistente la violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi, sono adottati provvedimenti di ordine nei confronti dei prestatori di servizi, che possono consistere nella rimozione selettiva delle opere, ovvero nella disabilitazione dell'accesso alle suddette opere ovvero ancora alla disabilitazione dell'accesso al sito (cfr. art. 8).

3. In via preliminare e passando ad esaminare il gravame, il Collegio rileva la sussistenza della legittimazione e dell'interesse ad agire delle ricorrenti, per le ragioni già enunciate nell'ordinanza di rimessione alla Consulta n. 10020/2014.

E, invero, da un lato, le associazioni Altroconsumo e Movimento difesa per il cittadino sono statutariamente deputate ad agire a tutela della categoria dei consumatori; dall'altro, esse hanno un interesse attuale e concreto ad impugnare la delibera di approvazione di un regolamento che incide sull'accesso dei consumatori sul WEB a determinati prodotti e servizi.

4. Quanto alle Associazioni Assoprovider e ASSINTEL, rappresen-

tando *provider* e imprese di comunicazione elettronica, hanno un interesse immediato e diretto ad impugnare il Regolamento, che contiene prescrizioni suscettibili di pregiudicare i diritti di tutti gli associati.

Non è pertinente, in proposito, il precedente invocato dalla difesa erariale riguardante l'esito di un ricorso straordinario presentato da Sky Italia avverso il medesimo Regolamento, venendo nell'odierna controversia in rilievo il diverso interesse degli appartenenti alla categoria rappresentata dagli enti associativi, che può essere immediatamente leso dalle prescrizioni regolamentari impugnate.

5. Passando allo scrutinio del merito del ricorso, esso è infondato, alla stregua delle seguenti considerazioni.

6. Per ragioni di chiarezza espositiva, occorre in primo luogo soffermarsi su quei motivi (ed, esattamente, il primo, secondo, quinto, sesto, quindicesimo e sedicesimo motivo di ricorso) che sono correlati alla sottoposizione di questioni di legittimità alla Corte costituzionale, rispetto ai quali l'ordinanza di rimessione ha ravvisato profili di incompatibilità con le norme costituzionali ostativi al loro scrutinio nel merito.

Con il primo motivo, si contesta l'assenza di una norma attributiva in grado di conferire all'Agcom il potere di adottare il regolamento impugnato e la conseguente violazione del principio di legalità.

Con il secondo motivo, i ricorrenti deducono l'assenza di un potere regolamentare sul diritto d'autore *on line* in capo ad Agcom, poiché il presupposto base richiamato dall'Autorità (il decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, recante "Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno") non si riferisce al diritto d'autore e contiene solo previsioni "positive" sullo sviluppo del commercio attraverso internet, tra le quali il principio di irresponsabilità dei *provider* per gli illeciti commessi dagli utenti attraverso i loro servizi.

Il quarto, quinto e sesto motivo mirano a dimostrare che un simile potere non può essere ricavato dalle fonti normative esistenti, quali la legge n. 249/97 (n. 3 dell'art. 1, comma 6, lettera b), istitutiva di Agcom, l'art. 182-bis L. 633/1941 (cd. L. sul diritto d'autore), la legge n. 481/95 e l'art. 32-bis del d.lgs. n. 177/2005.

6.1 L'ordinanza di rimessione, dopo avere ricostruito il quadro giuridico di riferimento (cfr. il punto 13 dell'ordinanza) e avere desunto la sussistenza del potere di Agcom di adottare il regolamento impugnato, ha sollevato incidente di costituzionalità in relazione alla possibile illegittimità "*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 del 2005, come introdotto dall'art. 6 del decreto legislativo n. 44 del 2010, sulla cui base è stata adottata la impugnata "Delibera n. 680/13/CONS del 12 dicembre 2013" recante il "Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative" e l' "Allegato A" alla predetta Delibera, per la violazione dei principi di riserva di*

legge e di tutela giurisdizionale in relazione all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero e di iniziativa economica, sanciti dagli articoli 2, 21, I comma, 24 e 41 della Costituzione, nonché per la violazione dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità nell'esercizio della discrezionalità legislativa e per la violazione del principio del giudice naturale, in relazione alla mancata previsione di garanzie e di tutele giurisdizionali per l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero sulla rete almeno equivalenti a quelle sancite per la stampa, con la conseguente violazione degli articoli 21, commi 2 e seguenti, 24 e 25, comma 1, della Costituzione".

La Corte ha dichiarato l'inammissibilità delle questioni sottoposte, in quanto *"l'ordinanza nel suo insieme non chiarisce sufficientemente se intende ottenere una pronuncia ablativa o una pronuncia additivo-manipolativa"*.

La pronuncia, inoltre, al punto 4.2. afferma che *"è evidente che nessuna delle disposizioni impugnate, in sé considerata, dispone specificamente l'attribuzione all'autorità di vigilanza di un potere regolamentare qual è quello esercitato con l'approvazione del regolamento impugnato nei due giudizi davanti al TAR. Esso è desunto dal giudice a quo, in forza di una lettura congiunta delle previsioni sopra esaminate, che non risulta coerentemente o comunque adeguatamente argomentata"*.

6.2 Sulla base di tale argomentazione, i ricorrenti insistono che le censure sopra dedotte circa la carenza di potere dell'Autorità nell'adozione del regolamento impugnato siano fondate e siano state confermate dalla stessa Consulta.

La deduzione non può essere accolta.

In primo luogo, l'affermazione della Corte deve essere contestualizzata alla luce della ricostruzione normativa riportata nell'ordinanza di rimessione, che secondo il Giudice delle leggi non consente di ricavare con sufficiente chiarezza il fondamento di siffatto potere.

