

L'INIZIATIVA DELL'AGCOM SUL DIRITTO D'AUTORE NELLE RETI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA

SOMMARIO: 1. La ricostruzione del quadro normativo. - 2. Il potere dell'AGCom e la cd. teoria dei poteri impliciti - 3. I lineamenti del provvedimento.

1. La ricostruzione del quadro normativo

Nell'allegato B della Delibera n. 668/10/CONS del 17 dicembre 2010¹, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCom)² ha presentato i lineamenti del provvedimento concernente l'esercizio delle proprie competenze nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica³, sottoponendo il documento a consultazione pubblica⁴. Emerge, sin dal titolo e dalle prime battute del documento⁵, la preoccupazione di delineare il perimetro delle proprie competenze in materia di diritto d'autore, anche al fine di fugare qualsiasi dubbio circa l'ampiezza dei poteri ad essa attribuiti dall'ordinamento. Ciò, ben sapendo che la delicatezza e il particolare rilievo delle situazioni giuridiche coinvolte meriterebbero - comunque - "una revisione complessiva delle norme sul diritto d'autore", la cui opportunità è segnalata (in questo documento) al Governo e al Parlamento dalla stessa AGCom, che rileva l'inadeguatezza della vigente normativa allo sviluppo tecnologico e giuridico del settore⁶.

¹ Il testo della Delibera n. 668/10/CONS, *Consultazione pubblica su lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*, è disponibile sul sito istituzionale dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, www.agcom.it.

² L'AGCom è stata istituita con la legge n. 249 del 1997 (cd. legge Maccanico), recante "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", ereditando in buona sostanza le funzioni del Garante per la radiodiffusione e l'editoria la cui istituzione fu dovuta alla legge n. 223 del 1990 sulla disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato (cd. Legge Mammi). Sulle discipline intervenute nel settore radiotelevisivo G. AZZARITI, *La temporaneità perpetua, ovvero la giurisprudenza costituzionale in materia radiotelevisiva (rassegna critica)*, in *Giur. cost.*, 1995, pp. 3037 ss.; A. ODDI, *La «legge Gasparri», il pluralismo e il miraggio digitale*, in www.costituzionalismo.it, 22.10.2003; sui vuoti normativi prodotti dagli interventi di riforma finalizzati ad adeguare il sistema di regolamentazione del settore della comunicazione alle nuove esigenze e tecnologie cfr. G. ARANGÜENA DE LA PAZ, *Riflessioni sui poteri dell'AGCOM ad introdurre ed amministrare le misure proposte in tema di diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*, reperibile sul sito www.medialaws.eu.

³ È necessario precisare subito che per "reti di comunicazione elettronica" non s'intende esclusivamente la rete Internet, bensì - secondo il Testo unico dei servizi dei media audiovisivi e radiofonici - «i sistemi di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o di instradamento e altre risorse che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo di fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici, comprese le reti satellitari, le reti terrestri mobili e fisse, a commutazione di circuito e a commutazione di pacchetto, compresa Internet, le reti utilizzate per la diffusione circolare dei programmi sonori e televisivi, i sistemi per il trasporto della corrente elettrica, nella misura in cui siano utilizzati per trasmettere i segnali, le reti televisive via cavo, indipendentemente dal tipo di informazione trasportato».

⁴ Si tratta di una consultazione atipica perché non riguarda un testo di articolato, bensì i lineamenti di un provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità, sul punto M. CAPPELLO, *Gli interventi dell'AGCOM in materia di diritto d'autore e contenuti digitali*, relazione tenuta nel corso del Convegno "Strumenti per il diritto d'autore su Internet", promosso dall'Istituto per lo Studio dell'Innovazione, Roma, 23 maggio 2011, ora audio reperibile sul sito www.isimm.it.

⁵ Il titolo del documento contenuto nell'Allegato B alla Delibera n. 668/10/CONS del 17 dicembre 2010 è: *Lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*, disponibile sul sito istituzionale dell'Autorità, www.agcom.it.

⁶ Così testualmente l'Allegato B alla Delibera n. 668/10/CONS, par. 2.

Il primo riferimento di tale quadro normativo è all'art. 182 *bis* della legge n. 633 del 1941 - ossia alla legge sul diritto d'autore⁷ - introdotto nell'art. 11 della legge n. 248 del 2000. L'attribuzione all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di un compito di prevenzione e accertamento delle violazioni alla normativa sul diritto d'autore (in coordinamento con la SIAE "nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge") rappresenta - per l'Autorità - la prima conferma della propria competenza in tale ambito, e particolarmente in quello del diritto d'autore veicolato sulle reti di comunicazione elettronica. Infatti, da una lettura dell'art. 182 *bis* nella direzione di un rafforzamento di competenze già rinvenibili nella legge istitutiva del 1997⁸, e dall'attribuzione all'Autorità di funzioni di tutela del diritto d'autore nelle sole materie che già rientrano nelle proprie competenze istituzionali, è possibile desumere non già un'arbitraria espansione di poteri, bensì un'evoluzione rafforzativa di un ruolo già affidato all'AGCom, adesso però nell'ottica di una collaborazione istituzionale tra apparati amministrativi (appunto, l'Autorità e la SIAE)⁹. Anche perché l'assegnazione di un ruolo primario di vigilanza e tutela in capo alla SIAE mal si concilierebbe con la natura di questa, espressamente definita nella legge n. 59 del 1997 (cd. Bassanini) come un ente pubblico su base associativa¹⁰, il quale esercita un'attività di intermediazione¹¹ e amministrazione di specifici interessi dei titolari dei diritti d'autore, dal carattere prevalentemente economico esercitato con scopo di lucro¹².

