

N. 10020/2014 REG.PROV.COLL.

N. 01985/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 1985 del 2014, proposto da:

Altroconsumo, Assoprovider - Associazione Provider Indipendenti-Confindustria, Movimento Difesa del Cittadino, Assintel - Confindustria, rappresentati e difesi dall'avv. Fulvio Sarzana Di S. Ippolito, con domicilio eletto presso Fulvio Sarzana Di S.Ippolito in Roma, via Velletri, 10;

contro

Autorita' Per Le Garanzie Nelle Comunicazioni, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Rai - Radiotelevisione Italiana Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Emanuela Rotolo, con domicilio eletto presso Direzione Affari Legali Soc. Rai Spa in Roma, viale Mazzini, 14; Soc Ctmobi Srl, Associazione Fotografi Professionisti Tau Visual;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Soc. Italiana Autori ed Editori - Siae -, rappresentata e difesa dagli avv. Massimo Luciani, Maurizio Mandel, Stefano Astorri, Aristide Police, Alessandra Amendola, con domicilio eletto presso Maurizio Mandel in Roma, v.le della Letteratura, 30; Confindustria Cultura Italia - Federazione Italiana dell'Industria, rappresentata e difesa dagli avv. Gilberto Nava, Francesca Salerno, Alessandro Botto, con domicilio eletto presso Studio Legale Assoc Legance in Roma, via XX Settembre, 5; Soc. Confindustria Cultura Italia - Fed.ne Italiana Industria Culturale, rappresentata e difesa dagli avv. Alessandro Botto, Gilberto Nava, Filippo Pacciani, Francesca Salerno, con domicilio eletto presso Associato Studio Legale Legance in Roma, via XX Settembre, 5;

per l'annullamento

- della delibera n. 680/13/CONS del 12 dicembre 2013, pubblicata sul sito dell'Autorità in data 18 dicembre 2013, 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";

- nonché dell'Allegato A alla Delibera n. 680/13/CONS del 12 dicembre 2013 Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70";

- di ogni altro atto, anche non cognito, connesso, conseguente, coordinato, precedente o successivo all'atto impugnato in via principale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autorita' Per Le Garanzie Nelle Comunicazioni e di Rai - Radiotelevisione Italiana Spa;

Visti gli atti di intervento in giudizio di Soc. Italiana Autori ed Editori - Siae -, Confindustria Cultura Italia - Fed.ne Italiana Industria Culturale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 giugno 2014 il dott. Raffaello Sestini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

1 - Con il gravame in epigrafe, Altroconsumo e le altre Associazioni ricorrenti impugnano il regolamento con il quale l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (d'ora in avanti: AGCom) è intervenuta, per la prima volta, in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica (la rete internet e quella radiotelevisiva), prevedendo una procedura intesa ad offrire un'efficace protezione del predetto diritto mediante strumenti di rapido intervento, che peraltro, almeno quanto ad internet, a giudizio dei ricorrenti non garantiscono adeguatamente né il diritto di accesso dei cittadini alla rete né il diritto di libera manifestazione del pensiero sancito dalla nostra Costituzione.

2 – Secondo le ricorrenti, in particolare, l'AGCom non ha affatto il potere di disciplinare interventi repressivi amministrativi in una materia che la legge, e prima ancora la Costituzione ed il diritto europeo, riservano alla cognizione del giudice a tutela delle libertà di espressione del pensiero e di concorrenza economica, e comunque nell'adottare il regolamento ha compiuto molteplici illegittimità procedurali. Vengono inoltre dedotte numerose specifiche censure di carattere sostanziale, concernenti le disposizioni del regolamento che disciplinano il procedimento amministrativo volto alla cessazione delle violazioni del diritto d'autore poste in essere sulla rete mediante l'ordine di rimozione delle singole informazioni o delle pagine web interessate, laddove si verificano "occasionalvi violazioni" del diritto d'autore, ovvero mediante l'ordine di "oscuramento" dell'intero sito rispetto agli utenti italiani, laddove la violazione sia "massiva" o il sito che ospita contenuti illegali sia ubicato su server collocati fuori dal territorio italiano (ipotesi ritenuta dalla stessa Difesa di AGCom "invero molto frequente nella pratica"), all'esito di un procedimento, delineato agli artt. 7 e 12, che secondo i ricorrenti non garantisce, anche per l'estrema ristrettezza dei tempi, le garanzie di partecipazione e di pieno contraddittorio tra le parti, e che potrà essere poi impugnato solo innanzi al Giudice amministrativo, violando la riserva di giurisdizione ed il principio del giudice naturale.

3 - L'AGCom, costituitasi in giudizio, dopo aver contestato la carenza di legittimazione e di interesse delle ricorrenti, risponde che l'iniziativa impugnata è volta a tutelare l'interesse pubblicistico allo sviluppo della creatività ed alla corretta diffusione della cultura e delle informazioni (e, quindi, in definitiva, la possibilità di scelta dell'utente di contenuti digitali), interesse che rischia di essere mortificato in assenza di efficaci strumenti di tutela, a causa della "pervasività dello strumento telematico" rendendosi necessario un intervento rapido ed efficace in via amministrativa, che si ponga come alternativo e non sostitutivo di quello dell'Autorità giudiziaria. Tuttavia, prosegue l'AGCom, in considerazione della "delicatezza degli interessi in rilievo, a volte anche confliggenti tra loro", l'adozione del regolamento è stata preceduta da un lungo confronto con gli stakeholders, avviato già nel 2010 con una prima indagine conoscitiva sul tema, poi proseguita da successive consultazioni pubbliche (delibera n. 4521/13), da audizioni di tutti i soggetti interessati che vi hanno fatto richiesta e da una procedura di notifica comunitaria.

Per quanto riguarda internet, prosegue l'AGCom, il testo finale del Regolamento si rivolge solo ai prestatori di servizi della società dell'informazione («intermediari" o internet service providers

- ISP) che effettuano attività di “mere conduit” o di “hosting”, ovvero che si limitano ad offrire l'accesso alle reti di comunicazione elettronica o il semplice trasporto delle informazioni fornite da soggetti terzi (i destinatari del servizio), nonché quelli che offrono un servizio di memorizzazione temporanea, in quanto soggetti tecnicamente in grado di garantire l'attuazione degli ordini di rimozione o di oscuramento impartiti, a prescindere da qualsivoglia valutazione in merito alla responsabilità (o meno) della violazione lamentata, senza incidere sulla disciplina del diritto d'autore, ma solo per evitare che le sue violazioni siano portate ad ulteriori conseguenze.

4 – Anche Rai - Radiotelevisione Italiana Spa, si è costituita in giudizio a difesa del regolamento (che per la parte radiotelevisiva –estranea al presente giudizio- risulterebbe impugnato da Sky mediante ricorso straordinario al Capo dello Stato). Si sono inoltre costituiti in giudizio ad opponendum, per contestare la ammissibilità e fondatezza del ricorso, la Società Italiana Autori ed Editori - Siae – (la cui legittimazione viene a propria volta contestata dai ricorrenti), Confindustria Cultura Italia-Federazione Italiana dell'Industria Culturale. La SIAE ha, in particolare, anche allegato autorevolissimi pareri giuridici di parte per confutare le ragioni dei ricorrenti.

5 – Tutte le parti hanno ampiamente argomentato le rispettive posizioni mediante successive memorie, che peraltro, per gli aspetti che concernono la successiva concreta attuazione data al regolamento da AGCom, restano del tutto estranee all'oggetto del presente giudizio, e non possono quindi essere in alcun modo prese in considerazione dal Collegio. L'esame dell'istanza cautelare proposta dai ricorrenti è stata rinviata al merito, e nella camera di consiglio del 25 giugno 2014 il ricorso è stato infine introitato dal Collegio per la decisione.

