

Osservatorio sulle fonti

VERSO IL REGOLAMENTO SUL COPYRIGHT: UN PERCORSO ACCIDENTATO

di *Marana Avisati*¹

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Il fondamento del potere regolamentare. 3. Profili formali: il procedimento di approvazione del regolamento. 4. Profili sostanziali: il contenuto del futuro regolamento. 4.1. Promotion (educazione all'offerta legale dei contenuti). 4.2. Enforcement (procedimento di rimozione forzata dei contenuti). 5. Riserva di giurisdizione: *quid iuris?*

1. Introduzione

Nel periodo di riferimento considerato (Luglio 2013 – Ottobre 2013), l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha adottato la Delibera n. 452/13/CONS, con la quale è stata indetta una consultazione pubblica su di un nuovo schema di regolamento in materia di diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica. Si illustreranno, pertanto, i contenuti salienti della Delibera e del connesso allegato A, contenente lo schema di regolamento, evidenziando:

- a) il pregresso *iter* normativo, in ragione del quale l'Autorità ha ritenuto di essere legittimata all'esercizio di poteri di regolazione e vigilanza in materia di protezione del diritto d'autore dei contenuti digitali;
- b) il procedimento di approvazione del regolamento;
- c) il contenuto del futuro regolamento, a sua volta suddiviso in misure di promozione a sostegno della legalità (*promotion*) e strumenti di repressione degli illeciti (*enforcement*) di volta in volta attivabili dal regolatore.

2. Il fondamento del potere regolamentare

Il d.lgs. 15 marzo 2010, n. 44 (c.d. Decreto Romani, che recepisce la direttiva europea *Audiovisual Media Services, AVMS*) ha modificato il Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, introducendo l'articolo 32 *bis*, ai sensi del quale i fornitori di servizi di media audiovisivi sono tenuti ad assicurare il pieno rispetto dei principi e dei diritti di cui alla legge sulla tutela del diritto d'autore, indipendentemente dalla piattaforma utilizzata per la trasmissione di contenuti audiovisivi². Al fine di rendere effettiva l'osservanza dei suddetti limiti e divieti, l'articolo 32 *bis* ha quindi espressamente attribuito all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni il potere di emanare le conseguenti disposizioni regolamentari.

D'altro canto, l'Autorità ha rinvenuto la norma attributiva del potere di intervento a tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica nell'art. 17 del d.lgs. n.

¹ QUALIFICA

²D. lgs. n. 44 del 2010, Art. 6, rubricato: Protezione del diritto d'autore.

Osservatorio sulle fonti

70/2003 sul commercio elettronico³ che, fra l'altro, si rivolge agli operatori intermediari (*mere conduit, caching e hosting*), irresponsabili per gli illeciti commessi in rete⁴, ma potenziali destinatari degli ordini impartiti dal potere giudiziario o di altre autorità amministrative di vigilanza e volti a esigere che il prestatore di servizi “*impedisca o ponga fine alle violazioni commesse*”, pena l'inottemperanza al dovere di collaborazione con le istituzioni preposte⁵.

Tuttavia, secondo alcune correnti di pensiero le disposizioni citate in realtà circoscrivono gli ambiti di esercizio del potere regolamentare dell'Autorità, in quanto il decreto Romani si riferisce testualmente alla protezione dei diritti d'autore relativi ai contenuti trasmessi dai servizi media audiovisivi, le cui caratteristiche (responsabilità editoriale e sfruttamento economico del palinsesto) non sono invece rinvenibili riguardo alle molteplici piattaforme trasmesse *on line* e destinate alla diffusione dei contenuti (ad es., social network, motori di ricerca, blog...).

A sua volta, il d. lgs. n. 70/2003 contiene norme a presidio della affidabilità delle transazioni a distanza e del commercio elettronico, e in tale ottica esenta alcuni prestatori di servizi in rete da responsabilità per gli illeciti commessi dagli utenti tramite i loro servizi. Si tratterebbe, pertanto, di un provvedimento normativo risalente nel tempo, avulso dalle odierne problematiche connesse alla regolamentazione del diritto d'autore *on line*, e riferibile al diverso contesto delle transazioni elettroniche in rete.