Nel quadro normativo ricostruito dall'AGCom vengono compresi, inoltre, il d. lgs. n. 70 del 2003 (che ha recepito la Direttiva n. 31/2000/CE sul commercio elettronico), e il d. lgs. n. 44 del 2010 (cd. decreto Romani)¹³ che ha recepito la Direttiva sui servizi dei media audiovisivi n. 2007/65/CE. Del primo rilevano qui

⁷ Il primo comma dell'art. 182 *bis* della legge n. 633 del 1941 stabilisce che: «All'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE) è attribuita, nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge, al fine di prevenire ed accertare le violazioni della presente legge, la vigilanza: a) 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; b) sulla proiezione in sale cinematografiche di opere e registrazioni tutelate dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi al suo esercizio; c) sulla distribuzione, la vendita, il noleggio, l'emissione e l'utilizzazione in qualsiasi forma dei supporti di cui alla lettera a); d) 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; d-bis) sull'attività di fabbricazione, importazione e distribuzione degli apparecchi e dei supporti di cui all'art. 71-septies; d-ter) sulle case d'asta, le gallerie e in genere qualsiasi soggetto che eserciti professionalmente il commercio di opere d'arte o di manoscritti».

⁸ A questa conclusione approda l'*Indagine conoscitiva* su "Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica", consegnata nel febbraio 2011 dal gruppo di lavoro sotto la Direzione contenuti audiovisivi e multimediali dell'Autorità - costituito con Determinazione n. 01/DIC/11, *Costituzione del gruppo di lavoro 'Diritto d'autore' per lo svolgimento delle attività istruttorie e regolamentari demandate all'autorità in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica* - dove si sostiene che: «All'indomani dell'entrata in vigore della legge 248 del 2000, la migliore dottrina ha voluto leggere tale intervento normativo come la conferma di una più ampia tendenza all'estensione dei poteri e delle competenze delle Authorities. Tuttavia, sulla base dei poteri istituzionali descritti in precedenza, non si può propriamente parlare di estensione. Infatti, fin dalla sua istituzione l'Autorità, in quanto istituzione convergente deputata alla garanzia ed alla vigilanza nel settore delle comunicazioni elettroniche, era, quantomeno *ratione materiae*, già competente alla tutela del diritto d'autore».

⁹ Sulla necessità di una normativa che individui con maggior dettaglio le competenze dell'AGCom e della SIAE si vedano le osservazioni dell'*Indagine conoscitiva* su "Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica", cit., p. 12: «Il comma 1 dell'articolo 182 *bis* individua nell'attività di vigilanza l'attività da svolgere in comune tra SIAE e Agcom. Tale attività, come espressamente previsto anche nell'art. 182 *ter*, si realizza essenzialmente attraverso lo svolgimento di poteri ispettivi. L'articolo 182 *bis* comma 1 specifica che la titolarità del potere di vigilanza sia conferita all'Agcom ed alla SIAE "nell'ambito delle rispettive competenze". A questo inciso, inserito nell'articolo *de quo*, avrebbe dovuto seguire, al fine di rendere più agevole il lavoro dell'interprete, una norma di dettaglio per poter meglio delineare, magari attraverso un'elencazione analitica, le competenze proprie dell'AGCOM e della SIAE utili allo svolgimento di poteri di vigilanza (e ispettivi) finalizzati alla tutela del diritto d'autore. Tuttavia, dal 2000 ad oggi nessun intervento integrativo o applicativo della norma in questione vi è stato e, pertanto, l'art. 182 *bis* continua ad essere tautologicamente richiamato dal comma 4 *bis* della legge n. 249 del 2000 e le norme relative alla SIAE continuano a non prevedere l'attribuzione alla società di competenze in materia di vigilanza ed ispezione».

¹⁰ La definizione della SIAE come "ente pubblico economico" è l'esito, altresì, di costante e nutrita giurisprudenza di cui qui si richiama almeno Cass., Sez. Un., 22 ottobre 1954, n. 3991, in *Mass. Foro it.*, 1954, pp. 798 ss.; Cons. Stato, Sez. VI, 1 marzo 1996, n. 297, in *Giur. it.*, 1996, III, 1, pp. 408 ss.

¹¹ Sull'attività di intermediazione riservata alla SIAE si deve richiamare l'art. 180 della legge sul diritto d'autore: «L'attività di intermediario, comunque attuata, sotto ogni forma diretta o indiretta di intervento, mediazione, mandato, rappresentanza ed anche di cessione per l'esercizio dei diritti di rappresentazione, di esecuzione, di recitazione, di radiodiffusione ivi compresa la comunicazione al pubblico via satellite e di riproduzione meccanica e cinematografica di opere tutelate, è riservata in via esclusiva alla Società italiana degli autori ed editori».

