

La rimessione alla Corte della
questione di legittimità costituzionale
in materia di diritto d'autore sulle reti
di comunicazione elettronica

di Alberto M. Gambino
Professore ordinario di Diritto privato
Università Europea di Roma



La rimessione alla Corte della questione di legittimità costituzionale in materia di diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*

di Alberto M. Gambino

Professore ordinario di Diritto privato
Università Europea di Roma

Sommario: 1. La ricostruzione del quadro giuridico di riferimento. 2. Gli strumenti di *enforcement*. 3. L'esercizio dell'inibitoria. 4. La c.d. procedura di notice and take down. 5. Limiti all'inibizione dell'accesso ai siti. d. procedura di notice and take down.

1. La ricostruzione del quadro giuridico di riferimento

Alla luce delle due ordinanze di remissione del Tar del Lazio alla Corte costituzionale, l'impianto normativo su cui si radicano le competenze regolatorie dell'Agcom appare confermato.

La legge sul diritto d'autore attribuisce espressamente all'art. 182-bis, introdotto dall'art. 11 della legge n. 248 del 2000, e modificato dal D.lgs. n. 68 del 2003, all'Agcom, unitamente alla SIAE, poteri di vigilanza, fra l'altro, «sull'attività di riproduzione e duplicazione con qualsiasi procedimento, su supporto audiovisivo, fonografico e qualsiasi altro supporto nonché su impianti di utilizzazione in pubblico, via etere e via cavo, [...]», prevedendo altresì che, per lo svolgimento dei relativi compiti, l'Autorità possa conferire funzioni ispettive a propri funzionari ed esercitare poteri di ispezione e di accesso a locali e di richiesta di esibizione di documenti etc.

Tale articolo attribuisce, dunque, all'Agcom un potere di vigilanza al fine di prevenire ed accertare le violazioni del diritto d'autore, circoscritto all'attività di riproduzione e duplicazione delle opere dell'ingegno con qualsiasi procedimento, dunque anche attraverso internet, nonché all'attività di

* Intervento al *Seminario sul Regolamento AGCom in materia di tutela del diritto d'autore a valle delle ordinanze del Tar Lazio, Sez. I, nn. 10016 e 10020 del 2014*, organizzato dalla Redazione del Focus TMT e tenutosi a porte chiuse presso la sede di *federalismi*, Roma, 13 ottobre 2014.



diffusione radiotelevisiva con qualsiasi mezzo effettuata, così implicitamente includendosi anche le *web tv*.

L'attribuzione della potestà appena descritta trova ulteriore conferma nella legge istitutiva dell'Agcom (art. 1, comma 6, lett. b), numero 4-bis, anch'esso introdotto dall'art. 11, comma 2, della legge n. 248 del 2000) ove viene statuito che è compito dell'Autorità esercitare i poteri attribuiti dall'articolo 182-bis l. n. 633/1941.

A sua volta, l'art. 32-bis¹, comma 3, del D.lgs. n. 177 del 2005, aggiunto dall'art. 6 del D.lgs. n. 44 del 2010, prevede che sia l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ad emanare le «disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti» imposti ai fornitori di servizi di media audiovisivi a garanzia del rispetto dei diritti d'autore e dei diritti connessi.

I fornitori di servizi di media audiovisivi sono, ai sensi dell'art. 4 del D.lgs. n. 44 del 2010, le persone fisiche o giuridiche cui è riconducibile la responsabilità editoriale della scelta del contenuto audiovisivo del servizio di media audiovisivo e che ne determinano le modalità di organizzazione, con esclusione dei soggetti che si occupano unicamente della trasmissione di programmi per i quali la responsabilità editoriale incombe a terzi come i servizi basati sul caricamento di contenuti da parte degli utenti, in quanto in essi non è rinvenibile un'attività editoriale da parte del fornitore, qualificabile piuttosto come semplice aggregazione dei contenuti. La norma richiamata aggiunge e specifica che sono, altresì, esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina tutti i servizi la cui finalità principale non è la fornitura di programmi, risultando questa meramente incidentale (ad es. brevi spot pubblicitari, motori di ricerca, etc.).