Le norme suddette, in sintesi, appaiono oltremodo avare di indicazioni riguardo all'oggetto e alle modalità di esercizio del potere regolamentare da parte del *policy maker*: come evidenziato da parte della dottrina, la norma primaria attributiva del potere, in aderenza al principio di legalità formale e sostanziale non potrebbe limitarsi “...a un mero conferimento del potere normativo all'Autorità, dovendolo specificare in oggetto, soggetti, presupposti, limiti, nonché completare con una disciplina immediatamente conformativa del rapporto intersoggettivo. Esaurito il compito del legislatore, la parola

³ D.lgs. n. 70/2003, *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*.

⁴ Sull'esenzione di responsabilità degli operatori intermediari e la conseguente mancanza di obbligo generalizzato di controllo dei contenuti immessi in rete da parte degli utenti a mezzo di filtri antipirateria, cfr. le note decisioni Corte di Giustizia del 24 novembre 2011 nella causa C-70/10 (*Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA - SABAM contro Scarlet Extended SA*) e del 16 febbraio 2012 nella causa C-360/10 (*Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA - SABAM- contro Netlog NV*).

⁵ L'articolo 17 del citato decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70 dispone, al comma 3, che “*Il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente*”.

Osservatorio sulle fonti

normativa passerà all’Autorità, che dovrà chiudere con regolazione di dettaglio il disegno già compiuto a livello primario”⁶.

L’individuazione del delicato punto di equilibrio fra valori antinomici – quali la tutela del diritto d’autore, la libertà di manifestazione del pensiero e di ricerca delle informazioni, il diritto di accesso ad internet, il diritto alla *privacy*, la libertà di iniziativa economica privata – sottintende l’esercizio di numerose libertà fondamentali, ognuna delle quali coperte da riserva di legge: in ragione di ciò, da molti appare auspicabile un intervento esplicito da parte del decisore politico⁷, non surrogabile dall’esercizio di un potere normativo (formalmente) secondario da parte di una Autorità amministrativa che, per sua genesi, si pone al di fuori del circuito democratico rappresentativo, e non risponde politicamente del suo operato.

Sicché, il principio di gerarchia fra fonti di grado primario e secondario, e l’applicazione del principio di legalità e della riserva di legge in materia di libertà fondamentali impongono che i regolamenti delle A.I. intrattengano un rapporto di accessorialità sostanziale rispetto alla legge, in ragione del quale gli atti di livello secondario ripetono dal comando politico non solo il titolo legittimante e l’oggetto, ma svolgono il discorso normativo introdotto da quest’ultimo in via originaria e iniziale⁸, che funge da parametro di riferimento anche per l’eventuale sindacato giurisdizionale.

In caso contrario, i regolamenti delle Autorità dismettono la loro originaria collocazione fra le fonti di livello secondario, per assumere la funzione di atti sostanzialmente primari, disponendo di fatto della forza attiva di legge, e andando a incidere sull’esercizio di libertà e interessi costituzionalmente protetti⁹: il che determinerebbe un *vulnus* al presidio delle garanzie costituzionalmente imposte in materia di diritti fondamentali.

A ogni modo, sulla base dell’interpretazione congiunta delle norme in precedenza evidenziate¹⁰, nonché sulle competenze regolamentari a essa riconosciute dal Codice

⁶ G. DE MINICO, *Diritto d'autore batte Costituzione 2 a 0*, in <http://www.costituzionalismo.it/notizie/562/>. Con riferimento specifico al rapporto fra misure destinate alla protezione del *copyright* e diritto di accesso a Internet, cfr. Id., *Internet. Regola e anarchia*, Napoli, 2012, cap. IV, *passim*.

⁷ N. D’ANGELO, *Copyright in rete, l’Agcom ci riprova*, articolo apparso su *Il fatto quotidiano*, 17 aprile 2013.

⁸ Sul punto, sempre attuali le parole di L. CARLASSARE, *Regolamenti dell’esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, *passim*.

⁹ G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Torino, 2004, special. Cap. I.

