

Osservatorio sulle fonti

DIRITTO D'AUTORE IN RETE E COSTITUZIONE: CONCERTO TRA LE FONTI?

di *Marana Avvisati**

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Le fonti di riferimento. - 3. Il regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica ex delibera n. 680/13/CONS. - 4. Le posizioni dei ricorrenti (4.1. Quanto al fondamento del potere regolamentare in materia di libertà fondamentali. 4.2. Quanto al principio della riserva di giurisdizione in materia di libertà fondamentali). - 5. Le motivazioni del Tar Lazio, Sez. I, ordd. nn. 1016/2014 e 1020/2014. - 6. Le ipotesi alternative. - 7. Conclusioni: riflessioni sulle fonti regolatrici del diritto d'autore in rete.

1. Introduzione

Queste riflessioni traggono spunto dal vivace dibattito generato dal regolamento sul diritto d'autore in rete¹. Con tale atto l'Autorità per le Garanzie delle comunicazioni² ha inteso accordare una tutela tempestiva al diritto in esame, se aggredito da condotte presuntivamente illecite da chiunque tenute sulle reti televisive o in Internet. Numerose associazioni di categoria hanno impugnato il regolamento *de quo* dinanzi al Tar Lazio che, con due distinte ordinanze³, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale delle norme primarie attributive del potere regolamentare all'Autorità.

Sintetizzato in breve il fatto, anticipiamo come articoleremo la nostra riflessione. Dapprima, approfondiremo il quadro normativo di riferimento, al fine di verificare il titolo legittimante l'esercizio del potere regolamentare dell'Autorità. Successivamente, esamineremo le diverse posizioni dei ricorrenti, il cui gravame si risolve, come si vedrà, principalmente in due censure: l'esercizio di un potere regolamentare, in materia coperta da riserva di legge, in assenza della norma primaria sostanzialmente attributiva del potere normativo secondario all'Autorità amministrativa; l'introduzione con il suddetto regolamento di un procedimento amministrativo quasi-contenzioso diretto a dirimere la lite tra le libertà fondamentali in conflitto, in violazione alla riserva di giurisdizione, presidio costituzionale delle medesime libertà. Quindi, esamineremo le posizioni del Tar Lazio rispetto alle motivazioni addotte dai ricorrenti; nonché le ragioni della ordi-

¹ Delibera n. 680/13/CONS, recante *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*, 12 dicembre 2013, reperibile al seguente link: http://www.agcom.it/documentazione/documento?p_p_auth=fLw7zRht&p_p_id=101_INSTANCE_kidx9GUnIodu&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column1&p_p_col_count=1&_101_INSTANCE_kidx9GUnIodu_assetEntryId=771920&_101_INSTANCE_kidx9GUnIodu_type=document.

Per un commento al testo del regolamento v., da ultimo, L. C. Ubertazzi (a cura di), *Il regolamento Agcom sul diritto d'autore*, Torino, 2014.

² D'ora in poi indicata con l'acronimo A.G.Com.

³ Tar Lazio, Sez. I, ordd. nn. 1016/2014 e 1020/2014.

Osservatorio sulle fonti

nanza di rinvio dinanzi al Giudice delle leggi e infine, le possibili alternative a disposizione dell'Autorità, nel caso non avesse ottemperato al mandato regolamentare conferitole dal Legislatore.

In chiusura, il discorso interesserà le fonti regolatrici delle libertà in Internet, con particolare riferimento al sistema delle garanzie nonché al principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., nelle ricostruzioni dottrinali e nei lavori parlamentari da ultimo risultanti nella bozza di «Dichiarazione dei Diritti in Internet».

2. Le fonti di riferimento

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 radiofonici⁴, 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. 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.

La norma appena evidenziata delinea dunque il primo segmento di competenza dell'Autorità, riguardante i servizi media audiovisivi⁵. D'altro canto, l'Autorità ha rinvenuto le norme attributive del potere di intervento a tutela del diritto d'autore anche in riferimento alle reti di comunicazione elettronica negli artt. 14, 15, 16 e 17 del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 (cd. decreto sul commercio elettronico)⁶, diretti agli operatori intermediari (*mere conduit, caching e hosting*).

Questi ultimi non sono tenuti a un obbligo generale di sorveglianza e sono dunque irresponsabili per gli illeciti commessi in rete da terzi soggetti; tuttavia, sono civilmente responsabili allorquando vengano a conoscenza di attività illecite commesse in rete e

⁴ Decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, *Testo Unico dei servizi media audiovisivi e radiofonici*. Per un commento, v. O. Grandinetti, *Il testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2011, 2, 121 ss.

⁵ Si riporta la definizione ex art. 2 Tusmar: Art. 2. (Definizioni) (1. Ai fini del presente testo unico si intende per: a) "servizio di media audiovisivo": 1) un servizio, quale definito agli articoli 56 e 57 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che è sotto la responsabilità editoriale di un fornitore di servizi media e il cui obiettivo principale è la fornitura di programmi al fine di informare, intrattenere o istruire il grande pubblico, attraverso reti di comunicazioni elettroniche. Per siffatto servizio di media audiovisivo si intende o la radiodiffusione televisiva, come definita alla lettera i) del presente articolo e, in particolare, la televisione analogica e digitale, la trasmissione continua in diretta quale il live streaming, la trasmissione televisiva su Internet quale il webcasting e il video quasi su domanda quale il near video on demand, o un servizio di media audiovisivo a richiesta, come definito dalla lettera m) del presente articolo (...).

⁶ D.lgs. 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*.

Osservatorio sulle fonti

omettano di informare le autorità (giudiziaria e «amministrativa»); infine, sono destinatari degli ordini impartiti dal potere giudiziario o di altre «autorità amministrative di vigilanza» volti a esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore di servizi «impedisca o ponga fine alle violazioni commesse», rimuovendo le informazioni o disabilitando l'accesso alle stesse. In caso contrario, sorgerebbe l'inottemperanza al dovere di collaborazione con le istituzioni preposte e la conseguente responsabilità civile.

Va altresì aggiunto che l'Autorità ha rinvenuto il fondamento del suo potere regolamentare nell'articolo 182 *bis* della legge n. 633 del 22 aprile 1941 (recante «Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio» – cd. legge sul diritto d'autore), che investe l'A.G.Com. di funzioni di vigilanza, nell'ambito delle competenze previste dalla legge «al fine di prevenire e ed accertare violazioni delle prescrizioni in materia di diritto d'autore»; nonché nelle funzioni di vigilanza in materia di servizi di comunicazioni elettroniche, genericamente attribuite dall'omonimo Codice (d. lgs. 1 agosto 2003, n. 259 e s.m.)⁷ e dai poteri regolatori riconosciuti dalle leggi istitutive (leggi n. 481 del 1995 e n. 249 del 1997).

In sintesi l'Autorità, in base a una interpretazione sistematica delle suindicate norme, ha rinvenuto l'appiglio normativo necessario e sufficiente per l'esercizio del potere regolamentare in materia di diritto d'autore nel segmento dei servizi media e in quello delle comunicazioni elettroniche. Ciò nonostante si evidenzia che l'Autorità, data la complessità e la delicatezza degli interessi coinvolti, ha svolto un iter istruttorio articolato e approfondito, rivolgendo attenzione costante al *benchmarking* internazionale ed enfatizzando il modello partecipativo con gli *stakeholders*, le cui considerazioni sono state prese in considerazione nelle motivazioni alla base del provvedimento finale, recante il regolamento *de quo*. Difatti, dapprima la questione della regolamentazione del diritto d'autore in rete è stata oggetto di una Indagine conoscitiva in materia di diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, pubblicata nel febbraio 2010; successi-

⁷ L'articolo 3, comma 1, del citato decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, dispone che «I provvedimenti riguardanti l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, rispettano i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dai principi generali del diritto dell'Unione europea. Qualunque provvedimento di questo tipo riguardante l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, che ostacolasse tali diritti o libertà fondamentali può essere imposto soltanto se appropriato, proporzionato e necessario nel contesto di una società democratica e la sua attuazione deve essere oggetto di adeguate garanzie procedurali conformemente alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e ai principi generali del diritto dell'Unione europea, inclusi un'efficace tutela giurisdizionale e un giusto processo. Tali provvedimenti sono adottati soltanto nel rispetto del principio della presunzione d'innocenza e del diritto alla protezione dei dati personali. Deve essere garantita una procedura preliminare equa ed imparziale, che fra l'altro assicuri il diritto della persona o delle persone interessate di essere ascoltate, fatta salva la necessità di presupposti e regimi procedurali appropriati in casi di urgenza debitamente accertata conformemente alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Deve essere garantito il diritto ad un controllo giurisdizionale efficace e tempestivo».

Osservatorio sulle fonti

vamente, con delibera n. 668/10/CONS del 17 dicembre 2010⁸, l'Autorità ha sottoposto a consultazione pubblica⁹ un documento volto a definire uno schema di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica. A questa ha fatto seguito la delibera n. 398/11/CONS del 6 luglio 2011¹⁰ 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. Soltanto a valle di questo complesso e approfondito iter istruttorio, caratterizzato dal serrato confronto con gli *stakeholders* e da una procedura di notifica comunitaria¹¹, audizioni parlamentari del Presidente dell'Autorità¹², nonché dall'avvicinarsi di

⁸ Reperibile al seguente link:
http://www.agcom.it/documentazione/documento?p_p_auth=fLw7zRht&p_p_id=101_INSTANCE_kidx9GUnIodu&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_INSTANCE_kidx9GUnIodu_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_INSTANCE_kidx9GUnIodu_assetEntryId=849541&_101_INSTANCE_kidx9GUnIodu_type=document.

⁹ Cfr. delibera n. 452/13/CONS del 25 luglio 2013, recante *Consultazione pubblica sullo schema di 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*, reperibile al seguente link:
http://www.agcom.it/documentazione/documento?p_p_auth=fLw7zRht&p_p_id=101_INSTANCE_kidx9GUnIodu&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_INSTANCE_kidx9GUnIodu_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_INSTANCE_kidx9GUnIodu_assetEntryId=667482&_101_INSTANCE_kidx9GUnIodu_type=document.