¹ D.lgs. 31 luglio 2005, n. 177, art. 32-bis (Protezione dei diritti d'autore): 1. Le disposizioni del presente testo unico non sono in pregiudizio dei principi e dei diritti di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 68, recante attuazione della direttiva 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, e al decreto legislativo 16 marzo 2006, n. 140, recante attuazione della direttiva 2004/48/CE, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale. I fornitori di servizi di media audiovisivi assicurano il pieno rispetto dei principi e dei diritti di cui alla legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, indipendentemente dalla piattaforma utilizzata per la trasmissione di contenuti audiovisivi. 2. I fornitori di servizi di media audiovisivi operano nel rispetto dei diritti d'autore e dei diritti connessi, ed in particolare: a) trasmettono le opere cinematografiche nel rispetto dei termini temporali e delle condizioni concordate con i titolari dei diritti; b) si astengono dal trasmettere o ri-trasmettere, o mettere comunque a disposizione degli utenti, su qualsiasi piattaforma e qualunque sia la tipologia di servizio offerto, programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi, o parti di tali programmi, senza il consenso di titolari dei diritti, e salve le disposizioni in materia di brevi estratti di cronaca. 3. L'Autorità emana le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti di cui al presente articolo.



Da quanto appena esposto emerge che la potestà regolamentare dell'Agcom in materia di diritto d'autore trovi un limite soggettivo esplicito potendo essere esercitata solo nei confronti dei fornitori di servizi di media audiovisivi e non anche di soggetti terzi.

Il quadro giuridico rappresentato si completa con il D.lgs. n. 70 del 2003, attuativo della direttiva 2000/31/CE, che detta specifiche disposizioni in tema di servizi della «società dell'informazione», disciplinando fra l'altro i servizi connessi all'uso della rete. Esso prevede, nell'ambito dell'Unione europea, il principio della «libera circolazione dei servizi», ma aggiunge che essa può essere limitata, con provvedimento dell'A.G. o degli organi amministrativi di vigilanza o delle autorità indipendenti di settore.

Il testo legislativo nel disciplinare le responsabilità degli *Internet Service Providers* - letteralmente prestatori di servizi internet, da qui in avanti anche ISP o *provider* - afferma che l'Autorità giudiziaria o quella amministrativa «può esigere, anche in via di urgenza», con specifica ordinanza di inibizione, che il prestatore «impedisca o ponga fine alle violazioni commesse» (art. 17, D.lgs. n. 70/2003) così attribuendo all'Agcom poteri, oltreché di vigilanza, anche inibitori.

La normativa descritta esaurisce, dunque, il quadro di riferimento sul quale si fondano le competenze dell'Autorità in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, riconoscendo alla stessa poteri regolatori, di vigilanza, ispezione ed inibizione, che paiono, tuttavia, inserirsi in un contesto che il legislatore ha lasciato incompleto senza porre elementi di coordinamento tra i vari compiti assegnati all'Agcom.

2. Gli strumenti di *enforcement*

L'autonomia e l'indipendenza dell'Agcom sono i caratteri individuati dal legislatore per garantire la piena rispondenza dell'operato dell'Autorità ai valori costituzionali di cui all'art. 97 Cost. (Cfr., in tal senso, da ultimo, Cons. Stato, sezione terza, 28 maggio 2012, n. 3136). La legge istitutiva, come peraltro quelle istitutive delle altre Autorità indipendenti, investe l'Agcom di ampi poteri definiti per obiettivi, che si esprimono sia attraverso regolamenti che attuano i principi generali fissati dalla legge (avvicinandosi ai regolamenti esecutivi, di attuazione e integrativi della disciplina legislativa), sia attraverso regolamenti che si caratterizzano per un riferimento alla materia oggetto di regolamentazione o a finalità generali.