¹⁰ In sintesi, l’Autorità ha dunque rinvenuto il fondamento del suo potere regolamentare in materia di diritto d’autore sul web dalla interpretazione di più norme: a) nell’articolo 182 bis della legge 633 del 1941 (legge sul diritto d’autore); b) nel d. lgs. sul commercio elettronico per i soggetti intermediari destinatari di ordini del potere giudiziario e dell’autorità; c) sulle attribuzioni di potere regolamentare da parte del decreto Romani; d) nella competenza in materia di comunicazioni elettroniche genericamente attribuite dall’omonimo Codice.

Inoltre, allo stato risultano depositate in Parlamento alcune iniziative legislative, non assegnate e non calendarizzate: Disegni di legge Atto Senato n. 1066, XVII Legislatura, Modifiche alla legge 22 aprile 1941, n. 633, in materia di tutela degli utenti e repressione delle violazioni del diritto d’autore ai fini di lucro nelle reti di comunicazione elettronica, da assegnare; e inoltre, Atto Camera: 1639 Proposta di leg-

Osservatorio sulle fonti

delle comunicazioni elettroniche¹¹, l'Autorità ha rilevato una piena legittimazione all'esercizio del potere regolamentare, di vigilanza e sanzione con riguardo alla tutela del diritto d'autore dei contenuti diffusi sui nuovi media¹²: sicché, nel luglio 2013 ha approvato uno schema di regolamento¹³, "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"¹⁴ di cui, in questa nota, si descriveranno *iter* formativo e contenuti.

3. Profili formali: il procedimento di approvazione del regolamento

L'Autorità, sulla base delle risultanze istruttorie acquisite attraverso le precedenti consultazioni pubbliche, ha inteso sottoporre a nuova consultazione, ai sensi della Delibera n. 453/03/CONS¹⁵, lo schema di futuro provvedimento¹⁶, stabilendo che il proce-

ge: LIUZZI e CATALANO: Modifiche alla legge 22 aprile 1941, n. 633, in materia di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (1639).

¹¹ In particolare, l'articolo 1, comma 1, lettera f), del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, che individua l'autorità nazionale di regolamentazione nel settore delle comunicazioni elettroniche nell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

¹² Sulla impostazione di una certa parte della giurisprudenza, che giustifica l'adozione di poteri normativi in ragione della teoria dei "poteri impliciti", secondo cui "se c'è da raggiungere i fini genericamente attribuiti dalla legge, la regolamentazione di settori pur non espressamente affidati all'Autorità è coerente al ruolo stesso di quest'ultima", cfr., altresì, Cons. Stato Sez. VI, 29 maggio 2002, n. 2987, in *Giornale Dir. Amm.*, 2002, 8, 881 ss., nonché G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, 2007, p. 719.

¹³ In realtà, l'Autorità è intervenuta sul tema in più fasi diacronicamente scadenze: dapprima nell'Indagine conoscitiva in materia di diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica pubblicata nel febbraio 2010; successivamente, con Delibera n. 668/10/CONS del 17 dicembre 2010 con la quale ha sottoposto a consultazione pubblica un primo documento volto a definire gli elementi essenziali di uno schema di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, cui ha fatto seguito la Delibera n. 398/11/CONS del 6 luglio 2011, recante "Lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, con cui l'Autorità avviato una nuova consultazione in materia.

Oltre ai contributi pervenuti in sede di consultazione, l'Autorità ha tenuto conto di quanto emerso dalle audizioni parlamentari, dalle interlocuzioni intercorse con la Commissione europea e dai lavori del workshop "*Il diritto d'autore online: modelli a confronto*", organizzato dall'Autorità in data 24 maggio 2013.

Dal canto suo, la Commissione europea ha indetto due consultazioni pubbliche nel corso del 2012, la prima avente ad oggetto "*A clean and open Internet: Public consultation on procedures for notifying and acting on illegal content hosted by online intermediaries*", conclusasi nel settembre del 2012, e la seconda (per cui il termine per la presentazione dei contributi) è scaduto il 30 marzo 2013, relativa a "*Civil enforcement of intellectual property rights: public consultation on the efficiency of proceedings and accessibility of measures*".