¹⁰ Reperibile al seguente link:
http://www.agcom.it/documentazione/documento?p_p_auth=fLw7zRht&p_p_id=101_INSTANCE_kidx9GUnIodu&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_INSTANCE_kidx9GUnIodu_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_INSTANCE_kidx9GUnIodu_assetEntryId=891943&_101_INSTANCE_kidx9GUnIodu_type=document.

¹¹ Numero della notifica: 2013/496/I, ai sensi della Direttiva 98/34/CE CONSIGLIO del Parlamento europeo e del Consiglio, 22 giugno 1998 (cd. direttiva trasparenza), che prevede una procedura d'informazione alla Commissione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione ([GU L 204 del 21.7.1998, pag. 37-48](#)). L'esame della Commissione è stato incentrato sulla conformità dell'atto notificato con il diritto dell'UE e, in particolare, sull'analisi della coerenza delle disposizioni in esso previste con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE e con il diritto dell'Unione europea. In tale ottica, la Commissione ha verificato se, in conformità alla direttiva sul commercio elettronico, le misure volte alla rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime fossero state effettuate nel rispetto del principio della libertà di espressione. Le osservazioni della Commissione, di carattere riservato, sono pervenute all'Autorità il 3 dicembre; l'A.G.Com ha quindi adottato il provvedimento finale con delibera n. 680/13/CONS del 12 dicembre 2013. A seguito dell'invio del testo finale, con nota del 28 gennaio 2014 la Commissione ha informato l'A.G.Com. di non avere ulteriori commenti e osservazioni.

¹² Audizione del Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in materia di tutela della proprietà intellettuale sulle reti di comunicazione elettronica e sulla tutela dei minori nella programmazione, nelle trasmissioni e nella pubblicità dei media audiovisivi, [Camera dei Deputati, Commissioni riunite VII e IX, 15 gennaio 2014](#).

Osservatorio sulle fonti

un nuovo Consiglio, l’Autorità ha approvato il regolamento in commento.

Il particolare *iter* di adozione sin qui descritto rivela, pertanto, la moltitudine e delicatezza degli interessi coinvolti, spesso fra loro antinomici. L’Autorità, chiamata a regolamentare la tutela del diritto d’autore nei servizi di comunicazione elettronica, si è trovata – in presenza di una norma primaria attributiva del potere “avara” di indicazioni *ex ante* rispetto all’esercizio del potere regolamentare – a realizzare un difficile contemperamento fra numerosi diritti fondamentali, quali: libertà di espressione e manifestazione del pensiero, libertà di comunicazione, diritto alla *privacy*, accesso alla cultura e ad internet, tutela della libertà di iniziativa economica e dei diritti morali e patrimoniali di proprietà intellettuale¹³.

3. Il regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica ex delibera n. 680/13/CONS

In via di estrema sintesi, si evidenzia che il regolamento *de quo* – volto a tutelare l’interesse pubblicistico allo sviluppo della creatività e alla corretta diffusione della cultura e delle informazioni – prevede che il *policy maker* adotti modalità procedurali suddivise in due tipologie di intervento, *ex ante* ed *ex post*¹⁴. «*In quest’ottica si motiva la scelta di intervenire sul duplice piano della predisposizione di misure dirette, da una parte, ad incentivare lo sviluppo dell’offerta legale di opere digitali e l’educazione del pubblico alla corretta fruizione delle stesse e, dall’altra, alla vigilanza, all’accertamento e alla cessazione delle violazioni del diritto d’autore o dei diritti connessi, comunque realizzate, poste in essere sulle reti di comunicazione elettronica*»¹⁵.

Verifichiamo, pertanto, entrambe le tipologie di intervento.

Ex ante: L’Autorità intende prevenire le violazioni del *copyright* in rete attraverso l’esercizio costante di una *moral suasion* finalizzata all’educazione, all’utilizzo consapevole e informato del cittadino dei contenuti in rete, e alla promozione di forme di offerta legale dei contenuti celeri, semplici ed economiche. La *moral suasion* dell’Autorità consiste in un’attività di persuasione condotta in via preliminare, non destinata a reprimere una illiceità ormai avvenuta, ma a prevenire l’evento lesivo temuto tramite l’indicazione di modelli di condotta rivolti alla generalità dei destinatari, la cui bontà intrinseca appare sorrette dall’autorevolezza dell’organismo ad alta *expertise* tecnica. Dunque, all’indicazione del disvalore morale e sociale dei comportamenti volti all’acquisizione incon-

¹³ In tema, v. O. Pollicino, *Tutela del diritto d'autore e protezione della libertà di espressione in chiave comparata. Quale equilibrio su internet?*, in F. Pizzetti (a cura di), *Il caso del diritto di autore, Seconda edizione*, Torino, 2011, pp.97-121; M. Orofino, *La libertà di espressione tra Costituzione e carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Torino, 2014, *passim*.

¹⁴ Il regolamento introduce quindi una “procedura di *notice and take down*”, cioè finalizzate alla rimozione di contenuti illeciti dalle reti di comunicazione elettronica. Per il modello *Notice and Take Down* del *Digital Millennium Act* americano si rinvia al testo reperibile al seguente link: <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>.

¹⁵ Così testualmente dispone la delibera n. 668/13/CONS, nelle motivazioni preliminari (p. 6).

Osservatorio sulle fonti

trollata di contenuti protetti dal *copyright*, corrisponde la rappresentazione di un idealtipo comportamentale, basato sulla consapevolezza della possibilità di fruizione legale delle opere secondo modalità semplici e contenute nei costi. L'Autorità, pertanto, nel nuovo regolamento si impegna ad adottare misure positive, cioè non a carattere inibitorio e sanzionatorio – proprio della fase patologica – ma volte a educare e suggerire le condotte più idonee a creare un ambiente favorevole allo sviluppo e fruizione di opere digitali legali, tali da disincentivare *ab origine* l'evento temuto.

In particolare, al fine di individuare e rendere concretamente operative tali misure, il regolamento istituisce un apposito Comitato, nel quale vengono rappresentate tutte le diverse categorie interessate, ivi compresi gli organismi pubblici competenti in materia. Al Comitato è affidato il compito di monitorare l'applicazione del regolamento, nonché di formulare ipotesi di modifica volte ad adeguarlo all'evoluzione dei mercati e a quella della tecnologia; promuovere forme di regolamentazione; individuare le linee portanti della promozione dell'offerta legale.

Ex post: L'Autorità ha inteso delineare un modello procedimentale alla base della sua attività di intervento attivabile *ex post* (cd. *enforcement*), cioè a illecito avvenuto, nel rispetto dei principi di legalità, ragionevolezza, proporzionalità e contraddittorio dell'azione amministrativa. Si tratta di un procedimento particolarmente celere, che affianca un nuovo binario accanto a quello tradizionale giudiziario; il *policy maker* ha dunque introdotto una modalità di tutela più semplice e tempestiva, tenuto conto dell'immediatezza con cui si propagano le informazioni sulle reti di comunicazione elettronica, e ferme restando le eventuali procedure autoregolamentate di *notice and take down*.

In base a tale procedimento il detentore dei diritti segnala la violazione direttamente ad A.G.Com. la quale, qualora non disponga dell'archiviazione, inizia il procedimento istruttorio. Mediante la comunicazione di avvio del procedimento – inviata al soggetto istante, ai prestatori di servizi e, se rintracciabili, all'*uploader* e al gestore della pagina e del sito internet – i responsabili dell'asserita violazione vengono in primo luogo informati della possibilità di procedere all'adeguamento spontaneo. Sicché, gli interventi di *enforcement* avvengono solo su segnalazione, secondo una istanza presentata dal titolare del diritto stesso, e non d'ufficio, dando priorità ai casi di violazioni massive: il nuovo regolamento dell'Autorità, difatti, non intende coinvolgere le più comuni pratiche di “saccheggio” degli utenti finali, quali il *downloading*, lo *streaming* e il *peer-to-peer*. L'Autorità ha dunque inteso combattere le forme organizzate e sistematiche di pirateria, suscettibili di recare maggiore danno al bene oggetto di tutela, evitando di intraprendere azioni dirette nei confronti degli utenti finali.

Qualora subentri un adeguamento spontaneo, il procedimento si conclude con una delibera di archiviazione. In alternativa, fatte salve le esigenze istruttorie e di contraddittorio, l'Autorità trasmette gli atti all'organo collegiale, per cui il provvedimento si conclude con l'archiviazione o con l'emanazione di un ordine di porre fine alla violazione precedentemente accertata rivolto ai prestatori di servizi richiamati dalla Direttiva sul Commercio elettronico a suo tempo destinatari della comunicazione di avvio del procedimento (e dunque consapevoli della presunta illiceità commessa), ovvero gli internet

Osservatorio sulle fonti

providers. L'A.G.Com. ha dunque ritenuto che la figura del gestore della pagina Internet, così come l'*uploader*, non rientri nel campo di applicazione della direttiva commercio elettronico e del decreto legislativo 70/2003/CEE e, pertanto, non può essere destinataria di ordini specifici da parte dell'Autorità amministrativa.

L'intervento dell'Autorità si propone come alternativo, e non sostitutivo, rispetto a quello dell'autorità giudiziaria, essendo previste la non procedibilità dell'istanza qualora sia stata adita l'autorità giudiziaria e l'archiviazione del procedimento amministrativo laddove il soggetto istante adisca l'autorità giudiziaria.

Il contenuto dell'ordine può, a sua volta, consistere nella rimozione selettiva delle opere digitali illegalmente diffuse per i siti localizzati nel territorio nazionale, o nella disabilitazione dell'accesso ad esse per i siti all'estero. L'efficacia degli ordini impartiti dall'A.G.Com. è presidiata dall'applicabilità, nel caso di inottemperanza, delle sanzioni pecuniarie previste in via generale dall'art. 1, comma 31, della legge n. 249 del 1997.