6 – Devono essere in primo luogo esaminate la legittimazione e l'interesse ad agire delle ricorrenti, che vengono revocate in dubbio dalle resistenti e dalle intervenienti ad opponendum ma che, a giudizio del Collegio, appaiono viceversa certe. Infatti, la prima ricorrente (Associazione Altroconsumo) è statutariamente deputata -e quindi legittimata per legge- ad agire a tutela della categoria dei consumatori, cui appartengono i propri associati, e che ha certamente un interesse attuale e concreto ad impugnare la delibera di approvazione di un regolamento che incide fortemente sulla futura libertà dei consumatori italiani di accedere, sul WEB, a prodotti e servizi anche diversi da quelli sospettati di violazione del diritto d'autore (in particolare in caso di oscuramento dell'intero sito), e per i quali la violazione non è stata comunque fino a quel momento accertata da alcun organo giurisdizionale.

A maggior ragione, le altre associazioni ricorrenti hanno un interesse immediato e diretto ad impugnare il Regolamento de quo, che contiene prescrizioni suscettibili di pregiudicare i diritti di tutti gli associati ad Assoprovider e di ASSINTEL, ovvero della associazione di rappresentanza dei provider e delle imprese di comunicazione elettronica a prescindere dalla impugnabilità del

futuro singolo atto interdittivo da parte dell'associato specificamente leso da quel provvedimento.

Infatti il regolamento, come sarà meglio evidenziato di seguito, prevede (in via istituzionale ed a regime, e non in via meramente ipotetica) che l'AGCom (peraltro in veste di amministrazione vigilante e non di autorità indipendente) possa unilateralmente accogliere le istanze proposte (e reiterabili senza limiti) dei privati proprietari di diritti di proprietà intellettuale e delle loro associazioni di rappresentanza, quali la SIAE, disponendo la rimozione di contenuti dal WEB o la interdizione dell'accesso ad interi siti: gli internet provider e gli altri operatori del WEB, diretti destinatari del regolamento impugnato, si vedono, quindi, costretti a mutare fin da ora la propria organizzazione ed attività per rispondere ad obblighi di monitoraggio e di intervento diversi ed ulteriori -e molto più gravosi- rispetto a quelli attuali, in quanto le norme finora vigenti, in particolare in materia di contrasto alla pedopornografia via internet ed al gioco telematico d'azzardo, sono riferite solo a specifici settori (il mercato "per adulti" ed il "gioco") e postulano un riferimento a parametri certi ed oggettivi (il divieto di legge di sfruttamento sessuale dei minori e del gioco d'azzardo non autorizzato), mentre le violazioni del diritto d'autore possono essere trasversalmente riferite ad ogni prodotto e servizio offerto sul WEB, ed il loro accertamento ha ogni volta confini incerti e variabili, dovendosi procedere alla comparazione con il prodotto o servizio oggetto di proprietà intellettuale altrui e dovendosi separare la violazione dagli usi invece leciti, riferiti ad esempio all'esercizio del diritto di citazione e di critica ed ai casi di opere tradizionali e di pubblico dominio ovvero messe a disposizione del pubblico dallo stesso autore.

Nel'atto impugnato è dunque effettivamente riconoscibile una capacità lesiva di interessi unitari di determinate categorie di soggetti, così come dedotto dalle ricorrenti, che citano la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. St., V, 29 gennaio 1999, n. 69 e 1 luglio 2002, n. 3568) secondo cui "la norma regolamentare, pur non potendo, per il suo carattere di generalità e astrattezza, provocare un pregiudizio immediato in capo al singolo (che sarà inciso solo dal provvedimento applicativo), può, tuttavia, essere fonte di prescrizioni che colpiscono indistintamente, in maniera indifferenziata, l'interesse omogeneo di tutti gli appartenenti alla categoria. È questo interesse omogeneo che è oggetto della situazione giuridica soggettiva della quale è titolare l'ente esponenziale"; (pertanto) "gli enti esponenziali di interessi collettivi possono direttamente impugnare gli atti regolamentari illegittimi, prima che questi siano oggetto di specifica applicazione nei confronti dei singoli appartenenti alla categoria di riferimento, per chiederne l'annullamento, al fine di tutelare interessi omogenei degli appartenenti al gruppo e cioè la situazione giuridica soggettiva della quale sono titolari".

(conforme Consiglio di Stato Commissione speciale, 14 febbraio 2013, n. 677, Cons. Stato, Commissione speciale, 26 giugno 2013, n. 3014, Tar Lombardia n 02644/2011, Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2013, n. 5451, Cons Stato sez I, 3 luglio 2013, parere n 3097).

Conclusivamente, 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. Ciò al contempo implica, da un lato, la irrilevanza degli eventuali provvedimenti attuativi ai fini del presente giudizio e, dall'altro, la

non sussistenza di un danno grave ed irreparabile per le associazioni ricorrenti, ai fini della concessione delle misure cautelari da esse richieste con separata istanza.

Occorre altresì evidenziare che le ricorrenti contestano a propria volta la legittimazione della SIAE, che non potrebbe intervenire in giudizio quale soggetto terzo, rivestendo un ruolo di parte attiva nel procedimento impugnato.

Anche la predetta eccezione appare però priva di fondamento, in quanto, alla stregua del principio di presunzione di legittimità (in questo caso, comunitaria e costituzionale), alla normativa che attribuisce compiti di tutela del diritto d'autore alla SIAE non può, comunque, essere ricondotta alcuna posizione di appartenenza obbligatoria dei titolari di opere d'ingegno alla SIAE, né alcuna esclusiva della SIAE nella rappresentanza dei loro interessi e nelle azioni di contrasto alla "pirateria". Pertanto il procedimento gravato potrà essere indifferentemente attivato dai privati interessati o da qualsiasi ente da essi delegato, restando meramente volontaria ed eventuale la partecipazione della SIAE, che può quindi ben intervenire in giudizio quale soggetto terzo.

7 - Nel merito, le associazioni ricorrenti propongono venti motivi di ricorso, che, pur nel rispetto del principio di sinteticità degli atti, devono essere partitamente esaminati, unitamente alle controdeduzioni delle parti resistenti, ai fini della decisione.

8 - Devono essere evidenziati, innanzitutto, il primo e nel sesto motivo di ricorso, con i quali le ricorrenti negano che dalle fonti normative citate a presupposto dal regolamento possa ricavarsi la legittimazione dell'AGCom ad intervenire nella materia in esame, avendole la legge n.249/97 (n.3 dell'art. 1, comma 6, lettera b) attribuito una funzione di mero monitoraggio, mentre l'art. 182 bis L. Autore fonderebbe esclusivamente un potere di generale vigilanza in capo all'AGCom. La legge n.481/95 prevederebbe, infine, solo un potere di "direttiva" per le Autorità indipendenti.

Al contrario le resistenti, e gli autorevolissimi pareri da esse allegati, sostengono che la lettura sistematica e coordinata di tutte le disposizioni menzionate delinea in maniera inequivocabile la competenza dell'Autorità a reprimere le violazioni del diritto d'autore perpetrate sulle reti di comunicazione elettronica, anche senza ricorrere alla giurisprudenza del Consiglio di Stato che riconosce poteri regolatori alle Autorità ed alla teoria dei c.d. "poteri impliciti" (connessi, in questo caso, ai compiti di vigilanza spettanti all'AGCom), in base alla quale l'attività di normazione secondaria troverebbe piena legittimità ogniqualvolta il legislatore si limiti a dettare le finalità di un precetto, delegando di fatto all'Amministrazione investita della norma il potere implicito della determinazione in concreto della competenza attribuita. L'adozione del regolamento, allora, risponderebbe proprio alle invocate esigenze di definire un procedimento che assicuri le più ampie forme di garanzia e partecipazione dei soggetti coinvolti.