¹⁴ All. A alla Delibera n. 452/13/CONS del 25 luglio 2013, reperibile in <http://www.agcom.it/Default.aspx?DocID=11564>.

¹⁵ Recante "*Regolamento concernente la procedura di consultazione di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259*".

¹⁶ <http://brunosetta.it/internet/l-regolamento-agcom-e-la-direttiva-europea-notice-and-action.html>.

Osservatorio sulle fonti

dimento della partecipazione al *rule making* abbia la durata di 60 giorni, e prevedendo altresì l'obbligo di notifica alla Commissione europea.

Le modalità della consultazione della Delibera n. 452/2013 rispettano dunque gli *steps* imposti dalla Delibera madre – che disciplina le modalità di partecipazione al procedimento in materia di analisi di mercato – ma nell'Allegato B) allo schema di Regolamento l'Autorità delimita dal punto di vista soggettivo gli *stakeholders* ammessi a sedere al tavolo regolamentare¹⁷, individuando il criterio di selezione dei partecipanti (nell'esperienza americana, cd. *standing*) e specifica altresì che i contributi pervenuti non saranno ritenuti vincolanti in riferimento alla decisione ultima adottata dall'amministrazione¹⁸.

Infine, la possibilità per i partecipanti di sedere congiuntamente al tavolo delle trattative è rimessa alla scelta insindacabile dell'Autorità: le modalità di svolgimento dell'audizione, che potrà se del caso essere svolta in forma collettiva, verranno comunicate soltanto nell'atto di convocazione.

In sintesi, l'Autorità nell'esercizio della sua discrezionalità importa il modello partecipativo previsto in tema di analisi dei mercati al segmento del diritto d'autore, delineando con criteri piuttosto flessibili quali siano gli *stakeholders* ammessi alla partecipazione (soggetti), le modalità della consultazione (partecipazione dei regolati al procedimento) e l'oggetto del confronto (schema di futuro regolamento), costituito da un canovaccio in cui si coagulano le osservazioni emerse nel corso del dibattito scaturito dalle precedenti consultazioni¹⁹. L'esercizio del potere regolamentare, dunque, si muoverà fra i limiti imposti dall'osservanza alle regole previamente stabilite in tema di partecipazione al procedimento e l'assolvimento dell'obbligo di motivazione dello stesso in riferimento all'adeguamento, o meno, alle indicazioni provenienti dalle diverse parti intervenute.

4. Profili sostanziali: il contenuto del futuro regolamento

Lo schema di provvedimento si articola, virtualmente, in due parti: la prima tesa a promuovere la massima diffusione dell'offerta legale di contenuti accessibili agli utenti e a incoraggiare lo sviluppo e la creazione di un mercato aperto dell'accesso ai contenu-

¹⁷ “I soggetti legittimati all'intervento sono gli operatori del settore anche in forma associativa, i soggetti istituzionali e le associazioni rappresentative degli utenti e consumatori”.

¹⁸ “Le comunicazioni fornite dai soggetti che aderiscono alla consultazione non preconstituiscono alcun titolo, condizione o vincolo rispetto ad eventuali successive decisioni dell'Autorità stessa”. “Le comunicazioni potranno essere redatte sotto forma di emendamento agli articoli con sintetica motivazione sugli aspetti di interesse del rispondente e di risposta ai quesiti riportati in calce a ciascun articolo, unitamente ad ogni altro elemento utile alla consultazione di cui trattasi”. “I soggetti interessati possono chiedere, con apposita istanza, di illustrare nel corso di un'audizione le proprie osservazioni, sulla base del documento scritto inviato in precedenza”.

¹⁹ Sul “contenuto prescrittivo minimo” del modello partecipativo dinanzi alle Autorità, costituito da un procedimento in cui si individuino ex ante a) il criterio di legittimazione dei partecipanti e b) le garanzie di effettività della *par condicio* partecipativa, cfr. G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, cit., special. Cap. II. Sul paradigma del modello *Notice and comment* americano, cfr. *ivi*, cap. III.