¹² Inoltre, la volontà di assegnare un ruolo primario all'AGCom piuttosto che alla SIAE, è ulteriormente confermato dal fatto che in una prima fase dei lavori parlamentari sull'art. 182 *bis* non si prevedeva alcun supporto e coordinamento con l'attività della SIAE, annoverando in via esclusiva in capo all'Autorità ogni compito di vigilanza, prevenzione e accertamento delle violazioni della legge a tutela del diritto d'autore, sul punto dell'*Indagine conoscitiva* su "Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica", cit., p. 13.

¹³ Per un'analisi del decreto si veda V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La nuova televisione. Commento al "Decreto Romani"*, Maggioli, Rimini, 2010.

particolarmente gli artt. 14, co. 3, 15 co. 2 e 16 co. 3, a proposito della possibilità per l'AGCom (oltre che naturalmente per l'autorità giudiziaria) di esigere anche in via d'urgenza dal prestatore di servizi l'impedimento o la fine delle violazioni commesse, da cui la legittimazione di un potere d'intervento in capo all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, fermo restando l'intervento dell'autorità giudiziaria. Mentre il principale riferimento nel decreto Romani è all'art. 6, che ha inserito nel Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici l'art. 32 *bis*, co. 3, in cui c'è un esplicito conferimento all'AGCom del potere di emanare disposizioni regolamentari necessarie a rendere effettiva l'osservanza dei limiti e dei divieti posti nell'articolo di specie¹⁴, sebbene - si badi - qui l'attribuzione riguarda esclusivamente lo specifico settore dei servizi dei media audiovisivi. Ora, se resta ancora qualche dubbio circa il profilo soggettivo¹⁵, ossia la possibilità di estendere il raggio d'azione di tale potere regolamentare a tutti i soggetti già sottoposti al sistema di vigilanza dell'AGCom e non solo ai fornitori di servizi media audiovisivi¹⁶, appare molto meno plausibile avanzare qualche dubbio circa il profilo oggettivo, quello cioè relativo alla legittimazione dell'Autorità a dettare una normativa regolamentare di dettaglio¹⁷.

2. Il potere dell'AGCom e la cd. teoria dei poteri impliciti

C'è da dire che l'attribuzione prevista dal d. lgs. n. 44 del 2010 in favore dell'AGCom penetra in uno scenario dove la prassi del conferimento di poteri normativi alle Autorità amministrative indipendenti (sebbene non a tutte nella stessa misura)¹⁸, è ampiamente confortata dalla dottrina e dalla giurisprudenza¹⁹, che ne

¹⁴ La disposizione elenca i limiti riguardanti lo svolgimento dell'attività dei fornitori di servizi media audiovisivi, dai quali si pretende il pieno rispetto dei principi e dei diritti di cui alla legge 22 aprile 1941, n. 633 e successive modificazioni, indipendentemente dalla piattaforma utilizzata per la trasmissione di contenuti audiovisivi, nonché il rispetto dei diritti d'autore e dei diritti connessi, prevedendo che questi trasmettano le opere cinematografiche nel rispetto dei termini temporali e delle condizioni concordate con i titolari dei diritti; e si astengano 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».

¹⁵ M. LIBERTINI, *La chiusura dei siti in violazione del diritto d'autore e le regole del commercio elettronico*, relazione tenuta nel corso del Convegno "Strumenti per il diritto d'autore su Internet", promosso dall'Istituto per lo Studio dell'Innovazione, Roma, 23 maggio 2011, ora audio reperibile sul sito www.isimm.it. In senso opposto, invece, le riflessioni nell'Allegato B alla Delibera n. 668/10/CONS, p. 6.

¹⁶ Nel fornire una definizione di "servizio media audiovisivo" ha esplicitamente escluso «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 a fini di condivisione o di scambio nell'ambito di comunità di interesse; ogni forma di corrispondenza privata, compresi i messaggi di posta elettronica; i servizi la cui finalità principale non è la fornitura di programmi; i servizi nei quali il contenuto audiovisivo è meramente incidentale e non ne costituisce la finalità principale».

¹⁷ Sulla debolezza delle teorie che dubitano della competenza regolamentare dell'AGCom v. la relazione introduttiva di V. ZENOVICH, al Convegno "Strumenti per il diritto d'autore su Internet", promosso dall'Istituto per lo Studio dell'Innovazione, Roma, 23 maggio 2011, ora audio reperibile sul sito www.isimm.it. Un notevole sostegno alla teoria di un legittimo potere regolamentare esercitato dall'Autorità è fornito, inoltre, dalla volontà espressa dalle Commissioni Parlamentari Riunite (VII e IX) che, nel valutare le disposizioni del Decreto Romani, nel gennaio del 2010 hanno espresso il loro parere favorevole all'introduzione della seguente variazione «all'art. 6, comma 1, capoverso articolo 32-bis, comma 1, le parole da "contenuti" fino alla fine del comma sono sostituite dalle seguenti: "di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003 n. 68 recante attuazione della Direttiva 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del Diritto d'Autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, e al decreto legislativo 16 marzo 2006, n. 140, recante attuazione della Direttiva 2004/48/CE, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale. I fornitori di servizi di media audiovisivi assicurano il pieno rispetto dei principi e dei diritti di cui alla legge 633 del 22 aprile 1941 e successive modificazioni, indipendentemente dalla piattaforma utilizzata per la trasmissione di contenuti audiovisivi»; sul punto si veda L. DAFARRA, *Diritto d'autore: la Consultazione pubblica dell'Agcom relativa alle competenze dell'Authority*, reperibile sul sito www.key4biz.it.