Tale potere regolatorio va confrontato con le previsioni dell'art. 21 Cost. in materia di libertà di manifestazione del pensiero che, ponendo una riserva di legge assoluta, esclude qualsiasi esercizio di un potere regolamentare, a meno che non si tratti di regolamenti di esecuzione, dati i ristretti limiti entro i quali questi possono essere emanati (Cfr. Corte Cost., sent. 28 novembre 1968



n.120, ove viene affermato che la libertà di manifestazione del pensiero non può trovare limitazioni se non nelle disposizioni legislative dirette alla tutela di altri beni ed interessi fatti oggetto di protezione costituzionale). L'art. 21 Cost. pone altresì una riserva di giurisdizione in materia di libertà di manifestazione del pensiero, di talché qualsiasi limitazione non potrà che essere disposta dall'Autorità Giudiziaria, salvo espressa deroga di legge.

Ne consegue la legittimità del *doppio binario*, inteso non come espressione di un potere genericamente *alternativo a quello dell'Autorità giudiziaria, ancorché non sostitutivo di esso*, ma di un potere che si mostra alternativo, nei limiti dettati dalla Costituzione e dalla legge.

All'interno dell'individuata cornice, il D.lgs. n. 70 del 2003, nel disciplinare specifiche fattispecie di responsabilità (art. 14: nell'attività di semplice trasporto - *mere conduit*; art. 15: nell'attività di memorizzazione temporanea - *caching*; art. 16: nell'attività di memorizzazione di informazioni - *hosting*), dispone, in relazione ad esse, che «L'autorità giudiziaria o quella amministrativa, avente funzioni di vigilanza, può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 2, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse».

Nel quadro costituzionale richiamato, l'Autorità appare, dunque, legittimata dal D.lgs. n. 70/2003 ad agire prontamente per ordinare che venga impedito l'accesso a singoli e selezionati contenuti illeciti presenti in rete, ma non anche a svolgere interventi più incisivi, pur in presenza di reiterate violazioni da parte dei gestori del sito.

3. L'esercizio dell'inibitoria

In relazione al criterio di imputazione della responsabilità civile del prestatore, il D.lgs. 9 aprile 2003 n. 70 individua tre principali vicende: a) il caso in cui il prestatore è autore dell'illecito; b) il caso in cui ha una responsabilità concorrente; c) il caso in cui è responsabile per negligenza. Nel caso a), è lo stesso prestatore ad essere autore dell'illecito e quindi si tratta di responsabilità da illecito extracontrattuale, senza particolari problematiche legate al contesto della rete. Nell'ipotesi b), affinché si configuri la responsabilità del prestatore occorre la conoscenza del fatto illecito compiuto da un terzo attraverso la propria infrastruttura tecnologica e la fornitura consapevole dell'accesso ai dati illeciti. L'ipotesi c) ricalca un caso di responsabilità indiretta: il *provider* non adotta le misure di sicurezza necessarie a garanzia della liceità dei contenuti immessi dall'esterno sul *server* da lui gestito.

In generale può sostenersi che non si rinvengono responsabilità dirette sui contenuti, a meno che non vi siano modifiche degli stessi ad opera del *provider*. L'esclusione della responsabilità è, infatti, condizionata al fatto che il prestatore non dia origine alla trasmissione, non selezioni il



destinatario della trasmissione, non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse. La normativa pone, dunque, una limitazione generale di responsabilità, in quanto statuisce che nel prestare i servizi di *mere conduit*, *caching* ed *hosting*, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

Il legislatore aggiunge all'art. 17 del D.lgs. n. 70/2003 che il prestatore è comunque tenuto ad «informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di illeciti riguardanti un suo destinatario» nonché a «fornire, sempre senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano di individuare il suo destinatario, ai fini di una attività preventiva degli illeciti».