Osservatorio sulle fonti

ti a tutela degli utenti e della concorrenza; la seconda avente a oggetto la definizione delle misure repressive a tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, attraverso un articolato procedimento ripartito in una duplice fase.

Lo schema di regolamento può dunque essere idealmente suddiviso in due tipologie di azioni: *promotion* ed *enforcement*.

4.1. *Promotion (educazione all'offerta legale dei contenuti)*

Lo schema di regolamento dell'AGCom si fonda sul convincimento che la lotta all'illegalità non possa limitarsi a una mera azione di contrasto attivabile *ex post*, ma debba accompagnarsi a una serie di azioni intraprese *ex ante* rispetto alla commissione dell'illecito, e volte a promuovere l'uso consapevole e conforme a legalità dei contenuti diffusi in rete. In sintesi, i tre assi portanti del provvedimento consistono nella: i) promozione dell'educazione degli utenti, in particolare dei più giovani, alla fruizione legale delle opere digitali; ii) la massima diffusione dell'offerta legale di opere digitali; iii) l'elaborazione di "codici di condotta", a livello nazionale ed anche nell'ambito dell'Unione Europea.

L'Autorità all'uopo intende istituire un nuovo organo, denominato "*Comitato per lo sviluppo e la tutela dell'offerta legale di opere digitali*", costituito da esponenti delle associazioni di categoria, e volto a promuovere forme di autoregolamentazione per la diffusione di contenuti digitali legali, monitorare l'applicazione del regolamento e formulare proposte di aggiornamento in relazione ai cambiamenti tecnologici e di mercato.

4.2. *Enforcement (procedimento di rimozione forzata dei contenuti)*

Con specifico riferimento all'adozione di strumenti inibitori tesi a reprimere le violazioni dei diritti d'autore *on line*²⁰, lo schema di regolamento si ispira alla procedura di derivazione statunitense di "Notifica e rimozione" (c.d. "*Notice and take down*") introdotto negli Stati Uniti dal *Digital Millennium Copyright Act*²¹.

L'Autorità si concentra sulle violazioni esercitate con finalità di lucro e assegna carattere assolutamente prioritario alla lotta contro la pirateria "massiva". Pertanto, l'Autorità formalmente esclude dal proprio perimetro d'intervento gli utenti finali (*downloaders*) e il cosiddetto *peer-to-peer*²². Il procedimento si ispira ai principi di celerità e rispetta il principio del contraddittorio in modo da consentire a tutti i soggetti interessati di far valere le proprie ragioni.

²⁰ Sul fondamento dei poteri inibitori v. V. ZENO ZENCOVICH, relazione introduttiva al Convegno *Strumenti per il diritto d'autore su Internet*, reperibile sul sito www.isimm.it, il quale rileva che dalle disposizioni del d.lgs. n. 70 del 2003 e della direttiva comunitaria 2000/31/CE si evincono chiaramente i poteri di vigilanza e di interdizione attribuiti all'Autorità.

²¹ *Digital millennium copyright act*, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998), in <http://www.copyright.gov/legislation/hr2281.pdf>.

²² <http://www.fulviosarzana.it/blog/10-cose-da-sapere-su-agcom-e-diritto-dautore-sanzionate-con-la-cancellazione-del-sito-anche-i-forum-ed-i-blog-che-incoraggino-la-fruizione-di-opere-digitali-il-fact-check/>.

Osservatorio sulle fonti

È previsto che il procedimento dinanzi all’Autorità possa essere avviato solo su istanza del soggetto legittimato, quindi non d’ufficio, e dopo che il soggetto abbia rivolto, senza esito positivo, una richiesta di rimozione al gestore della pagina internet. In breve, qualora un soggetto legittimato – *id est*, detentore dei diritti d’autore – ritenga che un’opera digitale resa disponibile su una pagina internet violi il diritto d’autore o un diritto connesso, può inviare una richiesta di rimozione al gestore della pagina internet (cfr. art. 6 della bozza di Regolamento)²³.