4. Le posizioni dei ricorrenti

4.1. Quanto al fondamento del potere regolamentare in materia di libertà fondamentali

Il regolamento, come già evidenziato, ha provocato un intenso dibattito fra sostenitori e quanti, come nel caso di specie, si sono mostrati contrari alla sua entrata in vigore.

Fra i primi, si segnala l'industria della cultura, lì dove ha ritenuto che il regolamento dovesse considerarsi un mezzo efficace per la tutela e la promozione dell'offerta legale dei contenuti, dunque veicolo di crescita del settore, posto in sofferenza dalla diffusione e dal massiccio consumo di contenuti illegali.

Al contrario, le associazioni ricorrenti dinanzi al Tar Lazio ritengono che dal regolamento derivi una sproporzionata compressione delle libertà in rete, che compromette le garanzie previste dalla Costituzione in tema di limiti all'esercizio dei diritti.

In particolare le parti ricorrenti, a mezzo del ricorso introduttivo, contestano che dalle fonti normative primarie citate possa ricavarsi una legittimazione dell'Autorità a intervenire tramite l'esercizio del potere regolamentare. Il regolamento A.G.Com., pertanto, sarebbe viziato da incompetenza e violazione di legge, ponendosi fuori del perimetro normativo disegnato dalla normativa primaria, e introducendo una disciplina relativa a materia già oggetto di altra norma di rango primario, quale la legge 633/1941 a tutela del "diritto d'autore".

L'impostazione suddetta si fonda su alcune correnti di pensiero, in base alle quali le fonti citate, attributive delle competenze regolamentari, appaiono oltremodo avare di indicazioni riguardo all'oggetto e alle modalità di esercizio del potere normativo da parte del *policy maker*. Al contrario, secondo tale impostazione la fonte primaria, 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 normativa

Osservatorio sulle fonti

passerà all’Autorità, che dovrà chiudere con regolazione di dettaglio il disegno già compiuto a livello primario»¹⁶.

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 il bilanciamento ragionevole e proporzionato di numerose libertà fondamentali. In ragione di ciò, la giurisprudenza della Corte Costituzionale ha sempre ritenuto necessario un intervento esplicito da parte del decisore politico atto a definire i parametri idonei a garantire la necessaria ponderazione fra i diversi diritti previsti in Costituzione. Proprio in riferimento alla libertà di manifestazione del pensiero la Corte Costituzionale, fin dalla risalente sentenza n. 9 del 1965 ritenne che «...*tutte le limitazioni sostanziali di questa libertà non possono essere poste se non per legge (riserva assoluta di legge) e debbono trovare fondamento in precetti e principi costituzionali*»¹⁷.

Tale misura di composizione ed equilibrio non appare 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, diversamente dagli organi da questo eletti, neanche risponde politicamente del suo operato¹⁸.

¹⁶ Cfr., in merito, G. De Minico, *Diritto d’autore batte costituzione 2 a 0*, in www.costituzionalismo.it, 22 luglio 2012, p. 5.

¹⁷ La giurisprudenza della Corte appare granitica sul punto: v., in senso conforme, Corte Cost., nn. 19/1962, 25/1965, 87/1966, 100/1966, 120/1968, 199/1972, 15, 16 e 133 del 1973, 20 e 290 del 1974, n. 100/1981.

¹⁸ Il contributo dottrinale sulla assenza di conformazione del potere normativo delle Autorità indipendenti è molto vasto. In tema si v., almeno, M. Manetti, *Autorità indipendenti* (voce), in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, IV vol. di aggiornamento, Roma, 1997, p. 7; M. A. Cabiddu - D. Caldirola, *L’attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, n. 1/2, 2000, 13 ss.; S. Labriola, *Le Autorità indipendenti (Note preliminari)*, in Id., (a cura di), *Le Autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, 2000, p. 29 ss.; V. Cerulli Irelli, *Sul potere normativo delle Autorità Amministrative Indipendenti*, in M. D’Alberti – A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità Indipendenti e l’economia*, Bologna, 2010, p. 75 ss.

N. Marzona, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, S. Cassese-C. Franchini, (a cura di) Bologna, 1996, *I garanti delle regole*, p. 87: l’A. giustifica l’esercizio del potere regolamentare delle A.I. sulla base di una nuova concezione dello Stato pluralista; il potere (formalmente) secondario sarebbe legittimato da un rinnovato criterio di competenza che si sostituisce a quello gerarchico, in virtù dell’elevato grado di conoscenze tecniche rinvenibile in capo a tali Autorità.

F. Politi, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXVI, Roma, 2001, 1 ss., ritiene che l’esercizio del potere normativo fondamentalmente primario delle A.I. si giustifichi sul fatto che la legge deve ritrarsi, operando a mezzo di principi generali, e lasciando che lo spazio ad essa costituzionalmente spettante sia riservato alla capacità innovativa delle Autorità. Per una critica della ricostruzione teorica che legittima il potere normativo primario delle A.I. in forza di una riserva di competenza loro attribuita, G. De Minico, *Regole. Comando e consenso*, Torino, 2005, p. 51, nota n. 85: secondo l’A., il criterio della competenza può operare legittimamente soltanto qualora l’assegnazione della materia avvenga a livello costituzionale, non potendo il comando legislativo stabilire una riserva di competenza, e disporre della sua stessa forza.

Sullo strumento della consultazione, quale modello procedimentale in grado di restituire legittimità ai regolamenti pseudo-indipendenti delle Autorità, v. Manetti, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, 1994, *passim*; nonché, Consiglio di Stato, n. 2521/2012: «La dequotazione del principio di legalità sostanziale –

Osservatorio sulle fonti

Così insegna la Corte Costituzionale, in una nota sentenza¹⁹: «Questa Corte ha affermato, in più occasioni, l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente l'«assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione (...). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa».

Il potere regolamentare, dunque, non solo deve trovare fondamento in una espressa autorizzazione legislativa, ma deve essere orientato dalle indicazioni del comando primario adottato dal Parlamento sovrano²⁰, poiché non è sufficiente, secondo il Giudice delle Leggi, il «mero richiamo formale ad un prescrizione normativa “in bianco”, genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini». Sicché, dall'applicazione del principio di legalità sostanziale e della riserva di legge in materia di libertà fondamentali ne discende che i regolamenti delle Autorità indipendenti debbono intrattenere un rapporto di accessorietà sostanziale rispetto alla legge, atto politico libero nel fine²¹ sintesi della dialettica fra maggioranza e opposizione, in ragione del quale le fonti di livello secondario ripetono dal comando primario non solo il titolo legittimante e l'oggetto ma svolgono, completandolo nelle disposizioni esecutive e di dettaglio, il discorso normativo introdotto da quest'ultimo in

giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori – impone il rafforzamento del principio di legalità procedimentale che si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari». Critica sul punto, in ragione della mancata equivalenza fra rappresentanza politica e rappresentanza di interessi, G. De Minico, *Regole. Comando e consenso*, op. cit., 61 ss.

F. Merusi - M. Passaro, *Le Autorità indipendenti*, Bologna, 2003, 96 ss., giustifica la natura sostanzialmente primaria dei regolamenti delle Autorità legittimati dalle norme europee. Invece, G. De Minico, *Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 730-734, contesta l'assunto, perché la *primauté* del diritto europeo sul diritto interno non può determinare una incompatibilità con il nocciolo duro dell'ordinamento costituzionale, quale il principio che conferisce la responsabilità in capo ai soggetti riconducibili al circuito politico-rappresentativo.

¹⁹ V. Corte Costituzionale, sent. n. 115/2011.

²⁰ L. Carlassare, *Regolamento (dir. Cost.)*, in Enc. Dir., XXXIX, Milano, 1988, 620 ss.; nonché Id., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, *passim*. Il discorso è ripreso, in riferimento al potere regolamentare delle Autorità indipendenti da G. De Minico, *Antitrust e Consob. Obiettivi e funzioni*, Padova, 1997, p. 243, nonché in Id., *Regole, Comando e consenso*, op. cit., p. 9. Da ultimo, v. anche Id., *Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in M. D'Amico e B. Randazzo, *Alle frontiere del diritto costituzionale Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, pp. 721-740.

²¹ E. Cheli, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1961, *passim*.

Osservatorio sulle fonti

via originaria e iniziale²².

Sussiste dunque un dialogo fra la fonte legislativa che opera a livello politico, la fonte regolamentare che opera a livello amministrativo e il singolo atto amministrativo discrezionale. Quest'ultimo deve modularsi in rapporto di consonanza con l'atto regolamentare, che a sua volta specifica e attua il comando legislativo primario.

Il rapporto di accessorietà che lega legge e regolamento è posto a garanzia dei cittadini: questi ultimi trovano protezione rispetto a possibili discriminazioni nel parametro legislativo, che funge da parametro di riferimento anche per l'eventuale successivo sindacato giurisdizionale del regolamento. Inoltre, la norma di legge che adempie alla riserva può essere a sua volta assoggettata – a garanzia del principio di eguaglianza sostanziale – allo scrutinio di legittimità costituzionale. Una norma primaria vuota di contenuto consegnerebbe la determinazione di quest'ultimo alla fonte secondaria, che per sua genesi non è riconducibile al Parlamento sovrano e non è sottoponibile al vaglio di costituzionalità.

Pertanto, la Costituzione impone che gli eventuali limiti imposti all'esercizio dei diritti, come quelli contenuti nell'art. 21 e 41 Cost., siano presidiati da un inderogabile ordine intervento, coerente con il principio della gerarchia fra fonti di grado primario e secondario, in ragione del quale la legge precede sempre, disegnandone le nervature essenziali, il contenuto del futuro regolamento di grado secondario. In caso contrario, i regolamenti delle Autorità perderebbero la loro originaria collocazione fra le fonti di livello secondario, per assumere il grado di atti sostanzialmente primari, disponendo di fatto della forza attiva di legge, e andando a incidere sull'esercizio di libertà e interessi costituzionalmente protetti: il che determinerebbe un *vulnus* al presidio delle garanzie costituzionalmente imposte in materia di diritti fondamentali. Ne consegue, secondo tale corrente di pensiero, che le misure imposte a valle del procedimento di *notice and take down*, volte alla rimozione dei contenuti protetti dal diritto d'autore da parte di un Autorità amministrativa, determina un'illegittima, sproporzionata e diversamente evitabile compressione delle libertà in rete, rilevante sia rispetto al parametro della legittimità costituzionale che a quello della legalità comunitaria²³.