La Corte, quindi, lungi dall'affermare l'insussistenza del potere regolamentare di Agcom, ha riscontrato, *incidenter tantum*, una non sufficiente argomentazione nell'ordinanza *de quo* in ordine alla individuazione del fondamento normativo del potere di Agcom.

Ciò, tuttavia, non equivale a un sostanziale avallo da parte della Corte alle tesi di parte ricorrente, che sono anzi smentite dalla lettura sistematica delle norme in esame.

Occorre muovere dall'art. 1 della Legge 21 luglio 1997, n. 249 che, nell'istituire l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, le attribuisce competenze regolamentari *"nel rispetto delle norme dell'Unione europea, per la disciplina delle relazioni tra gestori di reti fisse e mobili e operatori che svolgono attività di rivendita di servizi di telecomunicazioni"* (comma 6, lett. b, n. 3) ovvero per garantire *"l'applicazione delle norme legislative sull'accesso ai mezzi e alle infrastrutture di comunicazione"* (comma 6, lett. c, n. 2).

In tale ambito, di particolare rilevanza è l'art. 1, comma 6, lett. b), n. 4-bis della Legge n. 249 del 1997, che affida all'Autorità *"i compiti attribuiti dall'articolo 182-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni"*, sul diritto di autore.

La suddetta previsione normativa della legge sul diritto d'autore riveste un'importanza centrale al fine dell'individuazione della fonte attributiva del potere regolamentare e di vigilanza dell'Autorità.

La norma attribuisce ad Agcom e Siae “nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge”, e al fine di prevenire ed accertare le violazioni della legge sul diritto di autore, precipui compiti di vigilanza.

La circostanza che tali compiti si estendano anche al settore delle comunicazioni via internet si ricava da una lettura coordinata del citato art. 182-bis con le disposizioni normative del d.lgs. n. 70/2003.

In particolare, gli articoli 14, 15, 16 e 17 del citato decreto, nel disciplinare contenuti e limiti della responsabilità del prestatore di servizi nell'esercizio delle attività di semplice trasporto delle informazioni (“*mere conduit*”), di memorizzazione temporanea (“*caching*”) e di memorizzazione duratura di informazioni (“*hosting*”), attribuiscono anche i poteri ordinatori spettanti al riguardo alle competenti Autorità (giudiziaria e amministrativa).

Da un lato, il prestatore di servizi non è soggetto a un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite (cfr. art. 17, comma 1); inoltre non è responsabile delle informazioni memorizzate e/o trasmesse (cfr. artt. 14, 15 e 16).

Tuttavia, al fine di garantire tutela efficace del diritto d'autore, il prestatore è tenuto a collaborare con l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza nel caso in cui venga a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un destinatario dei suoi servizi. In particolare, il predetto soggetto “è comunque tenuto a informarne immediatamente l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza”, rispondendo del fatto che, ove richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non abbia agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto” (cfr. art. 17); in questo ambito, gli può anche venire richiesto di intervenire per rimuovere dal sito le informazioni illecite o disabilitarne l'accesso (artt. 14, 15 e 16, ult. co.).

Dunque, una visione sistematica delle norme richiamate fa emergere la sussistenza in capo ad Agcom di compiti di regolamentazione e di vigilanza nel settore del diritto d'autore che possono anche consentirle di impedire l'accesso a determinati contenuti resi disponibili sulla rete internet per il tramite di un prestatore di servizi.

6.3 Né la ricostruzione sopra individuata è messa in discussione dalla previgente esistenza, nel sistema di tutele approntato dalla legge, di un meccanismo di cd. *private enforcement*, disciplinato all'art. 156 della legge sul diritto di autore, che prevede una azione inibitoria esperibile innanzi al giudice ordinario dal titolare del diritto leso che intenda impedire la commissione o la reiterazione della violazione compiuta su materiale coperto dal diritto d'autore.

Infatti, è lo stesso art. 156 che al secondo comma fa espressamente salve le disposizioni di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, così introducendo un meccanismo di tutela a “doppio binario”, che si affianca

al tradizionale rimedio inibitorio, quello di *public enforcement* e attraverso il quale l'Autorità amministrativa è autorizzata ad adottare provvedimenti recanti l'ordine di rimozione dei contenuti del web o di oscuramento dei siti, immediatamente precettivi nei confronti degli operatori della rete.

6.4 Dunque, una lettura sistematica delle disposizioni normative sin qui richiamate conferma la sussistenza dei poteri regolamentari esercitati da Agcom nonché di quello di vigilanza, nei confronti dei prestatori di servizi, da esercitarsi anche con l'imposizione di misure volte a porre termine alle violazioni della disciplina sul diritto d'autore, attraverso rimedi che si pongono in concorrenza, e non in sostituzione, di quelli già attribuiti all'Autorità giudiziaria.

7. Neppure può essere accolta la richiesta dei ricorrenti di sottoporre nuovamente alla Corte la medesima questione di legittimità costituzionale già sollevata, in quanto non esiste la concreta possibilità di superare il profilo di inammissibilità rilevato dalla Corte.

La sentenza n. 247/2015 ha infatti chiarito che, da un lato, una mera declaratoria di incostituzionalità a seguito di una pronuncia di tipo ablatorio non è consentita, in quanto finirebbe per espungere dall'ordinamento disposizioni che riguardano, o aspetti sostanziali della disciplina delle comunicazioni elettroniche, o l'attribuzione ad Agcom di funzioni e poteri che devono esserle necessariamente conferiti.

D'altro canto, neppure poteva essere chiesta alla Corte una pronuncia esclusivamente di tipo additivo.