Il decreto citato prevede, dunque, che i fornitori dei servizi *web* quando siano consapevoli dell'illiceità delle attività del destinatario del servizio o dell'informazione da esso fornita ovvero di fatti e di circostanze che ne rendano manifesta l'illiceità ne diano immediata comunicazione all'Autorità giudiziaria o all'Autorità di vigilanza, pena l'insorgere di una loro responsabilità diretta. Sono, dunque, l'informazione e la conoscenza ad apparire il vero *discrimen* tra la responsabilità e la non responsabilità dei *provider*. L'ISP è responsabile in caso di omesso oscuramento di contenuti segnalati come illeciti dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, e in caso di omessa segnalazione all'autorità giudiziaria o amministrativa, ove venga a conoscenza, anche su segnalazione di un terzo, del carattere illecito o pregiudizievole di contenuti, disponibili attraverso la sua fornitura di accesso in rete.

Secondo un parallelo con le teorie economiche dei giochi (in particolare del c.d. *moral hazard*) si può sostenere che l'agente che, conoscendo o dovendo conoscere l'illiceità dei contenuti immessi in rete, e, perciò, trovandosi in stato di simmetria informativa, abusa di tale informazione, non agendo per rimuovere tali contenuti, e realizza così una condotta opportunistica per cui è responsabile. L'agente, che, invece, non conosce e non può conoscere con la diligenza richiesta, lo stato di illiceità (trovandosi dunque in condizione di asimmetria informativa) è tutelato e, dunque, secondo i citati articoli del D.Lgs. n. 70 del 2003, non è responsabile. *Non intelligere quod omnes intelligunt*, in questo contesto, significa violare un dovere di informazione a carico di ogni agente del mercato e della rete.

In conclusione, per quanto appena esposto, se un ISP riceve una segnalazione da un soggetto diverso dall'Autorità giudiziaria o dall'Agcom è tenuto a darne pronta comunicazione a queste ultime. Nell'ipotesi in cui la richiesta di oscuramento di un contenuto provenga dall'Autorità



giudiziaria o dall'Agcom l'*Internet Service Provider* deve provvedere entro il termine prescritto pena l'insorgere della propria responsabilità concorrente a quella dell'autore dell'illecito.

Qualora l'ISP non provveda all'ordine di oscuramento o ad una richiesta di informazioni dell'Agcom ai sensi dell'art. 1, c. 30 e 31, della l. n. 249/1997, potrà essere irrogata dalla stessa Autorità una sanzione amministrativa per mancato ottemperamento.

Nel quadro normativo relativo alle competenze dell'Autorità in materia di diritto d'autore non vi è alcun riferimento, invece, in ordine alla possibilità che la stessa Autorità agisca direttamente per l'oscuramento del contenuto ritenuto lesivo dei diritti d'autore di uno o più soggetti. In questo senso si era espressa in passato la stessa Agcom - Allegato B della delibera n. 668/2010/CONS recante *Lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica* - che aveva evidenziato come per i siti gestiti da privati, ma intesi a favorire l'accesso non autorizzato di materiale protetto da *copyright*, essa aveva la generale competenza posta dall'art. 182-bis della l. n. 633/1941 in fatto di «prevenzione ed accertamento delle violazioni», non anche di repressione diretta. A conferma di quanto appena sostenuto, di recente, devono leggersi anche le conclusioni proposte il 25 giugno 2013 dall'Avvocato Generale presso la Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel caso C-131/12 (Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)), ove viene espressamente indicato (§ 129) che alle Autorità indipendenti non compete un potere di censura diretto, ma al più di accertamento della violazione, spettando all'Autorità giudiziaria il compito di intervenire per la rimozione diretta dei contenuti, in caso di mancato adempimento dell'ordine di rimozione da parte dell'ISP.