Al contrario di quanto sostenuto da parte della dottrina e sin qui rappresentato, le due ordinanze del TAR ritengono che dalla lettura sistematica e coordinata di tutte le disposizioni di legge menzionate possa dedursi l'attribuzione della piena competenza A.G.Com. in materia di diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica.

²² Con specifico riferimento al tema del rapporto di accessorietà sostanziale fra regolamento A.G.Com. e la legge attributiva del potere, v. G. Cozzolino, *La tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica: brevi note sullo schema di regolamento di cui alla delibera n. 398/11/CONS dell'Agcom*, reperibile in: http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2011/12/Cozzolino_Prop_Regolamento-diritto-autore_AGCOM.pdf.

²³ Per questi rilievi si rimanda a G. De Minico, *Libertà e copyright nella Costituzione e nel diritto dell'Unione*, in *Rivista AIC*, 1/2014, e reperibile al seguente link: http://www.google.it/url?url=http://www.rivistaaic.it/download/a926eNg70jLGWSZCDYivE6IMLrClhCr3X8Spak7XtKs/1-2014-de-minico.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ei=U_dkVLvuBYbwaKvugPAK&ved=0CBQQFjAA&sig2=RlStfGKMF90148Kuh-_5PA&usg=AFQjCNHEajnmimTrUP2zbT7TlwRIWZBxPw.

Osservatorio sulle fonti

Quest'ultima si concretizza in un potere di vigilanza dell'Autorità nei confronti dei prestatori intermediari di servizi, soggetti a specifici obblighi (legge n. 633 del 1941 e d. lgs. n. 70 del 2003, nonché Tusmar, Codice delle Comunicazioni elettroniche e decreto sul commercio elettronico).

Secondo il giudice remittente l'Autorità, in ragione del mandato ricevuto dal decisore politico, ha quindi ottemperato a un suo preciso obbligo istituzionale, agendo in veste di Autorità amministrativa avente funzioni di vigilanza, e «...da ciò, pertanto, deriva la non fondatezza delle censure di illegittimità del regolamento per violazione di legge, per violazione della riserva di legge e per incompetenza dell'A.G.Com.²⁴».

4.2. Quanto al principio della riserva di giurisdizione in materia di libertà fondamentali

Secondo le associazioni ricorrenti, un'Autorità amministrativa indipendente non dispone del potere di reprimere e sanzionare l'esercizio di diritti e libertà in rete, poiché la Costituzione e il diritto europeo riservano alla cognizione del giudice ordinario il potere di imporre limiti alle libertà e ai diritti anzidetti (principio della riserva di giurisdizione)²⁵. Pertanto, l'effetto del regolamento impugnato sarebbe quello, in sostanza, di ledere il regime della riserva di giurisdizione in tema di limiti alle libertà e, in aggiunta, sottrarre al giudice naturale disposto per legge (a.g.o. con sue relative sezioni specializzate, secondo la legge sul d.a. n. 633/1941, a seguito delle modifiche di cui al d. lgs. n. 140/2006) chiunque fosse coinvolto nel procedimento dinanzi all'Autorità per le violazioni del diritto d'autore.

La ricostruzione offerta dalle parti ricorrenti afferma, pertanto, che riserva di legge e riserva di giurisdizione completano a vicenda il sistema di garanzie previste in Costituzione, delimitando *ex ante* il soggetto deputato a intervenire, con esclusione di altri. La riserva di legge attribuisce al comando primario generale e astratto, dispensando ogni altra fonte, la definizione delle singole libertà nonché dei limiti che possono essere ragionevolmente imposti al loro concreto esercizio. La riserva di giurisdizione affida unicamente all'autorità giudiziaria la facoltà di imporre nel caso concreto sottoposto alla sua attenzione limitazioni alle sfere di libertà dei singoli, nei modi e casi previsti dalla

²⁴ Esula dalla presente nota la questione relativa alla teoria dei c.d. "poteri impliciti" (connessi, in questo caso, ai compiti di vigilanza spettanti all'A.G.Com.), in base alla quale l'attività di normazione secondaria troverebbe piena legittimità ogniqualvolta il legislatore si limiti a dettare le finalità di un precepto, delegando di fatto all'Amministrazione investita della norma il potere della determinazione in concreto della competenza attribuita. In tema, v. G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, fascicolo 4, Milano, 2007, pp. 703-777; F. Cintioli, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, reperibile in http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/cintioli090503.htm; P. Pantalone, *Poteri impliciti delle authorities e "torsioni" del principio di legalità*, in <http://www.astrid-online.it/Riforma-de3/Interventi/Pasquale-Pantalone.pdf>.

²⁵ V. Angiolini, *Giurisdizione (riserva di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Tomo VII, Torino, 1991, 318 ss.

Osservatorio sulle fonti

legge e con le garanzie del contraddittorio e del giusto processo²⁶.

Le parti ricorrenti sostengono, in sintesi, che il regolamento, oltre a operare in assenza di una cornice normativa di riferimento di livello primario, introdurrebbe un procedimento di natura para-giurisdizionale condotto da un'Autorità amministrativa, al fine di limitare l'esercizio delle libertà in rete. Tale possibilità appare preclusa dal principio della riserva legge e dalla clausola sovranazionale del *due process*; né sarebbe legittimo aggirare le prescrizioni della legge sul diritto d'autore, che individua il g.o. quale giudice naturale, consentendo di promuovere ricorso avverso i provvedimenti dell'Autorità dinanzi al g.a.²⁷

L'ordinanza del Tar ritiene, invece, che il procedimento A.G.Com. non sia lesivo del principio della riserva di giurisdizione e del giudice naturale previsto per legge, in primo luogo poiché il procedimento amministrativo promosso dall'Autorità (eventualmente impugnato innanzi al g.a.) e il procedimento dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria si svolgono e riguardano «piani distinti e separati». Il primo vede l'A.G.Com. in veste di amministrazione vigilante sui soggetti intermediari nell'ambito delle attività sul commercio elettronico e anche a tutela del d.a. *on line*. Il secondo mira a reprimere e sanzionare le condotte lesive dei diritti patrimoniali connessi allo sfruttamento delle opere dell'ingegno tramite provvedimento del giudice terzo e imparziale determinato per legge (g.o.), volto ad accertare le conseguenti responsabilità civili e penali. Inoltre, il regolamento *de quo*:

a) non mira a definire una procedura diretta a risolvere controversie tra operatori o tra operatori e utenti, pertanto quest'ultima non può collocarsi fra i procedimenti di natura para-giurisdizionale;

b) al contrario, il regolamento disciplina l'adozione di provvedimenti inibitori, adottati all'esito di un ordinario procedimento amministrativo, ancorché caratterizzato da un regime di partecipazione procedimentale compatibile con le ragioni di urgenza (e

²⁶ Sul rapporto di interdipendenza fra riserva di legge e riserva di giurisdizione, per cui è stato affermato che «The jurisdictional clause and the law clause work in synergy», v. G. De Minico, *Towards an Internet Bill of Rights*, in *Intern. Com. Law. Rev.*, corso di pubblicazione.

²⁷ Sul punto è d'obbligo un riferimento al *Conseil constitutionnel*, che ha dichiarato parzialmente incostituzionale la Legge *Creation et Internet* (decisione n. 2009-580 del 10 giugno 2009) ancorando la libertà informatica al principio della libera manifestazione del pensiero, di cui all'art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789. Il Consiglio reputa illegittime le forme di limitazione alla libertà di informazione e comunicazione – di cui Internet rappresenta un'espansione, in ragione dell'evoluzione della tecnica – che non derivino da un provvedimento di carattere giurisdizionale: «La libertà di espressione e comunicazione è tanto preziosa in quanto il suo esercizio costituisce condizione della democrazia e garanzia del rispetto degli altri diritti e delle altre libertà (punto n. 15): questi diritti non possono essere compressi da un'Autorità amministrativa». Il testo della decisione del *Conseil* è consultabile alla pagina http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/anglais/2009_580dc.pdf.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia nella nota sentenza C 70/10 (III sez., Sabam contro Scarlet), ha affermato che solo gli organi giurisdizionali nazionali possono ingiungere agli intermediari di adottare provvedimenti “volti a porre fine alle violazioni dei diritti di proprietà intellettuale”. In senso conforme, da ultimo, v. Corte di Giustizia (IV sez.) sentenza 27 marzo 2014 (C-314-12 – UPC Telekabel Vien GmbH contra Constantin Film Verleih GmbH).

Osservatorio sulle fonti

non dal più pregnante principio del contraddittorio e giusto processo che invece riguardano l'ordinario regime processuale).

c) Tali provvedimenti, a efficacia interdittiva, non mirano a sanzionare la condotta che viola il diritto di *copyright*, ma piuttosto a inibire la continuazione della condotta stessa, rivolgendo l'ordine ai prestatori intermediari, in quanto soggetti tecnicamente in grado di garantire l'attuazione degli ordini di rimozione e oscuramento, a prescindere da qualsivoglia valutazione in merito alla responsabilità della violazione. L'eventuale successiva sanzione dell'Autorità, difatti, deriva non dalla lesione del diritto d'autore commessa in origine, ma dall'inottemperanza dell'ordine di rimozione del contenuto. L'Autorità, accertata la messa a disposizione dell'opera, si limiterà ad ordinarne la rimozione ovvero la disabilitazione dell'accesso digitali alla stessa ai prestatori di servizi intermediari, i quali potranno essere sanzionati non per la violazione del diritto d'autore – circostanza che comporterebbe una responsabilità civile e penale in capo all'autore della diffusione non autorizzata, il cui accertamento resta di competenza dell'a.g.o. – ma per l'inottemperanza al predetto ordine dell'A.G.Com. L'adeguamento spontaneo del soggetto destinatario della comunicazione di avvio comporta, difatti, la conseguente archiviazione del procedimento.

d) A ciò si aggiunga che il regolamento fa salvo il cd. doppio binario, giudiziario e amministrativo, per cui è sempre possibile (da parte dell'istante) rimettere la questione – incardinata in origine dinanzi all'Autorità – al giudice naturale definito per legge, con conseguente archiviazione del procedimento. Qualora invece l'autorità giudiziaria fosse stata adita a monte, la successiva istanza innanzi all'Autorità amministrativa non sarebbe procedibile²⁸.