¹⁸ È difficile rintracciare un regime comune alle diverse autorità amministrative indipendenti con riferimento ai poteri regolamentari, si pensi alle attribuzioni dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali (su cui almeno M.C. GRISOLIA, *Alcune considerazioni sul potere normativo del Garante per la protezione dei dati personali dalla legge n. 675 del 1996 al Codice in materia di protezione dei dati personali*, in P. Caretti (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 185 ss.), e a quelle dell'Autorità antitrust (su cui almeno A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Giappichelli, Torino, 1998). Sulla mancanza di uniformità nelle discipline si veda, particolarmente, M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 27-30; M. MANETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, reperibile sul sito www.astrid-online.it, p. 3 del *paper*: «Tutto ciò testimonia la sostanziale unitarietà del fenomeno delle autorità indipendenti, come soggetti necessariamente attributari di funzioni normative, oltre che amministrative, ai fini della gestione complessiva di un settore o ambito di attività, ponendo al tempo stesso il problema di rintracciare un regime, possibilmente comune, dei poteri in esame»; cfr. anche G. MORIBELLI, *I poteri normativi delle autorità indipendenti (profili problematici e spunti tratti dalla giurisprudenza statunitense)*, intervento del 24 maggio 2006, reperibile sul sito www.elezioni.regione.emilia-romagna.it, il quale richiama, ad esempio, l'assenza di un'esplicita disciplina di un potere regolamentare in capo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se non per i profili orga-

sostiene la legittimità muovendo dalla cd. teoria dei poteri impliciti e dal rafforzamento delle garanzie di tipo procedimentale²⁰. Rimane tuttavia il rischio di indebolire il principio di legalità a fronte di regolamenti - definiti da taluni "quasi indipendenti"²¹ - vincolati unicamente nel fine da raggiungere, e posti in essere da soggetti privi di una legittimazione popolare diretta e, dunque, liberi da una corrispettiva responsabilità. Difatti, facendo leva sulla natura e la funzione stessa delle Autorità amministrative indipendenti²² - e dunque anche sulla necessità di garantire la loro reale efficienza - è «lo stesso legislatore a rinunciare al suo compito ricorrendo alla *broad delegation* in favore delle autorità» affidando a queste ultime un «potere normativo di rango immediatamente subcostituzionale, ergo posto sullo stesso piano della legge del Parlamento»²³. La conseguenza, secondo alcuni²⁴, è quella di lasciare spazio a un nuovo potere regolamentare in grado di violare il principio di legalità (o quantomeno di indebolirlo)²⁵. Secondo altra dottrina²⁶, è invece possibile trovare nuove declinazioni del suddetto principio nella circostanza che i soli obiettivi - comunque integrabili dai principi generali dell'ordinamento e dai principi costituzionali - bastino a fondare un potere regolamentare anche in assenza di una generale attribuzione di potere²⁷.

Di fatto, ammettendo un'applicazione meno rigida del principio di legalità (e non una sua disapplicazione)²⁸, è possibile rintracciare il fondamento idoneo a legittimare tale potere normativo. Un sostegno in

nizzativi e di disciplina delle proprie procedure. Sul ruolo e i poteri delle *authorities* nel nostro ordinamento M. AINIS, *Se 50.000 leggi vi sembran poche*, Mondadori, Milano, 1999, pp. 10-14; per un'analisi comparativa con l'esperienza francese v. S. NICCOLAI, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti: l'esperienza del Consiglio nazionale francese per l'accesso alle origini personali*, in M. Fiorillo (a cura di), *Quaderni del dottorato di ricerca in diritto costituzionale, Università di Teramo*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 75-105.

¹⁹ Tra gli altri P. CARETTI, *Introduzione*, in P. Caretti (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. XIV ss., in cui rileva la capacità espansiva di tale attribuzione pur nei limiti delle materie di competenza statale. Sulla giustificazione del potere in oggetto fornita dalla giurisprudenza si veda G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 2, ove richiama il parere del Consiglio di Stato, Sez. Cons. atti normativi, 14 febbraio 2005, Ad. n. 11603/05, punto 6.2, interamente consultabile sul sito www.astrid-online.it: «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 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 400/88 (e in particolare con il suo articolo 17)».

²⁰ Della vasta letteratura sulla teoria dei cd. poteri impliciti cfr. almeno N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001; F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, in *Quad. cost.*, 2006, pp. 276 ss.; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti*, in *Dir. Amm.*, 2007, pp. 703 ss.; alcune argomentazioni sulla sopravvivenza del principio di legalità in presenza di garanzie di tipo procedimentale V. LOPILATO, *Principio di legalità e poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti*, in R. Chieppa, V. Lopilato, *Giurisprudenza amministrativa 2009*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 7-10.