9 – Strettamente connessi alle censure ora evidenziate sono il secondo ed il quinto motivo di doglianza, con i quali si censura il vizio di incompetenza assoluta dell'AGCom a causa della sovrapposizione tra la fattispecie disciplinata dal regolamento e quella recata dall'art. 156 della legge sul diritto d'autore, che regola le misure cautelari e le azioni civili poste a salvaguardia dei diritti d'autore, riconducendone la competenza in capo al giudice ordinario. La prevista competenza in via amministrativa violerebbe dunque la riserva giurisdizionale posta dalla legge, in attuazione del precetto di cui all'art. 21 Cost. in materia di diritto d'autore, mentre l'impugnabilità dei provvedimenti interdittivi davanti al giudice amministrativo, quando la legge al contrario affida al giudice ordinario le controversie in materia di diritto d'autore, violerebbe il principio del giudice naturale.

Le resistenti controdeducono che il d.lgs n. 140/2006, di attuazione della Direttiva 2004/48/CE (sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale) ha introdotto all'art. 156 un secondo comma che fa espressamente salve le disposizioni di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, che affiancano all'Autorità giudiziaria quella amministrativa avente funzioni di vigilanza.

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.

Ne sarebbe prova il rilievo attribuito dal Regolamento all'adeguamento spontaneo del soggetto destinatario della comunicazione di avvio, con la conseguente archiviazione del procedimento, mentre in caso contrario l'Autorità si limiterà ad ordinarne la rimozione dei contenuti dal WEB ovvero la disabilitazione dell'accesso alle opere digitali, ai prestatori di servizi di mere conduit e hosting, i quali potranno essere sanzionati non per la violazione del diritto d'autore, ma per l'eventuale inottemperanza al predetto ordine dell'AGCom.

Dunque, non avrebbe consistenza la censura relativa alla violazione della riserva di giurisdizione, in quanto la disciplina recata dal Regolamento gravato non si porrebbe in contrasto con la norma primaria, che attribuisce al Giudice ordinario la competenza a conoscere della materia, giacché detta disciplina è solo attuativa di una via, quella amministrativa, che un'altra fonte normativa primaria (comunitaria e nazionale) avrebbe provveduto a fondare.

Neppure vi sarebbe una violazione dell'art. 25, comma 1, della Costituzione, poichè in caso di impugnativa del provvedimento adottato dall'Autorità in attuazione del regolamento, la competenza sarà del giudice amministrativo solo quale "giudice naturale" dei provvedimenti dell'autorità amministrativa.

Quanto al necessario raccordo tra il procedimento amministrativo e quello giudiziario, lo stesso sarebbe garantito dalla non procedibilità dell'istanza qualora sia stata adita l'autorità giudiziaria e dall'archiviazione del procedimento amministrativo laddove il soggetto istante adisca l'autorità giudiziaria (art. 6 comma 3 e art. 7, comma 7 del regolamento). Secondo le resistenti, infine, la contestata limitazione dell'archiviazione del procedimento al solo caso in cui l'Autorità

giudiziaria venga adita dal soggetto istante, e non anche su iniziativa degli altri soggetti eventualmente coinvolti, deriverebbe dall'esigenza di evitare che altri soggetti si rivolgano strumentalmente alla magistratura al solo scopo di bloccare il procedimento in corso presso l'Autorità.

10 – Le censure sopraindicate, reiterate sotto profili diversi dal quindicesimo e sedicesimo motivo di ricorso, dovranno essere specificamente esaminate dal Collegio nei paragrafi successivi, poichè concretano il “cuore” della controversia ed evocano delicati profili giuridici concernenti la doverosa ponderazione fra interessi costituzionalmente protetti, ed evidenziando, si anticipa fin da ora, la possibile illegittimità costituzionale delle previsioni legislative che fondano il potere esercitato dall'AGCom. Più agevole appare invece la definizione delle ulteriori censure, di seguito evidenziate, che non risultano fondate, confermandosi in tal senso la rilevanza della predetta questione di legittimità costituzionale ai fini della decisione della causa a quo.

11 - Venendo dunque alle altre censure dedotte, il Collegio considera quanto segue.

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

Come evidenziato dalle resistenti, la censura non palesa peraltro reale consistenza, in quanto è proprio la legge, come sopra indicato (decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70) che sottopone i soggetti destinatari del regolamento ad una particolare disciplina, sottoposta alla vigilanza dell'AGCom.

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

Anche le predette censure non sono, peraltro, meritevoli di accoglimento, dovendosi accedere alla tesi delle resistenti secondo cui il procedimento amministrativo impugnato non è volto a perseguire la violazione primaria del diritto d'autore, tutelato dalle norme soprarichiamate, il cui accertamento resta di esclusiva competenza dell'Autorità giudiziaria ordinaria. Il procedimento amministrativo dell'Autorità e il procedimento innanzi all'Autorità giudiziaria corrono dunque su piani distinti e separati. In ogni caso, le richiamate direttive non sembrano pregiudicare la

disciplina giuridica del commercio elettronico (direttiva 2000/31/CE), che radica la vigilanza dell'AGCom sugli intermediari (anche) a tutela del diritto d'autore online.

11.3 – Il quinto e sesto motivo di ricorso integrano, come già detto, le doglianze sollevate con i primi due motivi di ricorso. Venendo invece alle censure di ordine procedurale, con il settimo motivo di ricorso, le ricorrenti lamentano la “totale difformità” del provvedimento impugnato dalle risultanze dell'indagine conoscitiva condotta a partire dal 2010 e dallo Schema di Regolamento di cui alla delibera n. 398/ 11/CONS.

Così come osservato dalle resistenti, la censura è infondata, in quanto la lunga ed articolata consultazione avviata dall'AGCom resta un'attività di sostegno, ausiliaria" rispetto alla competenza amministrativa svolta, diretta ad analizzare un dato settore al fine di individuarne le criticità ed i possibili strumenti di intervento, e non può né confermare né negare le competenze di legge (e le responsabilità) dell'amministrazione. A propria volta, lo schema di delibera elaborato in tale ambito non può essere considerato una sorta di provvedimento anticipato sul quale gli operatori possano maturare un legittimo affidamento e sufficiente a generare di per sé l'illegittimità delle eventuali difformità del provvedimento finale.

11.4 – Con l'ottavo motivo di ricorso le ricorrenti lamentano un "irrimediabile vizio procedimentale” per non aver l'AGCom inserito i pareri dei giuristi nel Fascicolo della Consultazione pubblica.

Come rilevato dalle resistenti, le doglianze in esame, ancorchè solo formali, sono peraltro prive di fondamento, non essendovi un obbligo di acquisizione al procedimento delle riflessioni di carattere scientifico rilasciate a titolo personale, che al contrario ben possono essere valutate dall'interprete della legge, al pari di ogni altra circostanza, al fine di valutare l'opportunità e la stessa legittimità del procedimento impugnato.

11.5 – Con il nono motivo di ricorso i ricorrenti lamentano la presunta assenza di analisi di impatto della regolamentazione (AIR) rispetto all'adozione del regolamento, ma nel vigente ordinamento, osserva il Collegio, l'AIR non è soggetta a formule sacramentali la cui violazione possa incidere sulla legittimità della decisione finale. In particolare, le consultazioni e l'ampio dibattito che hanno preceduto l'adozione del regolamento hanno ben consentito all'AGCom di chiarire l'impatto ed i profili problematici connessi, anche quanto alla possibile violazione di altri valori costituzionalmente tutelati, di modo che la sua scelta finale può essere censurata sul piano dell'opportunità e (come vedremo) della possibile illegittimità costituzionale della normativa di riferimento, ma non sul piano della non consapevolezza delle conseguenze della propria iniziativa.

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

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

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

11.8 – Con il dodicesimo motivo di ricorso le Ricorrenti contestano la sussistenza di un fondamento al potere dell'Autorità in tema di promozione di codici di condotta e di promozione del mercato legale; potere che spetterebbe, per legge, alla Presidenza del Consiglio dei Ministri. Peraltro la questione, osserva il Collegio, non appare utile ai fini della decisione del ricorso, che concerne invece l'adozione di provvedimenti coercitivi ed interdittivi, rispetto ai quali sembra restare estranea ogni pretesa finalità pedagogica o promozionale.