Il Tar Lazio ha dunque ritenuto che *«Su tale base, quindi, è stato disciplinato un procedimento amministrativo volto ad impedire il procrastinarsi delle violazioni accertate, e non a perseguire la violazione primaria del diritto d'autore, vale a dire l'illegittima messa a disposizione di un'opera digitale coperta da copyright, circostanza che comporterebbe una responsabilità civile e penale in capo all'autore della diffusione non autorizzata, ed il cui accertamento è (e resta) di esclusiva competenza dell'Autorità giudiziaria ordinaria»*.

5. Le motivazioni del Tar Lazio, Sez. I, ordd. nn. 1016/2014 e 1020/2014

²⁸ Critica sul punto G. De Minico, *Internet. Regola e anarchia*, Napoli, 2012, p. 192: «La questione è altra: si può ritenere una tale addizione di mezzi, amministrativo e giudiziario, compatibile con la riserva di giurisdizione? Se riserva significa affidamento in esclusiva al giudice della decisione su a), b) e c), su quei punti nessun altro potrà interloquire, e un eventuale cumulo dovrà necessariamente partire da d).

Riserva e cumulo sono in rapporto di esclusione reciproca; ne consegue che l'intervento, ancorché in prima battuta, dell'A.G.Com. in funzione pseudo-giudiziale si deve ritenere di dubbia compatibilità costituzionale, poiché viola il divieto per qualunque potere diverso da quello giudiziario di dirimere la lite sulle libertà fondamentali».

Osservatorio sulle fonti

Il Tar Lazio²⁹, pur manifestando il proprio convincimento circa la legittimità del regolamento nelle motivazioni contenute nella ordinanza di rinvio³⁰, decide di sollevare la questione di legittimità costituzionale delle norme primarie attributive del suddetto potere regolamentare.

Come è noto, il giudizio di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 134 Cost. investe la legge e gli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni. Pertanto, il giudice remittente rileva che nel caso in oggetto il rapporto gerarchico fra regolamento e legge non si risolve in un'antinomia *contra legem*, il che avrebbe determinato un vizio di illegittimità per contrasto della fonte secondaria rispetto alla norma primaria attributiva del potere, con conseguente annullamento da parte del g.a. derivante dal vizio di violazione di legge.

Piuttosto, dato che il regolamento è conforme alla legge sul quale si fonda (*secundum legem*), il conflitto fra norma di livello superiore e norma di grado inferiore, a giudizio del Tar Lazio, si sposta su di un gradino più alto, e riguarda la conformità fra la legge e la Costituzione. Sarà pertanto la legge attributiva del potere a essere oggetto del successivo scrutinio di costituzionalità³¹.

La Corte Costituzionale ha affermato più volte che la «*questione di legittimità costituzionale di norme aventi natura regolamentare, [...] per costante giurisprudenza di questa Corte, eccede i limiti della sua giurisdizione, secondo la definizione che di questa è data dall'art. 134 Cost., il quale la limita al caso dell'illegittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge*»³². La Corte, pertanto, ha dichiarato la manifesta inammissibilità delle questioni aventi a oggetto la sola norma regolamentare.

Tuttavia, è d'obbligo una considerazione: la giurisprudenza della Corte nel tempo ha riconosciuto una forma di controllo indiretto di costituzionalità anche sui regolamenti secondari, nei casi in cui «*...il dubbio di legittimità riguardava la norma legislativa come integrata, attraverso una peculiare forma di rinvio, ovvero come specificata da*

²⁹ Questioni di merito a parte, il Tar Lazio si esprime anche sulla legittimazione ad agire da parte delle associazioni ricorrenti, affermando che «...il carattere generale ed astratto – ma immediatamente lesivo per intere categorie di destinatari – delle previsioni regolamentari del provvedimento impugnato radica l'interesse ad agire degli appartenenti alle predette categorie e, quindi, la legittimazione a ricorrere delle loro associazioni rappresentative».

³⁰ Sulla portata operativa dell'ordinanza, v. F. Sarzana, *Diritto d'autore. TAR e legittimità del Regolamento Agcom: il parere di Fulvio Sarzana*, reperibile in: <http://www.key4biz.it/diritto-dautore-tar-e-legittimita-del-regolamento-agcom-il-parere-di-fulvio-sarzana/>, secondo il quale «Il TAR non ha dichiarato in alcun modo la legittimità del Regolamento né ha affermato la competenza dell'Autorità, prima di tutto perché per farlo avrebbe dovuto emettere una sentenza, cioè un provvedimento decisorio idoneo a passare in giudicato, non una semplice ordinanza interlocutoria».

³¹ Sin dalla sentenza n. 30 del 1957, la Corte Costituzionale ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità avente a oggetto esclusivamente norme regolamentari. V., altresì, Corte Cost., 23 maggio 1985 n. 154 e Corte Cost., 18 ottobre 2000, n. 427.

³² Corte Cost., sent. n. 23 del 1989 secondo cui «...finché l'evoluzione storica del sistema costituzionale, pur nel crescente pluralismo delle forme di produzioni normativa, conserverà l'attuale configurazione monistica di forma di governo con potere legislativo riservato al Parlamento e non riconosciuto in via originaria e concorrente anche all'esecutivo o ad altri organi, il controllo demandato a questa Corte dall'art. 134 Cost. deve intendersi limitato alle sole fonti primarie».

Osservatorio sulle fonti

norme regolamentari, così ammettendo un sindacato di costituzionalità indiretto su norme regolamentari»³³. Orientamento che ha consentito di ampliare l'oggetto del giudizio di legittimità in via indiretta – in particolare allorquando l'esercizio del suddetto potere regolamentare incida sull'esercizio di diritti – senza dar luogo a una formale rottura con l'art. 134 Cost., che circoscrive, come detto, l'ambito del giudizio di costituzionalità agli atti aventi forza primaria³⁴.

L'impostazione è stata mantenuta in due note sentenze della Corte³⁵, le quali da un lato hanno ribadito l'inammissibilità di un controllo di costituzionalità del regolamento, dall'altro hanno prospettato che la legge possa essere oggetto di un controllo di costituzionalità così come in concreto applicata attraverso le specificazioni e integrazioni apportate dalla fonte regolamentare³⁶. Sicché la disposizione legislativa può, in determinati casi, esprimere una norma che presenti dubbi di legittimità, alla cui definizione ha contribuito il regolamento. In tal caso, il regolamento potrebbe determinare le sorti della norma legislativa, costringendola al sindacato di costituzionalità, perché quest'ultima trova applicazione nel senso specificato dal primo³⁷.

A ogni modo, il Tar sollevato la questione di costituzionalità in riferimento alle norme di legge attributive della competenza dell'Autorità all'adozione del regolamento³⁸. Pertanto, il Giudice amministrativo ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 5, comma 1, 14, comma 3, 15, comma 2, 16, comma 3, D.Lgs. n. 70/2003, e all'art. 32-bis, comma 3, D.Lgs. n. 177/2005, rinvenendo le due condizioni della rilevanza e della non manifesta infondatezza.

In particolare, secondo il giudice amministrativo, la rilevanza della questione emerge nella misura in cui le leggi attributive del potere dell'Autorità debbono essere interpretate ai fini della decisione. Ne deriva che l'eventuale pronuncia d'incostituzionalità della Corte priverebbe la delibera in oggetto del suo necessario fondamento legislativo, con

³³ Questa ricostruzione riecheggia la teoria di Esposito sul «diritto vivente»: cfr. C. Esposito, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. Cost.*, 1962, p. 603. Sul tema, v. A. Melani, *Riflessioni sul controllo "indiretto" di costituzionalità dei regolamenti*, 24 ottobre 2011, reperibile in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0290_melani.pdf, e ivi per la giurisprudenza citata.

³⁴ Un'autorevole dottrina, (C. Mortati, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964) d'altronde, sostenne che l'esercizio del potere regolamentare derivasse dalla posizione istituzionale che la Costituzione riserva al governo, organo titolare della funzione di indirizzo politico. Pertanto, l'A. aveva prospettato un sindacato di costituzionalità esteso ai regolamenti. La tesi fu ripresa con alcuni correttivi dalla dottrina dell'Esposito.

³⁵ Corte Cost., nn. 1104/1988 e 456/1994.

³⁶ In chiave ricostruttiva, G. Arconzo, *I regolamenti governativi tra giudici amministrativi e Corte Costituzionale: un bilancio del periodo 2001 – 2011*, reperibile in http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2011/07/Arconzo_def.pdf. La tesi ricalca la teoria di C. Esposito.

³⁷ L. Carlassare, *Il diritto vivente di origine regolamentare all'esame della Corte*, in AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Atti del Seminario di Roma, Palazzo della Consulta, 13- 14 novembre 1989, Milano 1990, 87 ss.

³⁸ Sul punto, cfr. Corte Cost., n. 427/2000, che limpidamente distingue tra vizio che riguarda la legge (che comporta la questione di legittimità) e vizio che riguarda il regolamento (che riguarda il controllo di legittimità del regolamento, nell'ambito dei poteri spettanti al g.o o g.a.).

Osservatorio sulle fonti

conseguente declaratoria di invalidità derivata del regolamento.