In ogni caso, qualora l’opera digitale che si assume diffusa in violazione della Legge sul diritto d’autore non sia stata rimossa, o in caso di esito negativo delle procedure autoregolamentate e previamente notificate all’Autorità, nonché rese pubbliche attraverso il sito istituzionale dell’Autorità medesima, il soggetto legittimato potrà richiedere la rimozione a mezzo di un intervento dell’Autorità (cfr. art. 7 dello schema di Regolamento). Inoltre, qualora non risulti possibile rivolgersi al gestore, il titolare del diritto è legittimato inoltrare la richiesta di rimozione direttamente all’Autorità.

A seguito dell’istruttoria svolta in contraddittorio fra le parti (cfr. art. 8), l’Autorità può disporre l’archiviazione del procedimento o impartire un ordine di rimozione (cfr. art. 9). Pertanto, nel caso in cui sia riscontrata la violazione, entro 45 giorni dal ricevimento dell’istanza dell’avente diritto, la Commissione per i servizi ed i prodotti disporrà di due misure inibitorie:

- a) la rimozione selettiva – intesa come “eliminazione dalla pagina internet delle opere digitali diffuse in violazione del diritto d’autore o dei diritti connessi ovvero del collegamento ipertestuale (*link* o *tracker*) alle stesse” (cfr. art. 1 comma 1 lett. cc. del regolamento). La misura della rimozione selettiva del contenuto illegale è applicabile nei casi in cui il sito ospiti sia contenuti legali che contenuti illegali, e non abbia quale finalità prevalente quello della pirateria informatica.
- b) Alternativamente, l’Autorità potrebbe ordinare la misure di disconnessione dei siti posti all’estero, vale a dire la “disabilitazione dell’accesso al sito internet univocamente identificato da uno o più nomi di dominio (DNS) o dagli indirizzi IP ad essi associati”. La misura della disabilitazione dell’accesso al contenuto illegale (cd. oscuramento dei siti) è ritenuta la più idonea per i casi di pirateria massiva effettuata con server situati all’estero. Difatti, poiché l’autore dell’illecito e/o il gestore del sito situato all’estero appaiono fuori della giurisdizione delle autorità interne, l’ordine inibitorio può comunque

²³ Il gestore della pagina internet è inteso come “il prestatore di servizi della società dell’informazione che, sulla rete internet, cura la gestione e l’organizzazione di uno spazio su cui sono presenti opere digitali o parti di esse ovvero collegamenti ipertestuali (*links* o *tracker*) alle stesse, anche caricati da terzi”. In pratica si tratta di quei soggetti che, pur prestando dei servizi nella società dell’informazione non operano una gestione automatica e passiva dei contenuti (che porterebbe a una esenzione ai sensi del decreto legislativo sul commercio elettronico già citato), ma organizzano lo spazio web così assumendo la responsabilità dei contenuti medesimi (figura del cd. *hoster attivo*). Il gestore non è però l’*uploader* (colui che carica il contenuto online), anche se in determinati casi può coincidere con tale soggetto, come in ipotesi di blog, dove il gestore del blog è a tutti gli effetti “*gestore della pagina internet*”.

Osservatorio sulle fonti

investire l'attività dell'operatore ubicato nel territorio nazionale che fornisca il servizio di connessione e accesso alla rete.

Le misure proposte in consultazione pertanto coincidono con quelle previste dal decreto legislativo n. 70/2003 – rimozione selettiva o disabilitazione dell'accesso ai contenuti illeciti – e sono improntate a gradualità e proporzionalità, tenendo conto della gravità della violazione e della localizzazione del server.

Ma chi sono i destinatari dei provvedimenti inibitori? L'Autorità definisce il “prestatore di servizi intermediari” come “i prestatori di servizi della società dell'informazione che effettuano attività di prestazione di servizi di *mere conduit*, di *caching* o di *hosting* (come definito agli articoli 14, 15 e 16 del Decreto sul commercio elettronico)²⁴, ivi rientrando anche gli *access provider*. L'art. 9 del regolamento si riferisce a queste figure, intese quali destinatarie degli ordini dell'Autorità, e quindi concretamente vincolate all'obbligo di fare, cioè di adottare gli strumenti inibitori. All'esito del procedimento istruttorio pare dunque venire meno la figura del “gestore della pagina internet”, responsabile per i contenuti ospitati e chiamato in causa in prima battuta da parte del detentore dei diritti che si ritenga leso.