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

Anche le censure e la richiesta in esame vanno peraltro rigettate, sulla base delle considerazioni già esposte, essendo quanto meno improprio lamentare la violazione del principio del contraddittorio, che contraddistingue il processo o al più un procedimento amministrativo di natura contenziosa, mentre qui opera un procedimento di natura meramente amministrativa, caratterizzato dal meno pregnante principio della partecipazione procedimentale, che va ponderata con le eventuali ragioni d'urgenza. A tale riguardo, precisano le resistenti che la previsione di termini brevi risponde all'esigenza di assicurare efficacia e certezza alle situazioni

giuridiche tutelate, in un contesto digitale che impone la necessaria tempestività degli interventi amministrativi a tutela del diritto d'autore per garantirne l'efficacia.

Resta peraltro aperto, osserva il Collegio, il diverso tema della idoneità di una procedura amministrativa a disciplinare, così come in questo caso, la compressione di diritti inviolabili dei cittadini, ma tale diverso profilo sarà affrontato nell'ambito della questione di legittimità costituzionale che sarà più avanti evidenziata.

11.10 Si è già detto del quindicesimo e sedicesimo motivo di ricorso. Con il diciassettesimo e diciottesimo motivo le ricorrenti censurano la pretesa ampiezza ed eccessiva genericità dei poteri attribuiti dal regolamento all'AGCom, in violazione di canoni di adeguatezza, di specificità e proporzionalità delle misure.

Anche la censura in esame è però infondata, in quanto l'AGCom nell'applicazione del regolamento sarà comunque tenuta al rispetto dei criteri di gradualità, di proporzionalità e di adeguatezza, peraltro nell'esercizio delle competenze e dei poteri ad essa attribuiti dal quadro normativo delineato dagli articoli 14, comma 3, e 16, comma 3, del decreto legislativo 9 aprile 2003 n. 70, norme sulle quali, come vedremo, si sposta quindi la censura, sotto il profilo della possibile violazione costituzionale.

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

Così come evidenziato dalle resistenti, nemmeno tale censura può trovare accoglimento, in quanto il procedimento abbreviato previsto dall'articolo 9 del Regolamento risponde all'esigenza di rapidità dell'azione a tutela del diritto d'autore online, considerato anche che, in accoglimento delle osservazioni della Commissione europea, oltre che sulla spinta delle istanze presentate nel corso della consultazione pubblica, tutti i termini previsti nell'iniziale schema di regolamento approvato il 25 luglio 2013 sono stati estesi nella versione finale. Ciò, naturalmente, a condizione che si tratti – come si è già detto- di un mero procedimento amministrativo disciplinato dalla legge, salvo approfondire l'aspetto della conseguente possibile illegittimità costituzionale delle stesse norme di base.

11.12 Con il ventesimo e ultimo motivo di ricorso le ricorrenti affermano che le osservazioni della Commissione europea sono state completamente disattese dall'Autorità nella redazione del Regolamento impugnato. Anche tale ultima censura è peraltro destituita di fondamento, in

quanto con la delibera n. 452/ 13/CONS del 25 luglio 2013 l'Autorità ha dato avvio alla Consultazione pubblica sullo schema di regolamento ed ha comunicato quel testo alla Commissione europea il 2 settembre 2013, conformemente a quanto previsto dalla direttiva 98/34/CE (cd. direttiva trasparenza), astenendosi dall'adottare il regolamento in modo definitivo per il periodo previsto (cd. periodo di stand still) ma, salvo il rispetto degli eventuali atti della Commissione, ciò non determina un obbligo giuridico di pedissequo adeguamento o di motivazione aggravata rispetto ai singoli punti delle osservazioni eventualmente rese dalla stessa Commissione.

In particolare, la Commissione europea il 3 dicembre ha comunicato le proprie osservazioni sullo Schema di regolamento ai sensi dell'articolo 8, comma 2, della direttiva n. 98134/CE, ed a seguito dell'invio del testo finale riformulato con nota del 28 gennaio ha informato l'AGCom di non avere ulteriori commenti o osservazioni.

12 – Ai fini della decisione del giudizio occorre quindi approfondire, come sopra anticipato, le questioni evocate dal primo, secondo, quinto, sesto, quindicesimo e sedicesimo motivo di ricorso. A tale riguardo, osserva preliminarmente il Collegio che la controversia rivela una forte carica evocativa metagiuridica, che deve necessariamente restare estranea al presente giudizio, giudizio che per tale ragione necessita di una decisione in punto di diritto strettamente ancorata alla vigente normativa.

13 - Occorre dunque prendere le mosse dalla ricostruzione del quadro giuridico di riferimento:

a) la competenza dell'AGCom per le garanzie nelle comunicazioni in tema di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazioni elettroniche trova fondamento nella legge 22 aprile 1941, n. 633, recante "Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio" (c.d. legge sul diritto d'autore), nonché nel decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70 recante "Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno" e, per i media audiovisivi, nel Decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177 (Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici);

b) la competenza dell'AGCom in tema di contrasto alle violazioni che si realizzano sulla rete internet per mezzo dei servizi offerti dai fornitori dei servizi della società dell'informazione, a propria volta, rientra nella attribuzioni generali relative al settore delle comunicazioni elettroniche riconosciute all'Autorità dal relativo Codice (decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259); nonché dai poteri regolatori previsti dalle leggi istitutive (leggi n. 481 del 1995 e n. 249 del 1997);

c) per la tutela del copyright sulla rete, viene in rilievo l'art. 182-bis della legge sul diritto d'autore (introdotto dalla legge n. 248 del 2000), che investe l'AGCom (e la SIAE) di funzioni di

vigilanza al fine di "prevenire ed accertare violazioni delle prescrizioni in materia di diritto d'autore".

d) l'impugnato regolamento fa, infine, specifico riferimento al "decreto sul commercio elettronico" (il citato D.lgs. n. 70/2003), che agli artt. 14, 15, 16 e 17 disciplina la responsabilità del prestatore di servizi nell'esercizio delle attività di semplice trasporto delle informazioni ("mere conduit"), di memorizzazione temporanea ("caching") e di memorizzazione duratura di informazioni ("hosting"), nonché i poteri autoritativi spettanti al riguardo alle competenti Autorità (giudiziaria e amministrativa), escludendo che il prestatore di servizi sia soggetto a un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, ovvero ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite (art. 17, comma 1), ma prescrivendo che lo stesso, qualora venga a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un destinatario dei suoi servizi, sia "tenuto a informarne immediatamente l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza" (art. 17, comma 2). Inoltre, secondo il d. lgs. n. 70/2003 l'Autorità amministrativa, al pari di quella giudiziaria, "può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore di servizi impedisca o ponga fine alle violazioni commesse, agendo prontamente per rimuovere le informazioni illecite o per disabilitare l'accesso ad esse". Infine, l'art. 17, comma 3, afferma la responsabilità civile dell'intermediario che, ove "richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non (abbia) agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto", mentre l'articolo 5 del decreto legislativo in parola stabilisce che «La libera circolazione di un determinato servizio della società dell'informazione proveniente da un altro Stato membro può essere limitata con provvedimento dell'autorità giudiziaria o degli organi amministrativi di vigilanza o delle autorità indipendenti di settore».

Così come osservato dalle parti resistenti e dagli intervenienti ad opponendum, il D.lgs n.70/2003 ha quindi introdotto nell'ordinamento un doppio binario di tutela - amministrativa e giudiziaria - in tema di diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, sull'affermato presupposto che oggi, a seguito del processo di dematerializzazione delle opere protette, le violazioni del copyright che nascono sulla rete sono sempre più diffuse rispetto alle forme tradizionali di contraffazione e, come tali, più difficili da reprimere, e che il private enforcement di cui all'azione inibitoria disciplinata all'art. 156 potrebbe non essere più sufficiente a garantire forme adeguate di tutela, rendendo così necessario l'introduzione di meccanismi di public enforcement.