Giova sul punto rammentare che l'ordinanza di rimessione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale *“per la violazione dei principi di riserva di legge e di tutela giurisdizionale in relazione all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero e di iniziativa economica, sanciti dagli articoli 2, 21, I comma, 24 e 41 della Costituzione, nonché per la violazione dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità nell'esercizio della discrezionalità legislativa e per la violazione del principio del giudice naturale, in relazione alla mancata previsione di garanzie e di tutele giurisdizionali per l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero sulla rete almeno equivalenti a quelle sancite per la stampa, con la conseguente violazione degli articoli 21, commi 2 e seguenti, 24 e 25, comma 1, della Costituzione”*.

Le pronunce additive, come noto, presuppongono una inerzia del legislatore a cui la Corte pone rimedio, aggiungendo alle norme sottoposte al suo sindacato una soluzione adeguatrice che consegue necessariamente al giudizio di legittimità. La Corte, quindi, rimedia ad una lacuna normativa integrando la norma sottoposta al suo controllo attraverso l'utilizzo di principi già presenti nell'ordinamento e dei quali il legislatore avrebbe dovuto tenere conto.

Una simile pronuncia non può, tuttavia, essere richiesta in relazione alle norme sopra indicate, non essendo ricavabile nell'ordinamento l'esistenza di un principio giuridico che obblighi il legislatore ad equiparare il regime del trattamento delle comunicazioni elettroniche con quello previsto dalla stampa.

Deve, inoltre, rammentarsi come le norme in questione rispondano ad esigenze di tutela del diritto d'autore e, quindi, rappresentino un presidio posto a tutela di plurimi valori costituzionali. Tra questi, sono annoverati gli stessi articoli 21 e 41 della Costituzione, in quanto la protezione dell'opera dell'ingegno è posta a presidio dell'esercizio della libertà di espressione dell'individuo e del diritto di sfruttare economicamente il frutto della propria creatività.

8. Conclusivamente, il potere regolamentare di Agcom è stato, nella specie, validamente esercitato e la disciplina delle modalità di esercizio delle funzioni di vigilanza dell'Autorità nel settore delle comunicazioni elettroniche, descritta nel regolamento impugnato, non presenta potenziali profili di incostituzionalità che debbano essere sottoposti al Giudice delle leggi.

9. Quanto agli altri motivi di ricorso, essi sono infondati alla stregua delle considerazioni già svolte nell'ordinanza n. 10020/2014, che di seguito si riepilogano.

10. Con il terzo motivo di gravame le ricorrenti contestano la legittimità dei provvedimenti dell'Autorità che impongono obblighi di *facere* in capo agli operatori di comunicazione elettronica, lamentando la violazione dell'articolo 23 della Costituzione.

Trattasi di censura priva di consistenza, in quanto è proprio la legge, come sopra indicato (decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70), che sottopone i soggetti destinatari del regolamento ad una particolare disciplina, sottoposta alla vigilanza dell'Agcom.

11. Con il quarto motivo di ricorso le ricorrenti denunciano l'illegittimità del provvedimento impugnato in quanto emanato in violazione della direttiva 2004/48/CE, attuata con decreto legislativo n. 140/2006, che conferirebbe il potere di emanare provvedimenti inibitori alla sola autorità giudiziaria, nonché della direttiva 2001/29/CE, attuata con decreto legislativo n. 68/2003, che non stabilisce regole per gli intermediari.

Le censure sono infondate, in quanto le richiamate direttive non riguardano la disciplina giuridica del commercio elettronico (direttiva 2000/31/CE), che radica la vigilanza dell'Agcom sugli intermediari (anche) a tutela del diritto d'autore online.

12. Venendo invece alle doglianze di ordine procedurale, con il settimo motivo di ricorso le ricorrenti lamentano la "totale difformità" del provvedimento impugnato dalle risultanze dell'indagine conoscitiva condotta a partire dal 2010 e dallo Schema di Regolamento di cui alla delibera n. 398/11/CONS.

La censura è infondata, in quanto la lunga ed articolata consultazione avviata dall'Agcom resta un'attività di sostegno, ausiliaria rispetto alla competenza amministrativa svolta, diretta ad analizzare un dato settore al fine di individuarne le criticità ed i possibili strumenti di intervento, e non può né confermare né negare le competenze di legge (e le responsabilità)

dell'amministrazione. A propria volta, lo schema di delibera elaborato in tale ambito non può essere considerato una sorta di provvedimento anticipato sul quale gli operatori possano maturare un legittimo affidamento e sufficiente a generare di per sé l'illegittimità delle eventuali difformità del provvedimento finale.

13. Con l'ottavo motivo di ricorso le ricorrenti lamentano un "irrimediabile vizio procedimentale" per non aver l'Agcom inserito i pareri dei giuristi nel Fascicolo della Consultazione pubblica. Trattasi di doglianze, ancorché solo formali, prive di fondamento, non essendovi un obbligo di acquisizione al procedimento delle riflessioni di carattere scientifico rilasciate a titolo personale, che al contrario ben possono essere valutate dall'interprete della legge, al pari di ogni altra circostanza, al fine di valutare l'opportunità e la stessa legittimità del procedimento impugnato.

14. Con il nono motivo di ricorso i ricorrenti lamentano la presunta assenza di analisi di impatto della regolamentazione (AIR) rispetto all'adozione del regolamento, ma nel vigente ordinamento, osserva il Collegio, l'AIR non è soggetta a formule sacramentali la cui violazione possa incidere sulla legittimità della decisione finale.