La non manifesta infondatezza deriva invece, a giudizio del Tar, nel fatto che:

a) le disposizioni primarie attributive dei poteri ad A.G.Com. sembrano obbedire a un assetto dei diritti fondamentali e delle libertà economiche che pospone i primi rispetto alle seconde scavalcando, in tal modo, l'ordine di intervento previsto in Costituzione in ragione della diversa natura ontologica che li caratterizza. Difatti i primi, diretta estrinsecazione del principio personalista, risultano definitivamente compressi allorquando subentra l'ordine di rimozione dei contenuti. Le seconde, invece, assumendo natura patrimoniale, sono suscettibili di ristoro economico in sede risarcitoria. Il Tar sottolinea questa scala valoriale allorquando specifica che mentre l'art. 21 Cost. è inteso come "pietra angolare della democrazia"³⁹, il libero esercizio dell'attività economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale. Il bilanciamento così operato, in altri termini, nei fatti non rispetterebbe la primazia dei diritti fondamentali consegnata dalla Costituzione.

b) Tali diritti fondamentali, allorquando posti a raffronto con le altre libertà previste in Costituzione e, nel caso, limitati, debbono essere presidiati dalla doppia garanzia della riserva di legge e di giurisdizione, mentre il "doppio binario" introdotto dal legislatore (procedimento amministrativo parallelo al canale giurisdizionale) accorderebbe alle manifestazioni del pensiero via Internet garanzie minori rispetto a quelle già ordinariamente previste per la stampa dai commi 2 ss. dell'art. 21 Cost., finendo con il violare i canoni di ragionevolezza e proporzionalità cui l'attività legislativa è vincolata. Testualmente: *«I profili di possibile illegittimità costituzionale fin qui evidenziati attengono alle carenze di contenuto delle norme di legge in esame, che secondo il Collegio, in sintesi, non sembrano garantire le previste riserve di legge e di tutela giurisdizionale, ma non escludono la configurabilità di ulteriori possibili profili di illegittimità costituzionale, quanto alla non conformità dei contenuti del diritto positivo considerato allo specifico dettato costituzionale concernente la tutela dei diritti fondamentali».*

Quale, dunque, il grado di prescrittività del diritto di manifestazione del pensiero ex art. 21 Cost. di fronte a una realtà, quale internet, non immaginabile al tempo dei nostri padri costituenti? Qui si rinviene il "nucleo duro" della questione rimessa alla Corte Costituzionale: il Tar riscontra che la Costituzione riconosce pienezza di tutela – tramite gli istituti della doppia riserva (di legge e di giurisdizione) – per l'introduzione di limiti all'esercizio delle tradizionali forme di manifestazione del pensiero. Pertanto, solleva la questione in riferimento al caso in cui le medesime libertà vengano esercitate via Internet, e compresse tramite l'introduzione (con legge) di un modello alternativo idoneo a incidere sull'esercizio delle stesse. Tuttavia, il raccordo fra gli artt. 2 e 21 Cost. pone un limite intrinseco alla discrezionalità del legislatore chiamato a riempire di contenuti la prevista riserva di legge. Pertanto, il Tar si domanda se il legislatore ordinario, alla luce del criterio di ragionevolezza e proporzionalità, possa o meno spingersi sino al punto di predisporre sulla rete garanzie minori rispetto a quelle previste in Costituzione.

In definitiva, il Collegio ritiene necessario sottoporre alla Corte Costituzionale la

³⁹ Corte Cost., n. 94 del 1977.

Osservatorio sulle fonti

questione di legittimità, in riferimento alle norme di legge suindicate, 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».

Si attendono ora gli esiti della Corte.

Tuttavia, una traccia per fornire una possibile risposta ai dubbi del Tar potrebbe rinvenirsi nel fatto che l'art. 21 Cost., nella sua formulazione elastica riferibile al «diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione», letto in combinato disposto con il principio personalista di cui all'art. 2 Cost. già comprende un fondamento costituzionale di internet⁴⁰.

La capacità evolutiva dei due articoli che, legati a filo doppio, consegnano all'interprete di turno una clausola di apertura plasmabile in ragione dei mutamenti dei tempi e della tecnica, comporta che il sistema di garanzie previste a tutela dei diritti fondamentali (doppia riserva, di legge e di giurisdizione) si estenda altresì alle possibilità di esercizio dei diritti tramite i nuovi mezzi.

Una riprova va ricercata nel fatto che neanche il tradizionale mezzo radiotelevisivo – considerato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale quale potenziale strumento moltiplicatore del pluralismo esterno ed interno – è espressamente richiamato dal 21 Cost. Tuttavia, non vi è dubbio alcuno che le garanzie della riserva di legge e di giurisdizione si applicano anche nel caso di limiti alla libertà di informazione esercitata attraverso tale mezzo, se e in quanto i limiti indicati siano posti a presidio di diritti e interessi contrapposti che trovino un fondamento in Costituzione (minori, *privacy*, buon costume, onore e reputazione e così via...) ⁴¹.

⁴⁰ Sul fondamento costituzionale di internet, v. P. Passaglia, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, reperibile al seguente link: <http://www.giurcost.org/studi/passaglia5.pdf>. L'A. ricostruisce la più recente giurisprudenza intervenuta sul tema, e riprende la pronuncia del *Conseil* francese in tema di diritto d'autore, che «...collega espressamente *Internet* alla garanzia dell'art. 11 della Dichiarazione del 1789, con ciò lasciando intendere che la tutela dell'accesso ad *Internet* è consustanziale alla tutela della libertà d'espressione, e dunque – in ultima analisi – ad un corretto sviluppo della personalità umana» (p. 7). Tuttavia, l'ancoraggio all'art. 2 Cost. emerge nella misura in cui «...su *Internet* si esercita una tale varietà di azioni da poter ritenere che solo il riferimento, sopra accennato, allo svolgimento della propria personalità possa essere una sintesi idonea a ricomprendere tutto ciò che sulla rete si fa o si può fare» (p. 11). Infine, l'A. collega l'art. 2 all'art. 3 Cost.: «Nella ricerca di un ancoraggio costituzionale di *Internet*, l'art. 2 non può dunque essere di per sé sufficiente: il richiamo congiunto all'art. 3, secondo comma, è troppo forte per poter essere collocato in secondo piano. Le due disposizioni formano, in realtà, un sistema di per sé inscindibile, giacché la dimensione virtuale di svolgimento della personalità non potrebbe in alcun caso sussistere se non ci fosse, a monte, l'opera di rimozione degli ostacoli da parte della Repubblica» (p. 13).

⁴¹ Sulla necessità di una modifica al testo della Costituzione, volta a introdurre espressamente internet, v. disegno di legge costituzionale S. n. 2485 della XVI legislatura, presentato il 6 dicembre 2010

Osservatorio sulle fonti

In conclusione, nel dibattito fra studiosi, ma altresì sullo sfondo delle motivazioni del Tar, vi è un richiamo al principio di uguaglianza ex art. 3 Cost.: esso stabilisce una equivalenza di fronte a una differenza, cioè tutele equivalenti a prescindere dal mezzo utilizzato. Convergenza di mezzi e di regole reclama convergenza di tutele. La rilevanza costituzionale delle libertà non muta in ragione del luogo, fisico o virtuale, entro cui vengono esercitate, e da ciò ne consegue che anche il sistema delle garanzie previste in Costituzione resta indenne.

Sicché, le libertà positive e negative riconosciute in Costituzione, ancorché esercitate via internet, necessitano alla luce di tale impostazione di ricevere una tutela (almeno) analoga a quella accordata alle medesime libertà che si estrinsecano attraverso i mezzi tradizionali.

6. Le ipotesi alternative

L'Autorità ha ritenuto di agire sulla base di un preciso mandato legislativo, sottolineando, anche in sede di audizione parlamentare, il rapporto di necessaria consonanza e subordinazione del regolamento alla volontà del Legislatore: «Nel momento in cui il Parlamento legifera, *ipso facto* il regolamento emanato dall'AGCOM è superato»⁴². L'Autorità ha dunque ritenuto di ottemperare al suo mandato quando si è avvalsa di un potere regolamentare attribuitole *ex lege* e ha altresì ribadito che nel caso di intervento postumo del decisore politico, il suo spazio regolamentare sarebbe venuto meno.

Inoltre, questioni di diritto a parte, da un punto di vista sostanziale il regolamento in esame sembrerebbe necessario in quanto il legislatore italiano, sinora silente, si è trovato di fronte al processo di revisione europeo delle normative sul *copyright*⁴³. In altri termini, la sostanziale lacuna normativa, derivante da una omissione del legislatore, ha supportato la scelta di intervenire a presidio del *copyright* in rete.

Chiediamoci ora se e quali alternative avrebbe avuto l'Autorità.

a) Ricordiamo in breve che la natura accentrata del giudizio di costituzionalità in via incidentale (ex art. 134 Cost.) impone che la relativa questione sia risolta esclusivamente dalla Corte Costituzionale, precludendo a qualunque altro soggetto diverso dalla ri-

(consultabile *on line* alla pagina <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00519114.pdf>). La proposta di art. 21-bis così recitava: «Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete Internet, in condizione di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire le violazioni dei diritti di cui al Titolo I della parte I».

⁴² Audizione del Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in materia di tutela della proprietà intellettuale sulle reti di comunicazione elettronica e sulla tutela dei minori nella programmazione, nelle trasmissioni e nella pubblicità dei media audiovisivi, Camera dei deputati, Commissioni VII e IX, 5 febbraio 2014.

⁴³ Audizione del Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in materia di tutela della proprietà intellettuale sulle reti di comunicazione elettronica e sulla tutela dei minori nella programmazione, nelle trasmissioni e nella pubblicità dei media audiovisivi, Camera dei deputati, Commissioni VII e IX, 15 gennaio 2014.

Osservatorio sulle fonti

servataria, quindi anche all'A.G.Com.⁴⁴, la definizione della stessa pur se riguardi norme primarie attributive del potere regolamentare all'Autorità⁴⁵.