²¹ S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 143 ss.; S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 133 ss.; mentre sulla definizione di questi regolamenti come regolamenti "per obiettivi" si veda F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2007², pp. 116 ss. Per un quadro d'insieme G. MORBIDELLI, *I poteri normativi delle autorità indipendenti (profili problematici e spunti tratti dalla giurisprudenza statunitense)*, cit., p. 4; M. MANETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, cit., p. 4.

²² In questo senso, ad esempio, Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827, in www.giustizia-amministrativa.it, dove si precisa che: «La natura della copertura legislativa è adeguata alla peculiarità dei poteri dell'Amministrazione indipendente quale amministrazione che si "autoprogramma" secondo le finalità stabilite dal legislatore».

²³ M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 28; sul fenomeno anche V. MILANI, *Principio di legalità e poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, pp. 42 ss.

²⁴ S. STAMMATI, *Le autorità di garanzia e di vigilanza*, in S. Panunzio, (a cura di), *I costituzionalisti e le riforme*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 343 ss.; alcuni dubbi sulla compatibilità di questo potere regolamentare con il principio di legalità anche in M. MANETTI, *Autorità indipendenti*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, pp. 4 ss.

²⁵ Più in generale, sulla tenuta del principio di legalità negli ultimi decenni cfr. M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, pp. 1 ss.; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità in Dir. pubbl.*, 1995, pp. 247 ss.; M. MANETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, cit., pp. 5-6.

²⁶ V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle "amministrazioni indipendenti"*, in F. Bassi, F. Merusi (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 19 ss.; N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996, pp. 87 ss. Tra chi attribuisce natura normativa anche ai poteri di influenza che le autorità (tramite pareri o relazioni) esercitano sul contenuto degli atti normativi del Governo o del Parlamento, si veda particolarmente P. BILANCIA, *Riflessi del potere normativo delle autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in *Dir. soc.* 1999, 261 ss.

²⁷ Sulla possibilità di rintracciare la giustificazione di tale potere nel ruolo ricoperto dall'Autorità e nell'esigenza di assicurare celerità ed efficienza per il raggiungimento dell'obiettivo specifico, si veda la decisione del Consiglio di Stato, sez. VI, 29 maggio 2002, n. 2987, reperibile all'indirizzo www.dirittodeiservizi pubblici.it.

²⁸ Non sembra rappresentare un sufficiente fondamento dei poteri normativi delle Autorità né la tesi della "funzione di garanzia dei diritti" ispirata al modello del potere giudiziario, né quella dell'autodisciplina dei soggetti sociali, né la teoria della rappresentatività dell'amministrazione, sopravvivendo dunque la tesi di un recupero del principio di legalità in una nozione dimidiata, cfr. M. MANETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, cit., pp. 6-14, che - anche su quest'ultima - invita a riflettere sulla necessità di principi stringenti perché «laddove il potere normativo esercitato dalle autorità indipendenti risulti attribuito in relazione ad obiettivi generici, e risulti in ultima analisi soggetto a principi generici e conflittuali tra loro (...), la legalità e la riserva di legge non possono ritenersi soddisfatte».

questa direzione è fornito, certamente, dalla teoria degli *implied powers*²⁹, secondo cui vi sono poteri non espressamente previsti ma indirettamente desumibili da quelli oggetto di espressa attribuzione tramite cui, pertanto, si individuano i «confini esterni della “competenza” o in altre parole l'estensione di un potere (appunto regolamentare) sicuramente attribuito dalla legge»³⁰. Si tratta di una tesi ancor più condivisibile laddove tali poteri incontrino il controllo di alcune procedure che ne rafforzino le garanzie³¹: ad esempio, la presenza di una motivazione in cui si renda esplicita la stretta consequenzialità della regolamentazione specifica con i fini assegnati dalla legge all'Autorità amministrativa indipendente. E, inoltre, l'inserimento di meccanismi di partecipazione e consultazione pubblica, idonei a diffondere preventivamente la notizia del progetto di regolamentazione ai soggetti interessati, messi così in condizione di far pervenire le proprie osservazioni (*notice and comment*)³².

3. I lineamenti del provvedimento

Della “buona pratica” della consultazione pubblica si è avvalsa per l'appunto l'AGCom nel processo di preparazione del provvedimento riguardante la tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica³³, per la “particolare rilevanza e complessità tecnica della materia che dovrà essere oggetto di regolamentazione, e la conseguente necessità di approfondire adeguatamente gli aspetti relativi alla protezione del diritto d'autore connesso ai servizi di media audiovisivi”³⁴. Se, quindi, l'attuazione di tale procedimento di garanzia contribuisce ad allontanare le perplessità sulla legittimità dell'esercizio di un potere regolamentare da parte dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, si deve riflettere sui contenuti del regolamento e sull'intensità dei poteri d'intervento assegnati all'AGCom³⁵.