15. Con il decimo motivo di ricorso le Ricorrenti lamentano che i costi delle rimozioni sono integralmente a carico degli *internet service provider*, mentre i titolari del diritto d'autore, che non incontrano limiti nel numero di segnalazioni che possono avanzare, non contribuiscono in alcun modo al bilancio dell'Autorità. Anche la doglianza in esame, come evidenziato dalle resistenti, non appare peraltro decisiva, in quanto nell'esercizio dei poteri di vigilanza e di tutela dell'amministrazione non può farsi discendere dall'assenza del contributo un diniego di tutela, non trattandosi di prestazioni corrispettive, mentre secondo la vigente normativa comunitaria e nazionale gli ISP possono ben essere destinatari di provvedimenti dell'Autorità di vigilanza diretti a limitare le "esternalità negative" della loro attività economica, come già accade, ad esempio, in relazione ai giochi illegali online.

16. Con l'undicesimo motivo di ricorso le ricorrenti lamentano anche la difformità tra le definizioni contenute nella legge sul diritto d'autore e quelle di cui al Regolamento impugnato, con particolare riguardo alla definizione di « opera digitale ».

La censura non risulta, peraltro, particolarmente pregnante, in quanto il principale disallineamento, ovvero la limitazione all'opera "diffusa su reti di comunicazione elettronica", è semplicemente dovuta all'esigenza di delimitare i confini dell'ambito d'intervento dell'Autorità, allineandoli al suo ambito di vigilanza.

17. Con il dodicesimo motivo di ricorso le ricorrenti contestano la sussistenza di un fondamento al potere dell'Autorità in tema di promozione di codici di condotta e di promozione del mercato legale; potere che spetterebbe, per legge, alla Presidenza del Consiglio dei Ministri. Peraltro

la questione, osserva il Collegio, non appare utile ai fini della decisione del ricorso, che concerne invece l'adozione di provvedimenti coercitivi ed interdittivi, rispetto ai quali resta estranea ogni pretesa finalità pedagogica o promozionale.

18. Con il tredicesimo e quattordicesimo motivo di ricorso le ricorrenti lamentano la violazione del principio nazionale e comunitario del “contraddittorio”, sotto il duplice profilo del “salto” dei soggetti (*uploader* o gestore della pagina web) “irrintracciabili” e della eccessiva brevità dei termini concessi ai soggetti “rintracciati” e chiamati a partecipare al procedimento. Sollevano pertanto anche una questione pregiudiziale comunitaria.

Anche le censure e la richiesta in esame vanno peraltro rigettate, essendo quanto meno improprio lamentare la violazione del principio del contraddittorio, che contraddistingue il processo o al più un procedimento amministrativo di natura contenziosa, mentre qui opera un procedimento di natura meramente amministrativa, caratterizzato dal meno pregnante principio della partecipazione procedimentale, che va ponderata con le eventuali ragioni d'urgenza. A tale riguardo, precisano le resistenti che la previsione di termini brevi risponde all'esigenza di assicurare efficacia e certezza alle situazioni giuridiche tutelate, in un contesto digitale che impone la necessaria tempestività degli interventi amministrativi a tutela del diritto d'autore per garantirne l'efficacia.

19. Con il diciassettesimo e diciottesimo motivo le ricorrenti censurano la pretesa ampiezza ed eccessiva genericità dei poteri attribuiti dal regolamento all'Agcom, in violazione di canoni di adeguatezza, di specificità e proporzionalità delle misure.

Anche la censura in esame è però infondata, in quanto l'Agcom nell'applicazione del regolamento sarà comunque tenuta al rispetto dei criteri di gradualità, di proporzionalità e di adeguatezza, peraltro nell'esercizio delle competenze e dei poteri ad essa attribuiti dal quadro normativo delineato dagli articoli 14, comma 3, e 16, comma 3, del decreto legislativo 9 aprile 2003 n. 70.

20. Con il diciannovesimo motivo di ricorso le ricorrenti contestano la legittimità della procedura abbreviata così come declinata all'art. 9 del Regolamento impugnato. E ciò sia in virtù della rilevata difformità dei presupposti legittimanti il ricorso a detta procedura rispetto ai requisiti richiesti in sede civile e penale per la concessione di un'inibitoria; sia in ragione di una presunta disparità di trattamento tra categorie di soggetti, potendo chiedere la procedura abbreviata solo i titolari dei diritti che si assumo violati.

Nemmeno tale censura può trovare accoglimento, in quanto il procedimento abbreviato previsto dall'articolo 9 del Regolamento risponde all'esigenza di rapidità dell'azione a tutela del diritto d'autore *online*, considerato anche che, in accoglimento delle osservazioni della Commissione europea, oltre che sulla spinta delle istanze presentate nel corso della consultazione pubblica, tutti i termini previsti nell'iniziale schema di

regolamento approvato il 25 luglio 2013 sono stati estesi nella versione finale.

21. Con il ventesimo e ultimo motivo di ricorso le ricorrenti affermano che le osservazioni della Commissione europea sono state completamente disattese dall'Autorità nella redazione del Regolamento impugnato. Anche tale ultima censura è peraltro destituita di fondamento, in quanto con la delibera n. 452/13/CONS del 25 luglio 2013 l'Autorità ha dato avvio alla Consultazione pubblica sullo schema di regolamento ed ha comunicato quel testo alla Commissione europea il 2 settembre 2013, conformemente a quanto previsto dalla direttiva 98/34/CE (cd. direttiva trasparenza), astenendosi dall'adottare il regolamento in modo definitivo per il periodo previsto (cd. periodo di *stand still*); ma, fermo restando il rispetto degli eventuali atti della Commissione, ciò non determina un obbligo giuridico di pedissequo adeguamento o di motivazione aggravata rispetto ai singoli punti delle osservazioni eventualmente rese dalla stessa Commissione. In particolare, la Commissione europea il 3 dicembre ha comunicato le proprie osservazioni sullo Schema di regolamento ai sensi dell'articolo 8, comma 2, della direttiva n. 98/34/CE, ed a seguito dell'invio del testo finale riformulato con nota del 28 gennaio ha informato l'Agcom di non avere ulteriori commenti o osservazioni.