Pertanto le norme di legge richiamate dal regolamento, disciplinando gli obblighi che gravano sui prestatori di servizi ed individuando al contempo l'AGCom quale autorità che ne può esigere il rispetto, legittima l'intervento della medesima Autorità anche sui servizi della società dell'informazione in veste di "autorità amministrativa avente funzioni di vigilanza», piuttosto che in veste di "autorità indipendente di settore» (così afferma la Difesa dell'AGCom), e ciò, osserva il Collegio, determina la non fondatezza delle dedotte censure di illegittimità del regolamento per violazione di legge, per violazione della riserva di legge e per incompetenza dell'AGCom.

Inoltre, dalla predetta ricostruzione normativa discende l'impossibilità di parlare della procedura definita dal regolamento gravato come di un procedimento contenzioso o "para-giurisdizionale", in quanto la stessa non mira a definire controversie tra operatori o tra questi e gli utenti, bensì ad

adottare provvedimenti inibitori all'esito di "un ordinario procedimento amministrativo" pur caratterizzato, "potendo incidere su valori costituzionalmente garantiti (appunto il diritto di accesso alla rete e la libertà di espressione)" da una procedura partecipata, peraltro secondo l'ordinario principio di partecipazione procedimentale secondo modalità compatibili con le ragioni d'urgenza, e non secondo il ben più pregnante principio del "contraddittorio" processuale e del "giusto processo"(così afferma ancora la Difesa dell'AGCom), e ciò vale ad escludere, osserva il Collegio, anche la fondatezza delle ulteriori censure riferite, da un lato, alla violazione della riserva di giurisdizione e del giudice naturale e, dall'altro, alle esigenze di partecipazione degli interessati.

14 – Dalla pregressa ricostruzione normativa, risulta dunque:

a) la competenza attribuita dalla legge all'AGCom, non quale autorità indipendente ma quale amministrazione vigilante, abilitata non ad accertare e sanzionare le violazioni del diritto d'autore, bensì ad adottare provvedimenti recanti l'ordine di rimozione dei contenuti del WEB o di oscuramento dei siti immediatamente precettivi nei confronti degli operatori della rete;

b) quindi, la tendenziale non coincidenza, rispetto ai soggetti che hanno effettivamente violato il diritto d'autore, dei soggetti destinatari del gravoso ordine amministrativo di rimozione dei contenuti dalla rete o di oscuramento dei siti (gli operatori e gli utenti del WEB), con il coinvolgimento di altri diritti costituzionalmente protetti, quale la libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost.;

c) ciò nonostante, la mancata previsione, da parte delle citate disposizioni di legge, di parametri idonei a garantire la necessaria ponderazione fra i diversi diritti costituzionali potenzialmente configgenti (e ciò sarebbe necessario in caso di riserva di legge assoluta), ovvero di criteri che garantiscano che una tale ponderazione avvenga nell'esercizio delle competenze attribuite all'AGCom, fin dall'adozione del regolamento impugnato (e ciò sarebbe comunque necessario anche in caso di riserva di legge relativa).

d) in particolare, la mancanza di una disciplina diretta, nel d.lgs. n. 30/2003, della ponderazione fra i predetti interessi costituzionalmente protetti, risultando la norma, al contrario, imperniata solo sulla necessità di adeguatezza e tempestività dell'intervento. D'altronde, lo stesso decreto legislativo lega espressamente l'esercizio dei poteri interdittivi attribuiti all'AGCom al rispetto dei criteri generali di ragionevolezza e proporzionalità, riferendoli peraltro esclusivamente all'entità e alle modalità della violazione del diritto d'autore (episodica oppure massiva, mediante siti italiani oppure esteri...) e non anche alle possibili conseguenze per gli altri diritti costituzionalmente protetti (in particolare, per la libertà di manifestazione de pensiero e per la libertà d'iniziativa economica): in tal modo, la legge pone un criterio speciale di ragionevolezza e proporzionalità, cui l'AGCom si è attenuta nell'esercizio della propria attività di amministrazione vigilante, e ciò preclude al Collegio la possibilità di accogliere le censure di violazione dei criteri generali di ragionevolezza e proporzionalità da parte del regolamento impugnato;

e) l'estraneità, rispetto alle preesistenti competenze giurisdizionali, del procedimento amministrativo in esame che, in conformità alle predette previsioni di legge, prende avvio a seguito di una mera deliberazione amministrativa circa la fondatezza dell'istanza di un privato o di un suo ente rappresentativo (quale la SIAE) circa la pretesa sussistenza di una violazione della sua proprietà intellettuale sul WEB, e che si conclude con un provvedimento amministrativo immediatamente precettivo, successivamente impugnabile davanti al TAR, indipendentemente dall'accertamento (si è già detto, tutt'altro che agevole) dell'effettiva sussistenza di una violazione del diritto d'autore da parte del giudice ordinario;

f) la conseguente separazione fra i due "binari", ovvero fra il nuovo procedimento amministrativo e la previgente tutela giurisdizionale, in quanto l'attivazione di quest'ultima da parte dell'interessato preclude la tutela amministrativa, ma l'attivazione del procedimento amministrativo (così come la sua successiva archiviazione per adempimento spontaneo), non impediscono al privato o alla sua associazione di rivolgersi successivamente al giudice civile ed a quello penale per far valere la violazione (non si tratta quindi di uno strumento di depenalizzazione o di deflazione del contenzioso);

g) inoltre, la previsione che il procedimento amministrativo, una volta avviato, venga archiviato solo se è l'istante a rivolgersi al giudice ordinario: ne consegue che gli operatori e gli utenti del WEB interessati dal procedimento devono attendere il provvedimento finale, per impugnarlo davanti al TAR, ma non possono tempestivamente difendersi chiedendo al giudice ordinario di accertare l'insussistenza dell'affermata violazione del diritto d'autore per evitare l'adozione del provvedimento, in quanto il loro ricorso al giudice non blocca né sospende il procedimento amministrativo;

h) di conseguenza, la previsione di una tutela amministrativa, incondizionata ed in via d'urgenza, per il diritto d'autore, diritto riconducibile al diritto di proprietà di cui all'art. 42 della Costituzione (collocato al Titolo III fra i "rapporti economici"), pur essendo lo stesso, per la sua natura essenzialmente patrimoniale, suscettibile di successivo ristoro mediante risarcimento, ma allo stesso tempo la preclusione della possibilità di evitare l'adozione dei conseguenti provvedimenti interdittivi rivolgendosi al giudice ordinario, a tutela della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 della Costituzione (che precede l'art. 42) e della libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 della Costituzione (collocato al Titolo I, fra i "rapporti civili"), palesandosi, sotto tale profilo, la possibile violazione sia dell'art. 24, che assicura la tutela giurisdizionale dei propri diritti secondo parametri di effettività, sia dell'art. 25 della Costituzione, che sancisce il principio del "giudice naturale" (essendo "giudice naturale" il giudice amministrativo per il provvedimento amministrativo interdittivo, ma prima ancora il giudice ordinario per la compressione del diritto di manifestazione del pensiero).

15 – le pregresse considerazioni conducono il Collegio a ritenere la non fondatezza delle censure di merito dedotte con il ricorso in esame. Tuttavia questo giudice, quale interprete delle leggi che trovano applicazione ai fini della decisione, prima di pronunciare la reiezione del ricorso deve interrogarsi se le stesse siano compatibili con la nostra Costituzione.

E' evidente, infatti, che l'eventuale pronuncia d'incostituzionalità priverebbe la “Delibera n. 680/13/CONS del 12 dicembre 2013” recante il “Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative” e l' “Allegato A” alla predetta Delibera, del loro fondamento legislativo e consentirebbe senz'altro al Collegio di annullarli, facendo riferimento alla relativa censura di invalidità derivata, evidenziandosi la rilevanza della questione di costituzionalità ai fini del giudizio a quo.