Nel caso si volesse innovare per l'avvenire il giudizio di costituzionalità secondo il modello del sindacato diffuso, si pensi, ad esempio a quello americano - che consegna a ciascun giudice la verifica della conformità della legge a Costituzione con effetti di applicativi limitati al caso deciso - detta modalità funzionerebbe a condizione di aver già risolto la questione presupposta, vale a dire l'assimilazione delle Autorità al potere giudiziario. Ma le Autorità al momento non condividono con detto potere dello Stato né i tratti formali, né quelli sostanziali⁴⁶; da qui l'indisponibilità in capo alle stesse del po-

⁴⁴ F. Posteraro, *Copyright, Posteraro: "Sospensione del regolamento? Tesi priva di fondamento"*, in *Corriere delle Comunicazioni*, 20 ottobre 2014: «E mentre i giudici, se ritengono una legge viziata da incostituzionalità, possono provocare il giudizio della Corte costituzionale, gli organi amministrativi non dispongono di questo strumento e sono comunque tenuti, pertanto, ad osservare e ad applicare le leggi in vigore. Tanto più quando le leggi da applicare – come nel nostro caso il decreto legislativo n. 70 del 2003, su cui si fonda il Regolamento Agcom – riproducono pedissequamente la normativa dell'Unione europea».

⁴⁵ Sul punto, cfr. F. Patroni Griffi, *Accesso incidentale alla Corte Costituzionale e tutela dei diritti: note minime anche a proposito delle Authorities*. Intervento al convegno, organizzato da APro.M, dalle varie Associazioni nazionali dei magistrati, sia ordinari sia amministrativi, dal C.N.F. e dalla F.N.S.I. su *Politica, Economia e Giustizia. La tutela dei diritti e delle libertà dei cittadini come fattori di garanzia*, Tar Lazio, Sala Conferenze, 1 marzo 2006, reperibile in http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/Patroni_Griffi_Accesso_incidentaleallaCC.htm#_ftn12. «In conclusione, in assenza di spazi per un'interpretazione conforme a Costituzione e volendo considerare che nessuna Autorità mai possa effettuare accesso alla Corte costituzionale, di fronte ad una legge, per ipotesi, anche palesemente incostituzionale, l'Autorità dovrà darvi attuazione, con le incongruenze rilevate; oppure appare almeno possibile ipotizzare che un'Autorità giunga a censurare la condotta di un'impresa che ha osservato ed adempiuto previsioni di legge, considerate però in contrasto con un parametro costituzionale. A questo punto, il seguito giudiziario di quella decisione, in cui, per ipotesi, la stessa Autorità potrebbe fare emergere la dubbia costituzionalità della legge cui deve comunque dare attuazione, potrebbe divenire la sede dove essere sollevata la questione di costituzionalità. Infatti, di fronte ad una legge che l'Autorità deve necessariamente applicare per decidere e della cui costituzionalità dubiti, non potendosi risolvere la pregiudiziale costituzionale e in assenza di spazi per una possibile interpretazione adeguatrice, conforme a Costituzione, nell'alternativa tra l'applicazione di una legge illegittima e la disapplicazione sotto la propria responsabilità di una legge, comunque ancora non dichiarata incostituzionale dalla Consulta, ad oggi, *tertium non datur*».

⁴⁶ Della diversità di natura fra Autorità amministrative indipendenti e potere giudiziario si è occupata la giurisprudenza di legittimità (in particolare, Cass. Civ., 20 maggio 2002, n. 7341, in riferimento al Garante per la protezione dei dati personali). La Cassazione parte dall'assunto per cui le Autorità esercitano un potere decisorio su diritti soggettivi, cioè su posizioni giuridiche tutelate dall'ordinamento. Tuttavia, a) l'ordinamento non conosce un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione, alle quali la Costituzione riserva rispettivamente, per distinguerne e disciplinarne le attività, gli articoli 111 e 97. b) L'articolo 102 della Costituzione stabilisce che la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario e vieta l'istituzione di giudici speciali straordinari. c) Il giudice è quel soggetto pubblico che esercitando quel tipico procedimento che è il processo giudiziario dà luogo ad una decisione su diritti suscettibile di assurgere alla definitività del giudicato, al di fuori di qualunque altro controllo da parte di altro e diverso organo o potere dello Stato. d) La soggezione degli atti delle predette Autorità a un controllo giudiziario vale a escluderne l'attitudine ad

Osservatorio sulle fonti

tere di disapplicare la norma attributiva del potere per contrasto con la Costituzione.

b) Una strada alternativa sarebbe consistita nel rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia europea, al fine di consentire l'interpretazione, e dunque la corretta applicazione delle norme attributive del potere regolamentare, alla luce delle clausole del principio di legalità e *due process* previste dal diritto dell'Unione. Ma, anche in tal caso, occorre che la questione emerga nel corso di un procedimento giurisdizionale, dietro il filtro valutativo del giudice interno. La nozione di "organo giurisdizionale nazionale" di cui all'art. 267 TFUE, è sempre apparsa molto controversa, e la Corte di Giustizia ha adottato una impostazione restrittiva allorché ha considerato non ricevibile il rinvio pregiudiziale da parte di Autorità amministrative indipendenti chiamate ad applicare il diritto dell'Unione nel corso dei procedimenti di risoluzione delle controversie⁴⁷.

c) Una terza ipotesi sarebbe consistita nella possibilità, in capo all'Autorità, di disapplicare la norma primaria, se e in quanto reputata in contrasto con il diritto dell'Unione e con i principi generali derivanti dai Trattati. Nella celeberrima sentenza *Simmenthal* della Corte di Giustizia⁴⁸ viene affermato l'obbligo di ciascun giudice di disapplicare la norma nazionale confliggente con quella dell'ordinamento europeo, anche nei sistemi in cui il giudizio di legittimità costituzionale è di tipo accentrato. La Corte di Giustizia ha altresì affermato, proprio con riferimento all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che se vi sono norme interne che legittimano comportamenti anticoncorrenziali delle imprese o ne rafforzano gli effetti, questa ha l'obbligo di disapplicarle, perché, in caso contrario, «l'effetto utile delle norme comunitarie sarebbe affievolito»⁴⁹. La giurisprudenza comunitaria della Corte di giustizia, pertanto, riconosce la possibilità di utilizzo dell'istituto della disapplicazione, non solo in capo al giudice nazionale, ma anche

assumere la definitività del giudicato. Per un commento, V. M. Atelli – G. Staglianò, *La Cassazione si pronuncia per la prima volta sulla legittimazione passiva delle Authorities a stare in giudizio*, in *Corriere giuridico*, 19, 2002, p. 1153.

⁴⁷ In senso positivo, Corte di Giustizia, 16 luglio 1992, causa C-67/91; *contra*, Corte di Giustizia, 31 maggio 2005, causa C-53/03. Da ultimo, il parere n. 85 del 22 maggio 2013 della soppressa Autorità sui servizi pubblici e appalti ha sostenuto la possibilità di sollevare la questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE. L'ordinanza della Corte (Decima Sezione), 17 luglio 2014, nella causa C-427/13, ha invece sottolineato che «Secondo una giurisprudenza costante della Corte, per valutare se l'organo remittente possiede le caratteristiche di un «organo giurisdizionale» ai sensi dell'articolo 267 TFUE, questione unicamente di diritto dell'Unione, la Corte tiene conto di un insieme di elementi, quali l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente (...). Risulta del pari dalla giurisprudenza della Corte che le decisioni dell'organo remittente devono essere vincolanti (...)». La natura facoltativa del rimedio procedimentale e la sua non vincolatezza hanno portato la Corte a escludere che la soppressa Autorità possa considerarsi organo giurisdizionale ai sensi dell'art. 267 TFUE.

⁴⁸ Corte di giustizia, Sentenza 9 marzo 1978, causa C 106/77.

⁴⁹ Corte di Giustizia, sent. 9 settembre 2003, C-198/01, C.I.F.: per un commento, v. S. Cassese, *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale in materia di concorrenza*, G. Napolitano, *Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolazione amministrativa* e M. Libertini, *La disapplicazione delle norme contrastanti con il principio comunitario di tutela della concorrenza*, tutti reperibili in *Giorn. dir. amm.*, n. 11/2003, da pp. 1129 ss.

Osservatorio sulle fonti

a tutti gli organi dello stato, al fine di rendere concretamente operante la primazia del diritto dell'Unione sul diritto interno.

7. Conclusioni: riflessioni sulle fonti regolatrici del diritto d'autore in rete

Il regolamento, oggi al centro del dibattito dei giuristi ed esperti, ha parimenti suscitato molte reazioni favorevoli. Negli scorsi mesi è riecheggiata la notizia secondo la quale l'Italia non rientra più fra i Paesi della «Special 301 list» del governo americano, ovvero la lista nera (*watch list*) degli Stati che non proteggono sufficientemente il diritto d'autore⁵⁰. Il regolamento, pertanto, è stato considerato uno strumento utile da parte di investitori ed operatori italiani ed esteri, che sovente hanno manifestato il loro disappunto circa gli strumenti di tutela offerti dalla ordinaria giustizia italiana, tali da non consentire una efficace e tempestiva punizione delle condotte illecite.

La necessità di intervenire a sostegno dell'industria della produzione intellettuale al fine di contrastare i fenomeni della pirateria, a fronte del rischio della contrazione dei posti di lavoro, del deterioramento della qualità dell'informazione e dell'impovertimento del pluralismo dell'informazione sono state tenute in debito conto dal regolatore. D'altronde, lo stesso Parlamento italiano ha approfondito il tema degli effetti nefasti derivanti dalla pirateria massiva tramite l'istituzione di un'apposita Commissione parlamentare di inchiesta⁵¹.

Quale che sia la decisione della Corte Costituzionale, una riflessione è d'obbligo: il tema del rapporto fra diritto d'autore e libera manifestazione del pensiero, e dunque delle tutele delle diverse libertà su Internet, non resta una disquisizione di carattere giuridico racchiusa nelle aule dei Tribunali, piuttosto essa coinvolge direttamente la vita dei cittadini nello svolgersi della quotidianità⁵². La Presidenza della Camera ha da ultimo

⁵⁰ Executive Office of the President of the United States, *2014 Special 301 Report*, Aprile 2014, reperibile al seguente link: <http://www.ustr.gov/sites/default/files/USTR%202014%20Special%20301%20Report%20to%20Congress%20FINAL.pdf>.