22. Conclusivamente, alla luce di quanto complessivamente suesposto, il ricorso non merita accoglimento.

23. Le spese di lite, attesa la complessità e novità delle questioni affrontate, possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M. — Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge. Compensa le spese.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2017.

**BREVI NOTE CRITICHE SUL
FONDAMENTO DEL POTERE
NORMATIVO
DELL'AGCOM NEL
PROCEDIMENTO DI NOTICE
AND TAKE DOWN**

1. I TERMINI DELLA QUESTIONE.

La decisione del TAR Lazio in esame rappresenta un'ulteriore tappa del percorso in ordine all'accertamento, da parte dell'autorità giudiziaria, della legittimità della delibera AGCOM n. 680/13/CONS del 12 dicembre 2013, recante il Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure

attuative ai sensi del d. lgs. 70/2003 ed il suo relativo Allegato A contenente il testo del richiamato Regolamento. Come si ricorderà, l'odierna pronuncia del TAR Lazio interviene dopo la dichiarazione di inammissibilità da parte della Corte Costituzionale con la sentenza del 3 dicembre 2015 n. 247¹ delle questioni di legittimità costituzionale degli artt. 5, comma 1, 14, comma 3, 15, comma 2, e 16, comma 3 del d. lgs. 70/2003 sollevate dal TAR Lazio con l'ordinanza del 26 settembre 2014 (nn. 10016 e 10020/2014).

Il nucleo centrale della questione concerne sostanzialmente la contestazione azionata dai ricorrenti circa la pretesa assenza di una norma di rango primario in grado di attribuire all'AGCOM il potere di emanare il Regolamento citato che le ha attribuito poteri inibitori e sanzionatori e la conseguente asserita violazione del principio di legalità.

La decisione in commento, come anticipato, segue la declaratoria di inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale da parte della Corte Costituzionale la quale, proprio sul tema principale dell'esposta vicenda, con parole nette, al punto 4.1, ha affermato che *“le disposizioni censurate non attribuiscono espressamente ad AGCOM un potere regolamentare in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica”*, ma questo potere viene desunto *“implicitamente e in via interpretativa”* dal TAR che ha rimesso la questione alla Corte; nella stessa decisione, si legge inoltre al punto 4.2 che *“nessuna delle disposizioni impugnate, in sé considerata, dispone specificamente l'attribuzione all'autorità di vigilanza di un potere regolamentare qual è quello esercitato con l'approvazione del regolamento impugnato dinanzi al TAR. Esso è desunto dal giudice a quo, in forza di una lettura congiunta delle previsioni sopra esaminate, che non risulta coerentemente o comunque adeguatamente argomentata”*².

Dunque, la Corte Costituzionale, nel dichiarare l'inammissibilità delle questioni sottoposte al suo vaglio, ha affermato che sembra non sussistere una solida base giuridica per l'esercizio del potere regolamentare da parte dell'AGCOM e ha ritenuto che quella ravvisata dal TAR con le due ordinanze di remissione sia carente.

Proprio per queste ragioni, sulla scorta della implicita sollecitazione della Corte Costituzionale, ci si sarebbe aspettati dalla sentenza in commento una più compiuta ricostruzione ed argomentazioni più solide nel giustificare il potere regolamentare dell'AGCOM; al punto 6.2 della sentenza, invero, il giudice amministrativo sembra offrire una mera elencazione di norme di diritto positivo che, dalla sua prospettiva, dovrebbero fondare il siffatto potere normativo. Si parte dall'art. 1 della legge 249/1997 istitutiva dell'AGCOM che attribuisce competenze regolamentari nel rispetto delle norme dell'Unione europea per garantire l'applicazione delle norme legislative sull'accesso ai mezzi ed alle infrastrutture di comunicazione (comma 6, lett. c, n. 2) che si pone in relazione con l'art. 1, comma 6, lett. b), n. 4-bis della stessa legge 249/1997, che affida all'AGCOM i compiti attribuiti dall'art. 182-bis della legge 633/1941, che a sua volta va a coordinarsi con le norme di cui al d. lgs. 70/2003.

¹ In questa *Rivista*, 2015, 1015.

tutela del diritto d'autore on-line, in *AIDA*,

² Sul punto, M. RENNA, *Le questioni di legittimità del regolamento dell'Agcom sulla*

2014, 111.

Proprio questa ultima disposizione (art. 182-*bis*), secondo il TAR avrebbe “un’importanza centrale ai fini dell’individuazione della fonte attributiva del potere regolamentare e di vigilanza dell’Autorità” e da questa spiegazione, ne discenderebbe “attraverso una lettura sistematica” la sussistenza del potere regolamentare.

Ebbene, non sembra che il giudice amministrativo abbia colto l’invito rivoltagli (implicitamente) dalla Corte Costituzionale di delineare con maggiore accuratezza e precisione il fondamento della potestà regolatoria in capo all’AGCOM; ma si produce questo inevitabile risultato perché, a parere di chi scrive, non vi è nella descrizione o enunciazione del quadro normativo di riferimento alcun esplicito, preciso ed inequivocabile dato normativo che conduce l’interprete ad affermare con sicurezza l’esistenza del preteso potere normativo attribuito all’Autorità. E, l’affermazione secondo cui tale fonte si ricaverebbe attraverso una interpretazione sistematica delle norme richiamate sembra più una formula linguistica vuota, non accompagnata da un adeguato contenuto ³.

2. NON AI SENSI DELLA LEGGE SUL DIRITTO D’AUTORE.

Invero, il riferimento a tale potere non è rinvenibile nella disciplina che tutela il diritto d’autore: come è noto, invero, l’art. 182-*bis* della legge sul diritto d’autore attribuisce all’Autorità ed alla SIAE, nell’ambito delle rispettive competenze previste dalla legge, al fine di prevenire ed accertare le violazioni della legge sul diritto d’autore, la 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 (lett. a).