4. La c.d. procedura di notice and take down

Il D.lgs. n. 70/2003 riconosce il potere dell'Autorità giudiziaria e di quella amministrativa di vigilanza di prevedere possibili azioni inibitorie - senza però disciplinarle - che possano imporre ai *provider* di «porre fine a una violazione o impedirla, anche con la rimozione dell'informazione illecita o la disabilitazione dell'accesso alla medesima», quindi non paiono esserci ostacoli, nei limiti di quanto detto alle risposte ai precedenti quesiti *sub* lett. A e *sub* lett. B, a che l'Autorità possa esigere che l'ISP oscuri i contenuti o le informazioni illecite attraverso un procedimento di rimozione selettiva di contenuti.

Il c.d. *notice and action* – ipotesi di procedura di notifica ed azione contro *illegal content hosted by online intermediaries*² - si inserisce nella ormai almeno decennale attività di sviluppo e consolidamento dei servizi della società dell'informazione che la Comunità sta portando avanti. In particolare, la Commissione, nella Comunicazione COM(2011) 942 dell'11 gennaio 2012, ha individuato cinque punti critici che minano la fiducia di operatori ed utenti nel mercato unico digitale del commercio elettronico e dei servizi on-line:

- *the supply of legal, cross-border online services is still inadequate;*
- *there is not enough information for online service operators or protection for internet users;*
- *payment and delivery systems are still inadequate;*
- *there are too many cases of abuse and disputes that are difficult to settle;*
- *insufficient use is made of high-speed communication networks and hi-tech solutions.*

Significativo è anche il seguente assunto «*The consultations and analyses carried out indicate that a revision of the Directive is not required at this stage. It is, however, necessary to improve the implementation of the Directive (in particular through better administrative cooperation with the Member States and an in-depth evaluation of the implementation of the Directive), provide clarification, for example concerning the liability of intermediary internet providers [...]*» secondo cui, dunque, è necessaria una rinnovata rimodulazione della responsabilità degli ISP.

Proprio per tale situazione di *underdeterrence*, la Commissione si pone come obiettivo, fra gli altri, di rendere più efficaci i meccanismi di eliminazione degli abusi e delle informazioni illegali, in un contesto che garantisca al contempo la certezza del diritto, la proporzionalità delle norme applicabili alle imprese e il rispetto dei diritti fondamentali.

In tale contesto, in continuo divenire, l'adozione di un regolamento potrebbe rispondere ad esigenze di adeguamento a futuri, altamente probabili, mutati contesti normativi.

Tanto premesso deve osservarsi come la procedura di *notice and take down* adottata negli Stati Uniti d'America, e molto diffusa in via autoregolamentare, prevede l'insorgere dell'obbligo di oscuramento in capo al *provider* in seguito alla semplice segnalazione di un privato, il quale si

² La c.d. Road Map della Consultazione del 2012 per l'enforcement aperta dalla UE chiarisce in sintesi cosa è il N&A: *Notice-and-action' (N&A) procedures begin when someone notifies a hosting service provider – for instance a social network, an e-commerce platform or a company that hosts websites – about illegal content on the internet. Such content could be, for example, racist content, child abuse content or spam. The procedures are concluded when a hosting service provider acts against the alleged illegal content. 'Action', in accordance with Article 14 of the E-commerce Directive, can consist of removing or disabling access to illegal content by a hosting service provider. Individual businesses apply their own N&A rules and procedures and some Member States have legislation on N&A procedures in place. N&A procedures are at the heart of debates on the freedom of speech, innovation, security and the dangers of the internet in particular for vulnerable groups.*



assume personalmente - automaticamente nell'ordinamento statunitense, o per espressa accettazione in ipotesi di autoregolamento - la responsabilità di una segnalazione infondata.