Nel rapporto si legge testualmente, a pag. 11, che «*Italy is removed from the Watch List in the 2014 Special 301 Report in recognition of the Italian Communications Regulatory Authority's (AGCOM) adoption, on December 12, 2013, of long-awaited regulations to combat copyright piracy over the Internet. The regulations, which entered into force on March 31, 2014, provide notice- and-takedown procedures that incorporate due process safeguards and establish a mechanism for addressing large-scale piracy. The adoption and entry into force of these regulations is a significant achievement, resulting from intensive efforts over many years, which the United States strongly welcomes. We look forward to continuing to work with Italy on our shared commitment to IPR protection and enforcement, and will closely monitor Italy's implementation of these regulations.*

⁵¹ Con deliberazione della Camera dei deputati del 13 luglio 2010 è stata istituita la Commissione parlamentare di inchiesta sui fenomeni della contraffazione della pirateria in campo commerciale. La Relazione conclusiva, risalente al 22 gennaio 2013, dedica la Parte V al fenomeno de «La pirateria digitale in rete». La relazione è consultabile al seguente link: http://documenti.camera.it/_dati/leg16/lavori/documentiparlamentari/indiceetesti/022bis/009/INTERO.pdf.

⁵² S. Rodotà, *Il mondo nella rete. Quali diritti, quali vincoli*, Roma - Bari, 2014, *passim*.

Osservatorio sulle fonti

promosso la costituzione di una Commissione di studio per la elaborazione di principi in tema di diritti e doveri relativi ad Internet: «...l'idea di costituire una commissione di studio nasce dalla consapevolezza che considerare Internet uno dei vari media è riduttivo e improprio. Internet è molto di più: è una dimensione essenziale per il presente e il futuro delle nostre società; una dimensione diventata in poco tempo un immenso spazio di libertà, di crescita, di scambio e di conoscenza⁵³».

L'obiettivo della Commissione consiste nel redigere una Carta dei diritti in Internet⁵⁴, in grado di fungere da bussola di orientamento – per i competenti organi parlamentari, il governo e a livello internazionale – e garantire l'equo contemperamento delle diverse libertà in gioco fruibili via internet: la salvaguardia dei diritti fondamentali, la tutela del mercato e le esigenze legate alla *privacy* e alla sicurezza sulle reti.

La questione relativa al bilanciamento dei diritti fondamentali esercitati attraverso la rete – come avviene nel caso che qui ci occupa, relativo alla libera manifestazione del pensiero da un lato e la tutela degli interessi patrimoniali sottesi al *copyright* dall'altro – assume, pertanto, contorni più vasti e complessi: l'interrogativo si sposta su di un nuovo terreno, ovvero su quali siano le fonti idonee a regolamentare i diritti su internet, e nel rispetto di quali principi e condizioni⁵⁵.

Il tema è stato oggetto di attenzione della dottrina, la quale ha evidenziato le diverse prospettive sul tappeto.

a) Quanto alla scelta della fonte. In tal caso, l'alternativa si riduce nello scegliere fra una fonte derivante dall'autoregolazione dei privati o preferire un'eteronormazione imposta a mezzo del comando politico. Aderendo alla prima, la struttura della rete sarebbe incompatibile con qualsiasi fonte di regolamentazione imposta dall'alto, poiché le regole nascerebbero spontaneamente “dal basso”, concretizzandosi in una modalità di condotta liberamente adottate dai destinatari delle stesse.

⁵³ Presidente L. Boldrini, *Commissione per i diritti e i doveri relativi ad internet*, Resoconto stenografico, seduta n. 1 28 luglio 2014, reperibile al seguente link: http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/attivita_commissione_internet/file_s/000/000/001/Resoconto_28_07_2014_definitivo.pdf.

⁵⁴ Il testo elaborato dalla Commissione per i diritti e i doveri in Internet costituita presso la Camera dei deputati, denominato *Dichiarazione dei diritti in Internet*, non ha valore normativo, ma intende indicare una direzione da intraprendere per possibili sviluppi normativi a tutti i livelli, da quello legislativo nazionale ai trattati internazionali.

La bozza è reperibile al seguente link: http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/upload_file/upload_files/000/000/187/dichiarazione_dei_diritti_internet_publicata.pdf. Attualmente il testo è sottoposto a consultazione pubblica sino a febbraio 2015, cui è possibile aderire accedendo al seguente link: <http://camera.civi.ci/>.

⁵⁵ La dottrina sul tema è ormai copiosa. Sul tema, v., almeno, M. Betzu, *Regolare Internet. La libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, 2012; M. Pietrangelo (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*. Atti della tavola rotonda svolta nell'ambito dell'IGF Italia, Roma, 30 novembre 2010, Napoli, 2011; G. Azzariti, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2011; S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma – Bari, 2012, spec. 378 ss.; O. Pollicino – E. Bertolini – V. Lubello (a cura di), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, Roma, 2013; G. De Minico, *Internet. Regola e anarchia*, op. cit., *passim*; F. Donati, *Internet (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali VII, Milano, 2014, p. 532 ss.

Osservatorio sulle fonti

Si tratta di una teoria criticata da quanti ritengono che tramite la cd. *self regulation* “pura” i privati disegnano regole a efficacia *erga omnes*, in assenza della necessaria legittimazione politica: pertanto, allontanare gli sviluppi della tecnica da obiettivi eteroimposti significherebbe che «...non solo la sottrarremo al bene comune, ma la consegneremo alle finalità dei poteri privati forti, ai quali l’autoregolazione deve la nascita⁵⁶». L’alternativa, pertanto, consiste nel disegnare «...una disciplina che sia condivisa e che possa trovare concreta attuazione in un ambito più ampio di quello nazionale ed europeo. (...) favorire, alla luce delle caratteristiche proprie della materia, un approccio più orientato ad individuare principi generali entro i quali bilanciare i diversi diritti in gioco⁵⁷».

La nuova bozza di “Bill of rights” di Internet ha statuito, all’art. 14, il rapporto fra disciplina etero imposta e autoregolazione, in base alla quale la seconda interviene se e in quanto autorizzata e conformatata dalla prima, preferibilmente di livello internazionale: ciò consente una co-regolazione, «corretta» *ex ante*, al fine di evitare le «torsioni egoistiche» che il diritto dei poteri privati forti produrrebbero a danno dei più deboli.

b) Quanto ai criteri della regolamentazione. I lavori della Commissione Boldrini, sfociati nella bozza messa a consultazione, hanno concordato su alcuni punti: il primo consiste nel riconoscere una gerarchia fra le libertà su Internet, e dunque una primazia delle libertà fondamentali della persona su quelle economiche. Il secondo punto, oggetto della discussione ma non stigmatizzato nella bozza di Dichiarazione, consiste nel fatto che il decisore politico di turno, sia esso sovranazionale o interno, nell’effettuare il bilanciamento fra valori si ispiri ai criteri della proporzionalità, necessità e pari dignità che la giurisprudenza della Corte di Giustizia negli anni ha insegnato. Criteri necessari affinché la misura di equo contenimento individuata dal decisore politico non si traduca in un sacrificio sproporzionato e non necessario di una libertà rispetto all’altra, per di più non sottoponibile allo scrutinio di ragionevolezza da parte del giudice. Il terzo punto all’agenda dei lavori si ispira al principio per cui ogni limitazione al diritto fondamentale esercitato in rete debba essere esplicitamente previsto dalla legge e attuato su ordine dell’autorità giudiziaria, in aderenza al principio della doppia riserva, ancorché stemperato nelle clausole sovranazionali della *law clause* e *due process*⁵⁸.

La Carta dei diritti di Internet riconosce una serie di principi fondamentali, diversi

⁵⁶ G. De Minico, op. ult. cit., p. 2. Sul punto, in posizione diversa, N. D’Angelo, *Magna Charta di Internet: ce n’è davvero bisogno?*, in *Corriere delle Comunicazioni*, 20 ottobre 2014, il quale ritiene che «...la nostra Costituzione e gli stessi trattati ricordati nella Dichiarazione per i diritti fondamentali di Internet (convenzione dei diritti dell’uomo e carta europea dei diritti fondamentali) siano sufficienti, se attuati, a darci quelle garanzie».

⁵⁷ Presidente L. Boldrini, *Commissione per i diritti e i doveri relativi ad internet*, Resoconto stenografico, seduta n. 1 28 luglio 2014, cit., p. 3.

⁵⁸ Interventi di M. Pierani e G. De Minico, *Commissione per i diritti e i doveri relativi ad Internet*, Resoconto stenografico della seduta n. 3 di mercoledì 8 ottobre 2014, rispettivamente p. 17 e p. 29. Il discorso è stato anticipato da quest’ultima in Id., *Internet. Regole e anarchia*, op. cit., spec. cap. IV. Per un commento alla bozza di dichiarazione v. Id., *Web, diritti-doveri. Boldrini dà il via al confronto on line*, in *Il sole 24 Ore* del 19 Ottobre 2014.

Osservatorio sulle fonti

nel contenuto, ma tutti legati fra loro da un filo rosso: quello costituito dalla “pietra angolare” dell’eguaglianza fra cittadini di cui all’art. 3 della Costituzione.

A ben riflettere, pertanto, si tratta di un filo rosso che si scompone in un doppio significato.

Il primo, più aderente al significato formale del principio di uguaglianza, è sintetizzabile nell’ordinanza di rinvio del Tar, secondo la quale il sistema di garanzie che il decisore politico predispone a salvaguardia delle libertà in rete deve essere omologo, e non attestarsi a un livello inferiore, rispetto a quello predisposto dalla Costituzione per l’esercizio delle medesime libertà al di fuori di internet.

Il secondo significato, più consona all’accezione sostanziale di cui all’art. 3.2. Cost., si tramuta in un dovere di attivazione dei pubblici poteri, consistente nel garantire la possibilità di accesso e fruizione dei servizi internet, che non tollera diversificazioni in ragione della diversa estrazione sociale, culturale e politica del cittadino. Posizione, quest’ultima, assunta dalla Agenda Digitale della Commissione europea⁵⁹.

La parola finale spetta ora alla Corte Costituzionale, chiamata a inserirsi nel dialogo fra legislatore, regolatore, giudice interno e spinte europee.

⁵⁹ http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/strategies/si0016_it.htm.