16 – Quanto alla non manifesta infondatezza della questione, osserva il Collegio che il diritto d'autore, quale possibile specifica espressione del diritto di proprietà di cui all'art. 42 Cost., va bilanciato con i diritti fondamentali previsti in Costituzione (in questo caso: il diritto alla libera informazione del gestore del sito web, dell'internet provider e del fornitore di servizi media audiovisivi; il diritto di accesso di ogni persona alla libera informazione in rete; il diritto degli operatori economici a svolgere la propria attività sulla rete; il diritto alla segretezza della comunicazione intersoggettiva...).

La Costituzione, tuttavia, ha posto in un diverso ordine i diritti fondamentali e le libertà economiche, ammettendo, in caso di conflitto, il sacrificio di quest'ultime. Nel caso di specie, viceversa, la rimozione dei contenuti illeciti sembra poter ledere le libertà fondamentali di diffusione e di comunicazione sopraindicate, posponendole rispetto al diritto del proprietario dell'opera di ingegno e delle società, come la SIAE, che percepiscono una quota delle relative utilità, pur trattandosi di diritto che, per la sua natura economica, è comunque suscettibile di ristoro patrimoniale in sede risarcitoria .

La Costituzione, inoltre, richiede che i diritti fondamentali siano presidiati dalla garanzia della riserva di legge (artt. 21 e 41 Cost.), la quale impone un inderogabile ordine di intervento tra legge e regolamento, e dalla riserva di tutela giurisdizionale (artt. 24 e 25 Cost.), e le disposizioni di legge sopra illustrate sembrano determinare la violazione di entrambe le predette garanzie.

17 – La libertà di espressione del pensiero, prevista dall'art. 21 Cost. tra le libertà fondamentali, a propria volta è stata ripetutamente oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza costituzionale. Gli aspetti più innovativi di tale giurisprudenza sono, in particolare, quelli che si collegano al settore dell'informazione. Infatti, se da una parte nel dettato costituzionale vi è la completa assenza di qualsivoglia esplicito riferimento a posizioni soggettive tutelate nella materia dell'informazione, dall'altra l'interpretazione giurisprudenziale ha permesso di ricostruire sia i profili attivi dell'attività di informare, che quelli passivi, riferibili alla circolazione delle informazioni ed alla loro ricezione, desumibili dalla stessa norma.

Tale interpretazione ha progressivamente evidenziato il collegamento tra la libertà di informazione e le forme proprie di una democrazia pluralista come la nostra. Già Kant, ne “La metafisica dei costumi”, affermava che «soltanto la volontà concorde e collettiva di tutti, in quanto ognuno decide la stessa cosa per tutti e tutti la decidono per ognuno, epperò soltanto la volontà generale collettiva del popolo può essere legislatrice».

Successivamente Habermas, nel ricostruire la storia dell'opinione pubblica, stabiliva che possono considerarsi legittime solo quelle leggi che nascono da un processo legislativo discorsivo, il quale rinviene la sua fonte di legittimazione nei presupposti comunicativi e procedurali della formazione dell'opinione pubblica.

La forma di stato democratica, seguendo questa linea di pensiero, deve trovare la sua base nell'esistenza di una opinione pubblica «avvertita e consapevole» (C. Cost. Sent. n. 105/1972) in grado «di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale» (C. Cost. n. 112/1993).

Si coglie così la coesistenzialità tra la libertà di espressione usata a fini informativi e la forma di stato democratico, la cui natura implica «pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei alla circolazione delle notizie e delle idee» (C. Cost. n. 105 del 1972). Questa visione ha condotto ad accentuare il carattere fondamentale dell'art. 21 Cost., inteso come «pietra angolare della democrazia» (sent. n. 94 del 1977), e a considerarlo, così come tutti i diritti fondamentali della persona, diretta emanazione del più generale diritto alla dignità della persona umana, che anima l'art. 2 Cost. e permea di sé l'intero ordinamento.

A ciò consegue che ogni restrizione delle libertà garantite dalla norma deve fondarsi su un primario interesse costituzionale. La Corte Costituzionale, per quanto il testo del comma 1 dell'art. 21 Cost. non lo espliciti, ha ritenuto sin dalla sentenza n. 9 del 1965 che «tutte le limitazioni sostanziali di queste libertà non possono essere poste se non per legge e debbano trovare fondamento in precetti e principi costituzionali».

18 - La flessibilità del dettato costituzionale, oltre aver permesso un'interpretazione funzionale della norma, ha consentito di arricchire i principi enunciati nell'art. 21 con quelli espressi in altre norme, come quelli in tema di libertà economiche. L'informazione, infatti, come frutto del lavoro umano, ha un costo in termini di tempo e investimenti necessari a produrla e a documentarla, e un valore di scambio legato alla sua utilità per il conseguimento di obiettivi di vario tipo. L'evoluzione dei mezzi di produzione e comunicazione delle informazioni, poi, ha fatto progressivamente emergere il valore economico dell'informazione dal punto di vista della sua essenzialità per la crescita produttiva, e sono sorte molteplici iniziative imprenditoriali focalizzate sulla produzione e distribuzione di informazioni.

Ne consegue che il diritto di informare, da una parte, come profilo passivo, è posto a tutela dei singoli utenti, ai fini di una loro effettiva partecipazione alla vita democratica, dall'altra, come profilo attivo, è teso a proteggere coloro che operano nel sistema dei media, per assicurare che le informazioni immesse nel circuito economico contribuiscano alla crescita del mercato, oltretutto a garantire ai singoli utenti la possibilità di scelta tra una molteplicità di fonti informative.

Diventa, pertanto, obbligata una lettura congiunta dell'art. 21 con l'art. 41 della Costituzione, inteso in senso ampio non come mera libertà di attività di impresa, ma come copertura

costituzionale di ogni atto con cui il soggetto scelga il fine economico da perseguire, in linea con la configurazione della libertà economica come di un diritto di libertà proprio della persona.

E' ormai pacifico, peraltro, che nell'art. 41, comma 1, trovi sede il principio di concorrenza in senso oggettivo, come interesse di rango costituzionale soggetto a tutti i limiti di cui all'art. 41, commi 2 e 3. Le esigenze di «utilità sociale», di cui al comma 2 dell'art. 41, devono essere bilanciate con la concorrenza (C. Cost. n. 386 del 1996; analogamente, C. Cost. n. 241 del 1990) e l'individuazione delle medesime non deve apparire arbitraria, né le stesse devono essere perseguite dal legislatore mediante misure palesemente incongrue (C. Cost. n. 548 del 1990; C. Cost. n. 152 del 2010 e n. 167 del 2009), assumendo rilievo in tale valutazione anche il «carattere temporalmente limitato della disciplina» che le prevede (C. Cost. n. 94 del 2009). La necessità che dette misure siano ragionevoli e non realizzino una ingiustificata disparità di trattamento rende chiara la correlazione tra gli artt. 3 e 41 Cost.

In quest'ottica si pone il comma 2 dell'art. 1 decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27: «...Le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche sono in ogni caso interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri, ed ammette solo i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica»

Quindi, il legislatore può e deve mantenere forme di regolazione dell'attività economica, ma le eventuali restrizioni e limitazioni alla libera iniziativa economica devono trovare puntuale giustificazione in interessi di rango costituzionale o negli ulteriori interessi che il legislatore statale ha previsto all'art. 3, del D.L. n. 1 del 2012 (C. Cost. n. 200 del 2012).

Il principio della liberalizzazione prelude a una razionalizzazione della regolazione, che cancella, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall'altro, mantiene le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con «l'utilità sociale» (C. Cost. nn. 247 e 152 del 2010, n. 167 del 2009 e n. 388 del 1992).

19 - 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. Appare dunque necessario approfondire la questione, anche in relazione al carattere conformativo che, in tal caso, la eventuale sentenza di annullamento produrrebbe nei confronti del legislatore ordinario pro tempore.