La proposta normativa ha origine nella necessità di contemperare in maniera equilibrata i differenti interessi che entrano in gioco (*rectius*: che ora maggiormente entrano in gioco) alla luce dello sviluppo tecnologico e delle nuove possibilità che questo offre alla distribuzione, allo scambio e alla fruizione di contenuti da parte degli utenti. La facile violabilità dei diritti dei titolari dei contenuti che attraversano i nuovi canali digi-

²⁹ Secondo la teoria di A. Hamilton, in seguito ripresa anche in Italia, sono poteri impliciti quelli autorizzati da un documento vincolante, che pur non essendo menzionati, si devono implicitamente ritenere attribuiti in virtù delle disposizioni esplicitamente previste, pur permanendo la necessità di una concreta verifica della sussistenza di una *natural relation* tra il mezzo impiegato e i poteri espressamente sanciti. Sul punto G. MORBIDELLI, *I poteri normativi delle autorità indipendenti (profili problematici e spunti tratti dalla giurisprudenza statunitense)*, cit., p. 16, in cui vi sono numerosi spunti riferiti alla giurisprudenza statunitense.

³⁰ R. CHIEPPA, R. GIOVANNOLI, *Diritto amministrativo. Manuale breve 2009*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 384.

³¹ Cfr. G. MORBIDELLI, *I poteri normativi delle autorità indipendenti (profili problematici e spunti tratti dalla giurisprudenza statunitense)*, cit., p. 7: «La dottrina, con riguardo proprio ai poteri regolamentari, ha dimostrato che 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»; V. LOPILATO, *op. cit.*, p. 10: «Se è vero, dunque, che tale principio di legalità ha una funzione di garanzia mettendo dei “paletti” al potere amministrativo e consentendo il controllo giurisdizionale, in questo caso i “paletti” sono posti dalla partecipazione e dallo stringente obbligo motivazionale, consentendo anch'essi il controllo giurisdizionale».

³² In questo senso Cons. Stato, Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007, in *Giur. it.*, 2006, p. 1516: «non è pensabile che l'attività di *regulation* venga svolta senza la necessaria partecipazione al procedimento dei soggetti interessati: nei settori regolati dalle autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio (la dottrina ha sottolineato che si instaura una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di coinvolgimento di tutti i soggetti interessanti nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori); richiama testualmente i meccanismi di “*notice e comment*” la decisione del Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, reperibile sul sito dell'Osservatorio AIR, www.osservatorioair.it. In tema si veda G. PUCCINI, *La tutela dei diritti di libertà fra riserva di legge e garanzie procedurali*, in Aa.Vv., *Nuove dimensioni dei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Cedam, Padova, 1990, pp. 153 ss.; G. MORBIDELLI, *I poteri normativi delle autorità indipendenti (profili problematici e spunti tratti dalla giurisprudenza statunitense)*, cit., pp. 15 ss.; M. MANETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, cit., p. 19, la quale sottolinea la necessità di una partecipazione non meramente collaborativa, ma realmente idonea a garantire l'adozione delle norme in presenza di un contraddittorio degli interessati che plasmi dall'interno l'atto, attenuando l'esigenza della predeterminazione legislativa.

³³ Sulle risultanze della consultazione pubblica, su cui il Consiglio dell'Autorità deve ancora esprimersi, si veda la relazione di M. CAPPELLO, *op. cit.*, che illustra uno scenario di posizioni contrapposte sulla totalità delle proposte dell'Autorità, eccetto che sull'iniziativa volta a intensificare e rafforzare gli strumenti per l'educazione alla legalità, particolarmente per i più giovani.

³⁴ Così il “Considerato” della Delibera n. 668/10/CONS del 17 dicembre 2010.

³⁵ Nella relazione introduttiva di V. ZENO-ZENCOVICH, al Convegno “Strumenti per il diritto d'autore su Internet”, cit., si evidenzia la necessità di comprendere il *quomodo* della regolamentazione da parte dell'AGCom per il raggiungimento di un'equilibrata soluzione che consideri le esigenze dei diversi interessi.

tali (da cui anche la lesione dell'equa remunerazione dell'autore), si scontra con il diritto all'accesso dei cittadini alla cultura e a tutto quanto sia reso disponibile attraverso le reti di comunicazione elettronica³⁶. Nella prospettiva di un provvedimento che considera gli interessi di entrambe le parti egualmente meritevoli di tutela³⁷, l'AGCom illustra le sue proposte di intervento, sia quelle di carattere promozionale sia quelle di carattere repressivo (ossia le misure di *enforcement*), finalizzate entrambe a ridurre il fenomeno della pirateria. Delle due appare certamente più percorribile la strada della promozione, incentrata su una più ampia proposta dell'offerta legale di contenuti accessibili ai cittadini tramite la rimozione delle barriere, con l'accesso ai contenuti *premium* e la migliore determinazione delle finestre di distribuzione tra le diverse piattaforme esistenti³⁸. La proposta di natura promozionale è corredata, inoltre, da un'attività informativa e di educazione alla legalità, dedicata in particolar modo agli utenti più giovani, allo scopo di fornire una maggiore consapevolezza dell'utilizzo corretto delle reti, della normativa che tutela il diritto d'autore, e non ultimo, dei rischi derivanti dalla pirateria³⁹.