Il D.lgs. n. 70/2003, da un lato, non prevede siffatto meccanismo di assunzione di responsabilità per il privato e, dall'altro, circoscrive le ipotesi di responsabilità del *provider* al mancato rispetto dell'ordine di oscuramento della sola Autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza. La procedura di *notice and take down* può essere, dunque, regolamentata dall'Autorità compatibilmente con i principi espressi nella direttiva sul commercio elettronico come appena delineati.

5. Limiti all'inibizione dell'accesso ai siti.d. procedura di notice and take down

L'art. 17 comma 3, del decreto sul commercio elettronico nega l'obbligo generale di sorveglianza, prevedendo che «nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite».

Sul punto il Considerando 45 della direttiva 2000/31/CE aggiunge che «le azioni inibitorie possono, in particolare, essere ordinanze di organi giurisdizionali o autorità amministrative che obbligano a porre fine a una violazione o impedirli, anche con la rimozione dell'informazione illecita o la disabilitazione dell'accesso alla medesima (sottolineature nostre)» con ciò escludendo che sia l'Autorità stessa a poter rimuovere o disabilitare direttamente l'accesso all'informazione illecita. In questo senso deve leggersi anche il Considerando 46 che precisa «[...] La rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime devono essere effettuate nel rispetto del principio della libertà di espressione e delle procedure all'uopo previste a livello nazionale [...]». Pertanto, come anticipato, si ritiene che la lettera dell'articolo 17, comma 3, del decreto sul commercio elettronico non legittima l'Agcom ad emanare provvedimenti inibitori volti all'oscuramento integrale di siti web, anche se questi diffondono materiale pirata.

Il bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero e la tutela del diritto d'autore può svolgersi analizzando i singoli contenuti, senza poter estendere presuntivamente l'ordine di oscuramento all'intero sito. In questo senso dispone anche il terzo comma dell'art. 17 prima richiamato, che legittima i soli ordini volti ad «*impedire l'accesso a detto contenuto*», nonché, soprattutto, l'art. 21 della Costituzione che legittima le limitazioni alla manifestazione della libertà di pensiero solo su ordine dell'Autorità giudiziaria.



Alla medesima soluzione è addivenuta anche la Corte Costituzionale francese nella nota vicenda che vedeva coinvolta l'Autorità HADOPI alla quale era stato attribuito il compito di vietare agli operatori di telecomunicazione di fornire servizi di connessione agli utenti che si erano resi ripetutamente responsabili di atti di pirateria informatica. La Corte ha sottolineato come tale divieto avrebbe pesantemente inciso sull'esercizio del diritto alla manifestazione del pensiero e che, pertanto, un siffatto provvedimento potesse essere assunto solo dall'Autorità giudiziaria.³

Per quanto sopra esposto, dunque, in assenza di un espresso riferimento normativo che estenda il potere dell'Agcom ad oscurare interi siti web, l'attuale dato positivo richiamato non pare legittimare l'Autorità ad ordinare all'ISP l'oscuramento dell'intero sito che diffonde materiale pirata violando sistematicamente la normativa in materia di diritto d'autore, dovendo invece l'ordinanza dell'Autorità rivolta all'ISP indicare selettivamente i contenuti dei siti cui viene ordinata la rimozione dalla rete.

³ L'unico soggetto diverso dall'Autorità Giudiziaria che esercita un potere di oscuramento diretto è l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS). Questa ha elaborato una procedura per l'oscuramento automatico dei siti che consentono il gioco d'azzardo senza disporre delle necessarie autorizzazioni, esercitando così il potere attribuitole dal Decreto 07/02/2006 del Ministero dell'Economia e delle Finanze, in attuazione della Legge Finanziaria 2006. Tale decreto attribuisce all'AAMS il potere di inibire l'accesso a detti siti ed il compito di monitorare attivamente la rete attraverso il Nucleo di Analisi e Ricerca dei siti illegali ed il coinvolgimento ulteriore dei fornitori dei servizi di rete. Il potere di intervento dell'AAMS trova, dunque, fondamento in un espresso dato positivo che ne legittima l'azione.