In particolare, l'Art. 21 Cost. al primo ed all'ultimo comma pone una tutela generale del diritto di manifestazione del pensiero (oggi declinabile come diritto di informare ed essere informati) ponendo una riserva di legge per la disciplina degli eventuali limiti, mentre ai commi 2 e seguenti detta una speciale disciplina di garanzia per la "stampa", ponendo una stringente riserva giurisdizionale per il suo eventuale sequestro, che può avvenire, solo nei casi prefissati per legge, e comunque solo per atto dell'autorità giudiziaria o, in caso di estrema urgenza, con atto da essa convalidato entro 48 ore.

20 - Il tema dell'esercizio in Internet di diritti costituzionali di manifestazione del pensiero riconducibili ai commi 2 ss. Dell'art. 21 Cost. richiede, quindi, una verifica del grado di prescrittività di tali diritti di fronte a una realtà non immaginabile al tempo della loro creazione.

Si tratta, in particolare, di verificare se sia possibile un'interpretazione delle disposizioni costituzionali che li ricomprensca, mantenendo il significato dei segni linguistici di cui si compongono, ma consentendone l'applicazione a situazioni nuove, ignote alla mens legis, ma riconducibili alle rispettive rationes.

In particolare, nel caso di specie si tratta di appurare se le garanzie previste dall'articolo 21 Cost. per la stampa possano valere anche per il "mezzo di comunicazione" internet. Si deve procedere, dunque, all'analisi del concetto di "stampa", partendo dal dato normativo per poi analizzare la giurisprudenza della Consulta e della Cassazione.

La l. 8 febbraio 1948, n. 47, all'art. 1: stabilisce che " Sono considerate stampe o stampati, ai fini di questa legge, tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici, in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione". Secondo l'art. 5, inoltre: « Nessun giornale o periodico può essere pubblicato se non sia stato registrato presso la cancelleria del tribunale, nella cui circoscrizione la pubblicazione deve effettuarsi".

Per la l. 7 marzo 2001, n. 62, art. 1: " Per "prodotto editoriale", ai fini della presente legge, si intende il prodotto realizzato su supporto cartaceo, ivi compreso il libro, o su supporto informatico, destinato alla pubblicazione o, comunque, alla diffusione di informazioni presso il pubblico con ogni mezzo, anche elettronico, o attraverso la radiodiffusione sonora o televisiva, con esclusione dei prodotti discografici o cinematografici".

Viene poi in rilievo il citato D.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, per il cui art. 7, comma 3, viceversa: «La registrazione della testata editoriale telematica è obbligatoria esclusivamente per le attività per le quali i prestatori del servizio intendano avvalersi delle provvidenze previste dalla legge 7 marzo 2001, n. 62».

Dunque, il costituente quando ha voluto far riferimento a manifestazioni di pensiero diverse dalla stampa lo ha esplicitato, e ciò è desumibile dall'ultimo comma dell'art. 21 Cost. La legge n. 47/1948 ha offerto una definizione di «stampa e stampati» volta a esplicitare il concetto di «stampa» richiamato in Costituzione. La legge n. 62/2001, allo scopo di aggiornare la disciplina in materia e favorire lo sviluppo dell'editoria e dell'informazione telematica, ha poi

equiparato il «il prodotto editoriale» alla «stampa e agli stampati». Il «prodotto editoriale» costituisce una categoria di genere molto ampia tesa ad abbracciare l'attività delle imprese editoriali –tanto online, che offline-, assimilando tutte le varie sottospecie di pubblicazioni oggi editabili (carta stampata, riviste informatiche, riviste telematiche, e-book).

Infine, dall'art. 5 della l. n. 47/48 e dall'art. 7 del d.lgs. n. 70/2003 si evince che, solo qualora l'organizzatore della pubblicazione proceda spontaneamente all'iscrizione della stessa nel registro della stampa, tale pubblicazione potrà dirsi giuridicamente «stampato» e, quindi, «prodotto editoriale».

Tirando le somme, a giudizio del Collegio la disciplina che regola la stampa può essere estesa ai prodotti digitali solo in presenza dei requisiti espressamente previsti dalla l. 62 del 2001: si deve cioè trattare di prodotto dotato di testata, di finalità informativa legata all'attualità e di periodicità regolare.

In tal senso si pone anche la giurisprudenza costituzionale (fra le altre, con la sentenza n. 38/1961)

E della Corte di Cassazione (Sent. 27 settembre 2007, n. 39354, Sent. 10 marzo 2009, n. 10535, Sent. 5 marzo 2014, n. 10594).

21 - Peraltro, il Collegio ritiene necessario ribadire che la questione qui affrontata non concerne l'eventuale estensione per analogia della disciplina dettata per la stampa dai commi da 2 a 5 dell'art. 21 Cost. a tutti gli altri casi di manifestazione del pensiero tutelati ai sensi del comma 1 dello stesso articolo, secondo improbabili evoluzioni normative che finirebbero per sovrapporre la volontà dell'interprete a quella del Costituente, e neppure concerne l'eventuale obbligo del legislatore ordinario di allineare le disciplina delle diverse fattispecie (a ciò il legislatore ha provveduto, nell'ambito della propria discrezionalità legislativa, per le testate del web registrate secondo le norme sulla stampa).

Occorre, invece, valutare se l'originario testo della nostra Costituzione, che nella sua assoluta e straordinaria modernità ha garantito fra i principi fondamentali i diritti inviolabili dei singoli (art. 2), tutelando in tale ambito ogni forma di manifestazione del pensiero (articolo 21, comma 1), non ponga un limite "intrinseco" alla discrezionalità del legislatore chiamato a riempire di contenuti la prevista riserva di legge, e se, quindi, il legislatore ordinario, alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità, non possa assicurare garanzie minori, rispetto a quelle già previste per la stampa dai commi 2 ss. dell'art.21 Cost. per le nuove forme di manifestazione del pensiero che, come internet, nel tempo vi si sono affiancate quanto al rilievo per l'esercizio delle libertà civili e della partecipazione politica e sociale, e se lo stesso legislatore debba quindi porre discipline ragionevolmente efficaci e bilanciate, secondo le previsioni costituzionali, di tutela del diritto inviolabile di manifestazione del pensiero (ovvero di informare e di essere informati) rispetto agli altri diritti fondamentali potenzialmente configgenti (privacy, proprietà intellettuale...).

22 – In particolare, la previsione di una tutela privilegiata per la sola stampa era una disposizione figlia del tempo in cui fu scritta, quando la stampa costituiva il principale mezzo di diffusione del pensiero. Successivamente, alla più ampia diffusione della radio, già esistente ai tempi dell'Assemblea Costituente, e all'avvento della televisione (in Italia il primo programma sperimentale risale al 1949, e il «regolare servizio di trasmissioni televisive» ha inizio solo il 3 gennaio 1954) non seguì l'esigenza di un'estensione delle garanzie costituzionali previste per la stampa. Il sistema radiotelevisivo, infatti, si caratterizzava per peculiarità differenti da quelle della carta stampata in quanto oggetto di monopolio controllato dal Governo, in seguito trasformato in un servizio pubblico guidato dal Parlamento.

La situazione ha iniziato a mutare negli anni ottanta, quando il sistema radiotelevisivo pubblico si è progressivamente aperto alla concorrenza dei privati, e negli anni novanta, in cui si è delineato un sistema misto pubblico privato, e infine negli scorsi anni, quando la trasmissione in tecnica analogica è stata convertita in trasmissione in tecnica digitale, richiedendo migliori discipline antitrust in tema di distribuzione delle risorse tecnologiche e delle risorse finanziarie.