Il profilo che, invece, crea maggiori perplessità è quello che si riferisce alle misure di *enforcement*, e in particolare al meccanismo denominato "*Notice and take down*" di derivazione statunitense⁴⁰. Tale procedimento prevede la possibilità per l'Autorità di adottare un ordine di rimozione a seguito della segnalazione di una violazione del copyright, indirizzata dal titolare del diritto al gestore del sito o al fornitore del servizio media audiovisivo che, dopo aver contattato il soggetto che ha caricato il contenuto in oggetto, non lo abbia ancora rimosso nel termine di 48 ore dalla ricezione della richiesta. L'ordine dell'AGCom qui potrebbe assumere la forma di una semplice rimozione selettiva - dunque del solo elemento ritenuto illecitamente caricato - oppure quella dell'inibizione del nome del sito web o dell'indirizzo IP, laddove l'Autorità verificasse che il solo fine del sito consiste nella diffusione di contenuti illeciti sotto il profilo del diritto d'autore. Il principale vantaggio derivante da questa procedura sarebbe rappresentato dalla possibilità di offrire una forma di tutela alternativa rispetto a quella già in capo all'autorità giudiziaria (e giammai sostitutiva di questa), ma molto più veloce e certa nei tempi di realizzazione⁴¹. Tuttavia, ad adombrare il successo di tale proposta c'è l'assenza di un chiaro fondamento che giustifichi in capo all'AGCom un potere tanto incisivo come quello previsto nell'allegato B della Delibera n. 668/10/CONS. L'Autorità, infatti, può vigilare al fine di prevenire e accertare le infrazioni, ma la normativa vigente non le assegna (almeno esplicitamente) alcun potere in grado di condizionare le posizioni soggettive di terzi. Né tantomeno tale "potere provvedimentoale" può rintracciare un so-

³⁶ Sulle diverse posizioni espresse dall'AGCom, dagli utenti, dai produttori di contenuti e dagli *Internet service provider* cfr. G. ARANGUENA DE LA PAZ, *Diritto d'autore: valutazioni di diritto pubblico dell'economia sulle misure di enforcement dell'Agcom a tutela del copyright in rete. La posizione anacronistica delle associazioni degli utenti*, in www.key4biz.it; la relazione di M. CAPPELLO, *op. cit.* Ammirante, sul diritto di accesso a Internet, v. T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in www.rivistaaic.it, n. 1/2011; in tal senso anche le osservazioni dell'*Indagine conoscitiva* su "Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica", cit., p. 8, in cui si fa riferimento al diritto di accesso ad Internet come ad un principio fondamentale dell'ordinamento comunitario.

³⁷ Nella Premessa dell'Allegato B alla Delibera n. 668/10/CONS si afferma che «qualunque politica o intervento di contrasto della pirateria non può prescindere dalla coeva promozione di misure finalizzate a favorire l'offerta legale di contenuti accessibili ai cittadini: politiche che guardino ad uno solo di questi due aspetti sono destinate a fallire, come dimostra l'inefficacia delle misure tecniche di contrasto alla pirateria».

³⁸ Per un'analisi dettagliata della proposta si rinvia all'Allegato B alla Delibera n. 668/10/CONS, pp. 7-11.

³⁹ Per un'analisi dettagliata della proposta si rinvia all'Allegato B alla Delibera n. 668/10/CONS, pp. 11-12.

⁴⁰ Il "*notice and take down*" in America è disciplinato dal *Digital Millennium Copyright Act*, e si attendono ulteriori sviluppi sulla possibile adozione del *Combating Online Infringement and Counterfeits Act* (COICA), il disegno di legge degli Stati Uniti contro la pirateria. Alcuni sistemi simili sono già stati adottati in Francia (con riferimento all'HADOPI) e nel Regno Unito (con il *Digital economy Act*), mentre in Italia, ad oggi, esistono alcune iniziative - su base autoregolamentativa - di siti (ad esempio il sito di pianificazione di viaggi "Tripadvisor") che hanno inserito nelle "Condizioni di utilizzo" la procedura di segnalazione e rimozione di contenuti in violazione dei diritti di proprietà intellettuale. In argomento, può essere utile qui richiamare l'ordinanza del Tribunale di Roma, 15 aprile 2010, in *Foro it.*, 2010, pp. 1598 ss., in cui il giudice, respingendo le istanze della Fapav (Federazione antipirateria audiovisiva) nei confronti di Telecom Italia, ha stabilito che quest'ultima non può essere considerata responsabile per le informazioni trasmesse (in questo caso lo scarico di film pirata) attraverso connessioni fornite dalla società, evidenziando il differente regime di responsabilità tra il prestatore intermediario che svolge attività di semplice trasporto; quello che svolge attività di memorizzazione intermedia e temporanea di informazioni effettuata allo scopo di rendere più efficace il successivo inoltramento ad altri destinatari che ne hanno fatto richiesta; ed il prestatore intermediario che svolge attività di memorizzazione di informazioni fornite dal destinatario del servizio, come la messa a disposizione di uno spazio server per siti o pagine web.