L’art. 182-*bis* della l.d.a. attribuisce all’AGCOM il potere di vigilare *al fine di prevenire ed accertare le violazioni* della legge sul diritto d’autore. Secondo un’interpretazione sistematica, il potere dell’AGCOM e della SIAE si concretizzerebbe essenzialmente in un potere ispettivo; ciò si desume principalmente dagli artt. 182-*bis*, comma 3 (“*per lo svolgimento dei compiti indicati nel comma 1, l’Autorità può conferire funzioni ispettive a propri funzionari ed agire in coordinamento con gli ispettori della SIAE*”) e 183 *ter* l.d.a. (“*gli ispettori, in caso di accertamento di violazione delle norme di legge, compilano processo verbale, da trasmet-*

³ Sembra che il ricorso al metodo ermeneutico e la selezione della tecnica dell’interpretazione sistematica sia stata adottata per sopperire ad una obiettiva mancanza del dato normativo nell’ambito del diritto positivo; ora per ragioni di brevità, senza che in questa sede si possano affrontare temi che attengono alla dogmatica, valgono le seguenti (acute) osservazioni di E. PARESCÉ, *Interpretazione (filosofia)*, voce, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 227: “la nozione di sistema, che ne costituisce il supporto, è indubbiamente una nozione che lascia non poche perplessità specie se collegata a quella di diritto inteso come insieme

della legislazione positiva. Si è distinto e si distingue tra sistema estrinseco e sistema intrinseco, ma il problema ne include preliminarmente un altro di natura filosofica se non addirittura metafisica. Ci si potrebbe, infatti, domandare se la nozione di sistema non sia un’idea metafisica nascente dal presupposto dell’esistenza di un diritto che, proveniente dall’iperuranio, ci viene rivelato e che, per questa sua persistente ‘totalità’ presenta quel carattere di coerenza interiore finalistica e di concatenazione logica tale da permettere la deduzione delle norme meno generali da quelle più generali”.

tere immediatamente agli organi di polizia giudiziaria per il compimento degli atti” i quali, ricevuta la *notitia criminis* riferiscono al pubblico ministero).

Pertanto, ai sensi dell'art. 182-*bis*, mentre il conferimento del potere ispettivo all'Autorità si riconduce alla sua natura di autorità amministrativa indipendente con funzioni di sorveglianza nel settore delle comunicazioni, per la SIAE non è facile ravvisare la fonte del potere attribuitole, dal momento che in base alla legge sul diritto d'autore o altre normative di rango primario, non ha poteri generali di controllo o vigilanza (salvo la verifica dell'apposizione del contrassegno su alcuni specifici supporti per il controllo contro la duplicazione e la distribuzione abusive).

Dunque, l'art. 182-*bis*, mentre è chiaro nell'attribuire all'Autorità funzioni e poteri di vigilanza, nulla dispone in merito a quelli inibitori / sanzionatori. In sostanza, ci si chiede se il legislatore, nel riconoscere all'AGCOM un ampio potere di vigilanza al fine di prevenire e accertare le infrazioni, abbia previsto anche il momento successivo e finale, quello cioè della sanzione o repressione.

Per rispondere a questo rilevante quesito, si richiamano le parole della stessa Autorità, che nel proprio documento denominato *Indagine Conoscitiva sul diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica* (pagg. 13 e 14), esclude un potere in capo all'Autorità di tipo sanzionatorio repressivo esercitabile a seguito delle violazioni accertate. Si legge testualmente: “L'Autorità appare senz'altro legittimata a porre in essere azioni finalizzate ad evitare, in via preventiva, la concreta realizzazione di violazioni del diritto d'autore, ad organizzare ispezioni intese ad accertare violazioni eventualmente realizzate sfuggite all'azione preventiva, ma non anche a sanzionare gli autori di violazioni”. Ciò in quanto nel nostro ordinamento, in assenza di una norma specifica in tal senso, non vi è spazio per interpretazioni estensive o analogiche, dal momento che esse violerebbero il principio di legalità. Né sarebbe possibile — e lo dice la stessa Autorità — colmare tale vuoto normativo attraverso una normazione di tipo secondario.

In aggiunta, la fattispecie illecita relativa alla immissione di opere protette all'interno di reti telematiche è stata espressamente tipizzata dal legislatore con una norma di rango primario, attraverso l'introduzione del punto a) *bis* dell'art. 171 della legge 633/1941 che la prevede come reato, dunque assoggettato alla giurisdizione esclusiva del giudice. Pertanto, sia l'accertamento che la fase sanzionatoria sono demandati alla giurisdizione ordinaria e non a quella AGCOM. Questo assunto sembra confermato anche dalla lettura dell'art. 1 della legge 128/2004 (di recepimento del “decreto Urbani”) che stabilisce che i prestatori di servizi della società dell'informazione comunicano alle autorità di polizia le informazioni in proprio possesso utili all'individuazione dei gestori dei siti e degli autori delle condotte segnalate solo a seguito di provvedimento dell'autorità giudiziaria.

Dunque, sulla scorta di tali rilievi, la fonte del potere inibitorio / sanzionatorio in capo all'Autorità non sembra ricavabile dalla normativa sul diritto d'autore ⁴.