Infine, in ordine alle sanzioni, il comma 4 dell'articolo 9 prevede che in caso di inottemperanza all'ordine dell'AGCOM entro 3 giorni successivi la stessa Autorità possa irrogare sanzioni pecuniarie da 10mila a 250mila Euro. Inoltre, l'AGCOM infatti segnalerà l'accaduto alla polizia giudiziaria ai fini dell'accertamento di eventuali notizie di reato.

5. Riserva di giurisdizione: quid iuris?

La proposta di regolamento dispone che, qualora nel corso del procedimento sia adita l'autorità giudiziaria per il medesimo oggetto e tra le stesse parti, la procedura venga archiviata e gli atti trasmessi alla magistratura. Il regolamento lascia dunque sempre aperta la possibilità di attivare il canale giurisdizionale, in alternativa a quello intrapreso dinanzi all'Autorità.

Sul punto appare necessario rilevare un doppio grado di riflessioni:

- a) in primo luogo, i provvedimenti dell'Autorità risultano oggetto di sindacato da parte del giudice amministrativo, come d'altronde l'art. 113 Cost. dispone, al fine di garantire la tutela delle posizioni soggettive lese dal provvedimento. D'altro canto, quanto più ampia è la delega in bianco che il decisore politico compie in favore del regolatore indipendente, tanto più vasto deve essere l'obbligo motivazionale a corredo del provvedimento regolamentare finale e dei conseguenti atti discrezionali-amministrativi di attuazione.
- b) La funzione concretamente assunta dal regolatore a mezzo di provvedimenti di carattere inibitorio, ancorché esercitata in posizione di imparzialità rispetto agli interessi posti in contraddittorio, ma in grado di incidere sulle libertà

²⁴ <http://www.medialaws.eu/agcom-e-diritto-dautore-un-rapporto-ancora-difficile-note-a-caldo-sul-nuovo-regolamento-ddaonline/>.

Osservatorio sulle fonti

fondamentali, limitandole, non è abilitata a sostituire le funzioni del giudice, pena altrimenti la lesione della riserva di giurisdizione costituzionalmente imposta per l'adozione di atti tesi a limitare l'esercizio delle libertà suddette. D'altronde, funzione giurisdizionale e funzione amministrativa delle Autorità si pongono su piani del tutto diversi²⁵.

Pertanto, secondo attenta dottrinale le libertà in gioco sono dunque limitabili solo su decisione motivata dell'autorità giudiziaria alle condizioni poste dalla legge, né tali limiti possono essere imposti da "Autorità indipendente, la quale, per posizione istituzionale e regime giuridico dei suoi atti, non appartiene però al potere giudiziario". Né la preferenza del ricorso giurisdizionale al rimedio amministrativo, intesa quale addizione di mezzi, amministrativo e giudiziario, appare compatibile con la riserva di giurisdizione, poiché riserva di giurisdizione e cumulo di mezzi appaiono in un "rapporto di esclusione reciproca"²⁶.

In definitiva, le problematiche connesse alla tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica appaiono oggetto di un acceso dibattito, per ora non sopito, sul fondamento e sui limiti di intervento del potere regolamentare da parte delle Autorità amministrative Indipendenti. Si attendono dunque gli esiti della consultazione pubblica, e le conseguenti posizioni assunte dall'Autorità nel regolamento definitivo, a seguito di un percorso regolamentare così "arduo e accidentato".

²⁵ Il provvedimento dell'Autorità teso a individuare la misura di componimento degli interessi in conflitto a seguito di un procedimento *ad hoc* non assume natura paragiurisdizionale: secondo Cass. Civ., sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341 l'ordinamento non conosce un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione, alle quali la Costituzione riserva rispettivamente, per distinguerne e disciplinarne le attività, gli art. 111 e 97.

²⁶ G. DE MINICO, *Diritto d'autore batte Costituzione 2 a 0*, op. cit.