⁴¹ Secondo l'Allegato B alla Delibera n. 668/10/CONS, par. 3.5.1: «Affinché la funzione di garanzia dell'Autorità sia realmente efficace è necessario che essa si snodi attraverso una procedura estremamente semplice nei modi e celere e certa nei tempi. Solo in tal modo si riuscirebbe a garantire ai titolari dei diritti una forma di protezione alternativa (e non sostitutiva) rispetto a quella già offerta dall'Autorità giudiziaria. Ferma restando, infatti, l'azione di repressione, anche sul piano penale, dello sfruttamento a scopo di lucro di opere dell'ingegno, di appannaggio esclusivo della magistratura inquirente, il legislatore ha voluto introdurre meccanismi alternativi di prevenzione e reazione agli illeciti, che però devono essere basati su strumenti ragionevoli e proporzionati, contro chi consente di usufruire (anche solo per finalità meramente private), senza averne diritto, di opere creative».

stegno integrativo nella teoria dei poteri impliciti, applicabile esclusivamente al potere regolamentare delle Autorità amministrative indipendenti⁴².

Peraltro, nel corso dell'indagine conoscitiva consegnata nel febbraio 2011 dal gruppo di lavoro sotto la Direzione contenuti audiovisivi e multimediali dell'Autorità, pur evidenziando la poca utilità di un potere di vigilanza non assistito da un adeguato potere sanzionatorio, è già emersa la difficoltà di ricomprendere quest'ultimo - *legibus sic stantibus* - tra i poteri dell'AGCom, ritenendo di doversi "escludere un potere sanzionatorio di tipo repressivo, *ex post*, delle violazioni eventualmente accertate", potendo invece esercitare azioni finalizzate ad evitare, in via preventiva, la concreta realizzazione di violazioni del diritto d'autore, e organizzare ispezioni finalizzate all'accertamento di violazioni sfuggite all'azione preventiva e oramai realizzate⁴³. Perciò, l'assenza di un ancoraggio normativo riferito alle competenze suesposte, accompagnato dal timore che dietro la normativa sul copyright si possa nascondere un'azione di censura⁴⁴, hanno esposto questa parte della proposta alle maggiori critiche espresse nel corso della consultazione pubblica. D'altra parte, nei lineamenti del provvedimento, la stessa Autorità ha affrontato e fornito alcuni chiarimenti sul rapporto di autonomia e collaborazione esistente tra l'intervento dell'AGCom e quello dell'autorità giudiziaria al fine di prevenire e reagire agli illeciti⁴⁵, tralasciando invece gli altri profili che, comunque, auspicabilmente l'Autorità potrebbe prendere in considerazione a seguito dei rilievi sollevati dalle parti interessate nei 60 giorni di consultazione pubblica.

Nel tentativo dell'AGCom di colmare, con il provvedimento *in fieri*, il vuoto normativo oggi esistente nello specifico settore del diritto d'autore nelle reti elettroniche, si può decifrare l'intenzione di proteggere gli interessi di cui sono portatrici tutte le parti coinvolte, pur nella consapevolezza della necessità di un intervento normativo che riformuli nella sua complessità l'ormai obsoleta disciplina sul diritto d'autore, in modo da assicurare una maggiore certezza del diritto⁴⁶.

⁴² Sul punto G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti*, cit., pp. 703 ss.; R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, pp. 384 ss.

⁴³ Si veda il testo dell'*Indagine conoscitiva* su "Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica", cit., pp. 13-19.

⁴⁴ Il timore di una censura emerge da numerosi interventi, tra cui v. A. LONGO, *Censura su Internet, ci siamo*, www.espresso.repubblica.it, 13 giugno 2011; in questa stessa prospettiva alcune associazioni di consumatori (in un testo coordinato da Fulvio Sarzana) il 14 giugno 2011 hanno presentato alla Camera dei deputati il "Libro Bianco su diritti d'autore e diritti fondamentali nella rete internet", evidenziando i profili della delibera da loro ritenuti contrari ai diritti degli utenti e dei cittadini.

⁴⁵ Allegato B alla Delibera n. 668/10/CONS, p. 13: «Ferma restando, infatti, l'azione di repressione, anche sul piano penale, dello sfruttamento a scopo di lucro di opere dell'ingegno, di appannaggio esclusivo della magistratura inquirente, il legislatore ha voluto introdurre meccanismi alternativi di prevenzione e reazione agli illeciti, che però devono essere basati su strumenti ragionevoli e proporzionati, contro chi consente di usufruire (anche solo per finalità meramente private), senza averne diritto, di opere creative».

⁴⁶ Così F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (1942), Giuffrè, Milano, 1968³, p. 47; della vasta letteratura sulla certezza del diritto v. almeno N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. Internaz. fil. Dir.*, 1951, pp. 150 ss.; T. MARTINES, *Prime osservazioni sui destinatari delle leggi*, in *Scritti in memoria di A. Piras*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 393 ss., (ora in T. Martines, *Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, Tomo I, p. 629 ss.); M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, Roma-Bari, 1997, (particolarmente pp. 129 ss.); sul rapporto tra legalità amministrativa e certezza del diritto v. F. SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria e interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi e istituzionali*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 19 ss.