⁴ Di opinione conforme, F. PIZZETTI, *Il caso del diritto d'autore*, Milano, 2013, 128, secondo cui “la legge dopo aver attribuito all'AGCOM e alla SIAE una generale fun-

Da ultimo, fermo restando quanto sin qui rilevato, sia consentito esprimere un'ulteriore osservazione: come detto, l'art. 182-*bis* della l.d.a. attribuisce all'AGCOM il potere di vigilare al fine di prevenire ed accertare le violazioni della legge sul diritto d'autore, che, come è noto, può avvenire attraverso svariate modalità e nei confronti di diverse opere protette. Ora, abbinando il precetto normativo con le linee procedurali ed interpretative tracciate nella delibera 668/10, il potere inibitorio dell'Autorità potrebbe ben esercitarsi anche nelle seguenti ipotesi:

a) chiusura di sale cinematografiche che proiettano opere audiovisive su cui vertono contestazioni sulla titolarità del diritto, di autore, di comunicazione al pubblico o di distribuzione;

b) chiusura di esercizi commerciali che offrono al pubblico il servizio di noleggio film nel caso di noleggio di audiovisivi non consentito;

c) chiusura dei locali da ballo in cui vengono eseguite opere musicali prive di licenza o riprodotte abusivamente;

d) chiusura di negozi di fotocopie nel caso di riproduzione non autorizzata di libri, o di altre opere protette.

Va da sé che, questa rappresentazione, che pure non si discosta dai principi espressi dall'Autorità con la sua delibera, appare quantomai singolare e mostra, in un terreno diverso, cioè quello non telematico, quanto questo percorso conduca verso un'immagine dell'Autorità che somma a sé le funzioni ispettive e giudiziarie in un contesto quanto mai ampio; tuttavia, l'AGCOM, con una insolita quanto discrezionale decisione interpretativa, sceglie di esercitare le proprie funzioni e di intervenire unicamente nell'ambito della specifica area dominata dalla comunicazione elettronica, con una deliberata esclusione di tutte le altre e ciò senza una convincente giustificazione; e qualora si volessero fondare questi poteri dell'AGCOM dalla disposizione di cui all'art. 182-*bis* l.d.a., si giungerebbe alla inevitabile conclusione del mancato rispetto del precetto contenuto nella norma in esame da parte dell'Autorità, che invece non opera alcuna distinzione tra le attività oggetto di controllo ed intervento⁵.

3. NON AI SENSI DELLA NORMATIVA SUL COMMERCIO ELETTRONICO.

Se proviamo a spostarci nel quadro regolamentare del commercio elettronico (d. lgs. 70/2003), i risultati non sembrano diversi. Nella normativa sul commercio elettronico, nonostante ripetuti tentativi di interpretazione difforme, vige il principio dell'assenza di un precipuo obbligo di sorveglianza a carico dell'intermediario. Il *provider*, come è noto, può essere ritenuto responsabile per attività illecite solamente se la diffusione non autorizzata di contenuti sia ad esso riconducibile, quale autore materiale della condotta, o, nel caso in cui partecipi all'attività,

zione di vigilanza, definisce concretamente solo le ispezioni e il susseguente obbligo di comunicazione all'autorità giudiziaria di eventuali illeciti. Non c'è alcuna traccia di un potere di ordinanza in capo all'Autorità per far cessare l'illecito".

⁵ Si legge testualmente, infatti, nell'Allegato B della delibera 668/10 che "si pro-

pende per l'attribuzione all'Autorità di funzioni di tutela del diritto d'autore unicamente nelle materie che già rientrano nelle competenze istituzionali sue proprie, con l'esclusione quindi di quegli ambiti che non rientrano nel suo tradizionale raggio di azione".

selezionando o veicolando il contenuto protetto. Vi è poi l'ipotesi di responsabilità nel caso in cui sia venuto a conoscenza dell'attività illecita e non si sia prontamente attivato per rimuoverla.

I principi suindicati si devono contemperare con la tripla disposizione collocata nella sezione dedicata alla responsabilità dei soggetti intermediari che prevede che *“l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza può esigere anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse”* (art. 14, comma 3, attività di semplice trasporto), (art. 15, comma 2, attività di memorizzazione temporanea), (art. 16, comma 3, attività di memorizzazione di informazioni).

Queste richiamate disposizioni che coinvolgono l'Autorità sarebbero in linea con il principio dell'assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli intermediari, dal momento che, come recita il 47° considerando della direttiva 2000/31/CE, gli stati membri possono mantenere obblighi di sorveglianza in *“casi specifici”* e comunque rimangono *“impregiudicate le ordinanze emesse dalle autorità nazionali secondo le rispettive legislazioni”*.

Dalle richiamate disposizioni in tema di commercio elettronico che escludono il carattere dell'assolutezza al principio dell'esenzione di responsabilità del *provider*, il giudice amministrativo sembra fondare la legittimazione dell'AGCOM alla procedura sanzionatoria / inibitoria di cui al Regolamento contenuto nella delibera 680/13/CONS del 2013. Vi sarebbero quindi due autorità concorrenti, quella giudiziaria e quella amministrativa, entrambe dotate di poteri sanzionatori ai fini del rispetto delle regole del diritto d'autore che vengono esercitati su piani differenti ma convergenti nelle finalità: il giudice ordinario per l'accertamento del reato e per i fini repressivi/punitivi; ugualmente l'AGCOM per le sue funzioni di vigilanza e di inibizione nel settore di riferimento, giacché, come è noto, il potere di vigilanza, senza la sanzione, si intenderebbe svuotato di significato. Così, da una prima lettura di tale disposizione, non sembrerebbero esserci dubbi sul fatto che l'intermediario possa legittimamente essere destinatario di provvedimenti ordinatori / inibitori emanati dall'Autorità.