A cambiare radicalmente il mondo della comunicazione di massa è stato, però, l'avvento e lo sviluppo di internet. L'uso della rete ha segnato una nuova frontiera della libertà di espressione, informazioni prima inaccessibili, come quelle sull'esercizio del potere da parte degli Stati hanno raggiunto ogni angolo del globo, cosicché «la formula della conoscenza come bene comune, vitale per la democrazia, si è fatta concreta» Un tale contesto, totalmente differente da quello in cui fu scritta la Carta fondamentale, e la descritta modernità e capacità di adattamento del quadro costituzionale concernente la libertà di espressione inducono, quindi, questo giudice a sottoporre all'adita Corte anche l'eventuale necessità di una lettura delle norme costituzionali in tema di libertà di espressione e di diritto all'informazione tale da garantire una tutela equivalente a quella prevista per la stampa anche ai nuovi mezzi di diffusione del pensiero mediante la rete.

Ciò non poiché stampa ed internet siano equiparabili (anzi, le modalità sono radicalmente nuove e diverse) ma poiché la odierna società dell'informazione, cablata e unita in tempo reale dalla rete, ha affiancato il ruolo di internet a quello della stampa quale momento essenziale della libertà di manifestazione del pensiero, del diritto di informare ed essere informati, del pluralismo democratico e della libertà d'iniziativa economica secondo condizioni di piena concorrenza. Internet dunque, almeno sul piano “quantitativo” del numero delle “fonti”, della circolarità dell'informazione consentita dalla possibilità di feed-back immediato e del numero degli “utenti” (in crescita esponenziale rispetto all'inarrestabile calo dei lettori della “stampa” tradizionale, che sta cercando di adeguarsi al nuovo mondo), è già oggi uno dei principali strumenti di attuazione della “libertà di manifestazione del pensiero” sancita dall'art. 21 Cost.

23 - Osserva il Collegio che le considerazioni sopraesposte sembrano altresì trovare conferma nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, che con la sentenza C 70/10 (III Sezione, SABAM contro SCARLET) prevede che siano (solo) “gli organi giurisdizionali nazionali” a poter ingiungere agli intermediari di adottare provvedimenti “volti a porre fine alle violazioni dei

diritti di proprietà intellettuale” (in questo senso, anche sentenza 12 luglio 2011, causa C 324/09, L’Oréal e altri). Pertanto, “le autorità ed i giudici nazionali devono in particolare garantire un giusto equilibrio tra la tutela del diritto di proprietà intellettuale, di cui godono i titolari di diritti d’autore, e quella della libertà d’impresa”.

Per tale ragione, l’ingiunzione di creare un filtro preventivo generalizzato “rischierebbe di ledere la libertà di informazione, poiché tale sistema potrebbe non essere in grado di distinguere adeguatamente tra un contenuto lecito ed un contenuto illecito”. Infatti, “è indiscusso che la questione della liceità di una trasmissione dipende anche dall’applicazione di eccezioni di legge al diritto di autore che variano da uno Stato membro all’altro. Inoltre, in certi Stati membri talune opere possono rientrare nel pubblico dominio o possono essere state messe in linea gratuitamente da parte dei relativi autori”.

Pertanto, neppure il giudice nazionale potrebbe adottare l’ingiunzione che costringe il FAI a predisporre il sistema di filtraggio controverso, poiché ciò non rispetterebbe “l’obbligo di garantire un giusto equilibrio tra, da un lato, il diritto di proprietà intellettuale e, dall’altro, la libertà di impresa, il diritto alla tutela dei dati personali e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni”.

Con la sentenza C – 461/10 (III Sezione, -BONNIER AUDIO AB AND OTHERS contro PERFECT COMMUNICATION SWEDEN), la Corte di Giustizia aggiunge che, nella trasposizione, segnatamente, delle direttive 2002/58 e 2004/48, “gli Stati membri devono avere cura di fondarsi su un’interpretazione delle direttive medesime tale da garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall’ordinamento giuridico dell’Unione” e che “non entri in conflitto con i summenzionati diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto dell’Unione, quale, ad esempio, il principio di proporzionalità”.

Inoltre, secondo la recente sentenza della Corte di Giustizia (IV Sezione) del 27 marzo 2014 (C – 314/12 - UPC Telekabel Vien Gmbh contro Constantin Film Verleih Gmbh) “i diritti fondamentali riconosciuti dal diritto dell’Unione devono essere interpretati nel senso che non ostano a che sia vietato, (purchè) con un’ingiunzione pronunciata da un giudice, a un fornitore di accesso ad Internet di concedere ai suoi abbonati l’accesso ad un sito Internet che metta in rete materiali protetti senza il consenso dei titolari dei diritti”. Occorre però che “tale ingiunzione non specifichi quali misure tale fornitore d’accesso deve adottare” e che “quest’ultimo possa evitare sanzioni per la violazione ditale ingiunzione dimostrando di avere adottato tutte le misure ragionevoli” ed inoltre che “le misure adottate non privino inutilmente gli utenti di Internet della possibilità di accedere in modo lecito alle informazioni disponibili”. Occorre, infine, che “tali misure abbiano l’effetto di impedire o, almeno, di rendere difficilmente realizzabili le consultazioni non autorizzate”, circostanza (solo quest’ultima) che spetta (indifferentemente) “alle autorità e ai giudici nazionali verificare”.

Nelle decisioni citate il “doppio binario”, amministrativo e giurisdizionale, previsto dalle direttive comunitarie richiamate dall’AGCom, sembra quindi temperato dalla necessità che le limitazioni dell’accesso ad internet a tutela del diritto d’autore siano ponderate con gli altri diritti sanciti dal diritto dell’Unione, alla stregua di un principio di proporzionalità, e che, comunque, siano sottoposte ad un previo vaglio del giudice nazionale, fermo restando che il recepimento

delle stesse direttive nell'ordinamento italiano non può in ogni caso prescindere dalle tutele accordate dalla nostra Costituzione ai diritti fondamentali potenzialmente configgenti.

24 – Conclusivamente, il Collegio ritiene necessario sottoporre alla Corte Costituzionale la seguente questione incidentale di legittimità costituzionale, rilevante ai fini della definizione del giudizio a quo, ovvero ai fini della eventuale declaratoria di illegittimità del regolamento dell'AGCom impugnato con il ricorso in epigrafe e del suo conseguente annullamento in sede giurisdizionale, volta ad ottenere una pronuncia pregiudiziale circa la possibile illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, e degli artt. 14, comma 3, 15, comma 2, e 16, comma 3, del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, nonché del comma 3 dell'art. 32 bis del testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici approvato con decreto legislativo n. 117 del 2005, come introdotto dall'art. 6 del decreto legislativo n. 44 del 2010, sulla cui base è stata adottata la impugnata “Delibera n. 680/13/CONS del 12 dicembre 2013” recante il “Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative” e l' “Allegato A” alla predetta Delibera, per la violazione dei principi di riserva di legge e di tutela giurisdizionale in relazione all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero e di iniziativa economica, sanciti dagli articoli 2, 21, I comma, 24 e 41 della Costituzione, nonché per la violazione dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità nell'esercizio della discrezionalità legislativa e per la violazione del principio del giudice naturale, in relazione alla mancata previsione di garanzie e di tutele giurisdizionali per l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero sulla rete almeno equivalenti a quelle sancite per la stampa, con la conseguente violazione degli articoli 21, commi 2 e seguenti, 24 e 25, comma 1, della Costituzione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), interlocutoriamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, e degli artt. 14, comma 3, 15, comma 2, e 16, comma 3, del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, nonché del comma 3 dell'art. 32 bis del testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici approvato con decreto legislativo n. 117 del 2005, come introdotto dall'art. 6 del decreto legislativo n. 44 del 2010.

Dichiara altresì rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale delle medesime disposizioni in relazione agli articoli 21, commi 2 e seguenti, 24 e 25, comma 1, della Costituzione.

Dispone la sospensione del presente giudizio e ordina l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale.

Ordina che, a cura della Segreteria della Sezione, la presente ordinanza sia notificata alle parti costituite e al Presidente del Consiglio dei ministri, nonché comunicata ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Raffaello Sestini, Presidente FF, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

Roberta Cicchese, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/09/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)