Tuttavia, esaminando con maggiore attenzione il testo della norma, quest'ultima parla di *“violazioni commesse”*, vale a dire di condotte illecite che dovrebbero essere già state oggetto di un preventivo accertamento da parte dell'autorità giudiziaria. Ci sembra, pertanto, che solamente a seguito di un previo apprezzamento del giudice ordinario, che potrà avvenire anche attraverso un giudizio sommario, possa essere disposto un ordine inibitorio o di rimozione da parte dell'Autorità. Questa interpretazione, del resto, è in piena armonia con il comma 6 dell'art. 1 della legge 128/2004, secondo cui solamente a seguito di provvedimento dell'autorità giudiziaria, per le violazioni commesse per via telematica, gli intermediari pongono in essere tutte le misure dirette ad impedire l'accesso ai contenuti dei siti o a rimuovere i contenuti medesimi.

Seguendo questa interpretazione dunque l'accertamento del carattere illecito della condotta, in base alla normativa richiamata, non potrebbe dunque avvenire dinanzi all'Autorità amministrativa indipendente, pur prevedendo essa un procedimento che garantirebbe il contraddittorio tra

le parti, ma solamente dinanzi al giudice ordinario⁶. Ne consegue quindi che l'Autorità, in assenza di un preventivo giudizio da parte del giudice ordinario, non sarebbe legittimata all'emanazione di provvedimenti inibitori o sanzionatori scaturiti a seguito dell'attivazione della procedura di cui alla delibera 680/13/CONS⁷.

4. NEL TESTO UNICO DEI SERVIZI MEDIA AUDIOVISIVI E RADIOFONICI.

Per quanto concerne il D. Lgs. 44/2010 (c.d. decreto Romani), vale a dire il nuovo testo unico dei servizi media audiovisivi e radiofonici, l'art. 6 riscrive la norma (art. 32 *bis*) sulla protezione del diritto d'autore con specifico riguardo al settore dei media audiovisivi; nello stabilire che i fornitori di servizi media audiovisivi debbono operare nel rispetto del diritto d'autore, senza trasmettere o ri-trasmettere programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi senza il consenso del titolare dei diritti, attribuisce all'Autorità il compito di emanare *“le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti”*.

Tuttavia, non può essere sottaciuto che ai sensi della menzionata normativa, non rientrano nella definizione di servizio di media audiovisivo *“i servizi prestati nell'esercizio di attività precipuamente non economiche e che non sono in concorrenza con la radiodiffusione televisiva, quali i siti Internet privati e i servizi consistenti nella fornitura o distribuzione di contenuti audiovisivi generati da utenti privati ai fini di condivisione o di scambio nell'ambito di comunità di interesse”*; o *“i servizi nei quali il contenuto audiovisivo è meramente incidentale”* o *“i siti internet che contengono elementi audiovisivi puramente accessori”* (art. 2). E, come è noto, il Regolamento di cui alla delibera 680/13/CONS trova la sua *ratio* nella necessità di garantire adeguata ed effettiva protezione ai titolari delle opere dell'ingegno contro l'impiego non autorizzato delle stesse da parte di utenti privati o all'interno di piattaforme di condivisione, che costituiscono il terreno in cui si realizzano le maggiori e più frequenti violazioni.

⁶ F. CARDARELLI, nella propria relazione al Convegno del 31 marzo 2014 dal titolo *Internet e libertà di espressione: c'è bisogno di nuove leggi?* tenutosi presso la Camera dei Deputati, acutamente osserva che anche a voler massimamente valorizzare (come fa l'Autorità) il combinato disposto tra la definizione come autorità di vigilanza ex 182-bis cit. e il riferimento negli artt. 14, 15 e 16 del d.lgs. n. 70/2003 alla medesima funzione di vigilanza, non può sfuggire come si tratterebbe di una attribuzione di poteri realizzata in modo del tutto generico, senza indicazione inequivoca (in contrasto con la riserva di legge di cui all'art. 97 Cost.) dell'Amministrazione conferitaria, per di più nel contesto di un atto legislativo (il d.lgs. n. 70/2003) che, all'art. 5, co. 1, distingue tra le due categorie Au-

torità amministrative indipendenti e Autorità di vigilanza, sicché, a rigore, a voler valorizzare il letterale riferimento alla vigilanza, dovremmo allora ritenere che solo alla SIAE, e non anche all'AGCOM, siano attribuiti poteri inibitori ex d.lgs. 70 del 2003.

⁷ In ordine poi alle funzioni di prevenzione e di accertamento delle violazioni in capo all'Autorità, si segnalano problemi di raccordo e coordinamento con altre disposizioni di legge, anch'esse di rango primario, dal momento che l'art. 1 della legge 128/2004 assegna al Dipartimento di Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno il compito di raccogliere le segnalazioni di interesse in materia di prevenzione e repressione delle violazioni di cui alla lettera *a-bis* del comma 2 dell'art. 171-ter della legge 633/1941.

Da ciò si deduce che la competenza dell'Autorità a rendere effettivi i divieti e dunque il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale è circoscritta sostanzialmente ai contenuti dell'attività di radiodiffusione televisiva prestata da fornitori di servizi di media. Resterebbero esclusi dunque dall'ambito normativo i contenuti e le opere presenti nei siti di *social network*, nei blog, nelle testate on-line e in quelli di condivisione di video, sempre che, nel tempo, i gestori di tali siti non diventino anch'essi fornitori di servizi di media o vengano qualificati come tali⁸, adottando innovativi modelli di programmazione ed accesso ai contenuti audiovisivi, quali ad esempio la *catch-up tv* all'interno degli aggregatori di contenuti informativi, od offrendo servizi di media audiovisivo a richiesta, o la diffusione di specifici ed originali programmi esclusivamente attraverso quella unica piattaforma che prevede la presenza di un palinsesto.

PIEREMILIO SAMMARCO

⁸ Sul punto, P. SAMMARCO, *Verso l'assimilazione della figura dell'editore on-line a quella del fornitore di servizi di media audiovisivi*, in questa Rivista, 2016, 113.