

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

sul ricorso numero di registro generale 2184 del 2014, proposto da:

ANSO - Associazione Nazionale della Stampa Online, F.E.M.I. Federazione Media Digitali Indipendenti, Open Media Coalition, in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dagli avv.ti Guido Scorza, Ernesto Belisario e Maria Laura Salvati, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via dei Barbieri, 6;

***contro***

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui domicilia in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***e con l'intervento di***

ad adiuvandum:

ASSONET - Associazione Nazionale Imprese Settore Telecomunicazioni e Informatica, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Maria Sole Montagna, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via 10;  
Velletri,

ad opponendum:

- Società Italiana Autori ed Editori (S.I.A.E.), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Alessandra Amendola, Stefano Astorri, Maurizio Mandel, prof. Aristide Police e prof. Massimo Luciani, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maurizio Mandel in Roma, v.le della Letteratura, 30;

- Confindustria Cultura Italia – Federazione Italiana dell’Industria Culturale, nonché Nuovo Imaie – Nuovo Istituto per la Tutela dei Diritti degli Artisti Interpreti Esecutori, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dagli avv.ti prof. Alessandro Botto, Gilberto Nava e Filippo Pacciani, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via XX Settembre, 5;

***per l'annullamento, previa sospensiva,***

1) della Delibera n. 680/13/CONS adottata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni in data 12 dicembre 2013, pubblicata il 18 dicembre 2013;

2) del "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" allegato alla delibera n. 680/13/CONS;

3) di ogni altro atto antecedente, precedente o successivo comunque presupposto o connesso ai provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, con i relativi allegati;

Visto l'atto di intervento “ad adiuvandum” di ASSONET - Associazione Nazionale Imprese Settore Telecomunicazioni e Informatica nonché gli atti di intervento “ad opponendum” di S.I.A.E., Confindustria Cultura Italia – Federazione Italiana dell’Industria Culturale e Nuovo Imaie, con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive e la documentazione depositate in giudizio;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Rilevato in fatto e considerato in diritto quanto segue;

Rilevato che, con ricorso a questo Tribunale, notificato il 18 febbraio 2014 e depositato il successivo 20 febbraio, la ANSO, la F.E.M.I. e Open Media Coalition - quali, rispettivamente, associazione cui aderiscono circa 90 tra web-tv, micro web-tv, micromedia iperlocali, blog e video blog, portali informativi e aggregatori di video contenuti operante in ambito regionale, nazionale e internazionale, associazione che opera a livello nazionale che rappresenta oltre 80 imprese attive nel settore della c.d. “stampa online”, associazione apartitica ed indipendente impegnata nella promozione, nella salvaguardia e nella difesa del diritto inalienabile alla libertà d’informazione nonché al pluralismo e all’indipendenza dei media - chiedevano l’annullamento, previa sospensione, della delibera dell’AgCom in epigrafe e dell’allegato “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” che risultava adottato;

Rilevato che, ripercorrendo la successione della fase procedimentale che aveva portato all’adozione dei provvedimenti in questione, le ricorrenti, soffermandosi previamente sulla propria ritenuta legittimazione a ricorrere, proponevano sei motivi di ricorso;

Rilevato, in sintesi, che, con il primo motivo le ricorrenti lamentavano: “1. *Incompetenza assoluta – Violazione dell’art. 21-septies legge n. 241/1990 – Violazione e falsa applicazione art. 1 legge n. 249/1997 – art. 2 legge n. 481/1995 – d.lgs. n. 259/2003 – legge n. 633/1941 – artt. 14, 15, 16 d.lgs. n. 70/2003 – d.lgs. n. 177/2005 – Incompetenza relativa – Eccesso di potere per arbitrarietà, difetto di istruttoria e ponderazione,*

*carezza dei presupposti, travisamento dei fatti, contraddittorietà, sviamento rispetto al fine che l'amministrazione deve perseguire*", in quanto l'AgCom, in carezza di potere, aveva nella sostanza introdotto nell'ordinamento un procedimento speciale e paragiurisdizionale per l'accertamento delle violazioni dei diritti di autore "online" e l'adozione di provvedimenti idonei a porvi fine con carattere definitivo - fattispecie già disciplinata dalla legge che prevede azioni da promuoversi dinanzi all'Autorità Giudiziaria – del tutto al di fuori dal perimetro disegnato dalla normativa primaria (che era richiamata anche sotto il profilo dell'incompetenza relativa) e dai suoi presupposti nonché dalla legalità costituzionale e comunitaria;

Rilevato che, in sintesi, con il secondo motivo lamentavano “2. *Violazione di legge – Violazione art. 156 legge n. 633/1941 – Eccesso di potere per arbitrarietà, difetto di istruttoria, carezza dei presupposti, travisamento ed erronea valutazione dei fatti*”, in quanto il Regolamento impugnato conteneva una disciplina relativa ad una materia già oggetto di altra norma di rango primario, quale la legge n. 633/1941 sul “diritto d'autore” nel testo in vigore in seguito al d.lgs. n. 140/2006, e, almeno parzialmente, in evidente contrasto con essa laddove impone di ricorrere al solo giudice amministrativo avverso le determinazioni dell'AgCom, in contrasto con la disciplina che riserva la competenza in materia all'a.g.o. e con la conseguenza di dare luogo ad incertezza interpretativa e orientamenti discordanti e impossibilità di trasferimento dell'azione in sede giudiziaria ordinaria da parte di persone diverse dal segnalante stante la competenza vincolante dell'Autorità di settore;

Rilevato che, in sintesi, con il terzo motivo lamentavano “3) *Violazione di legge – Violazione e falsa applicazione art. 25 Costituzione – Violazione del principio del Giudice naturale precostituito per legge – Violazione e falsa applicazione art. 156 legge n. 633/1941 – Violazione d.lgs. n. 158/2003 – Eccesso di potere per arbitrarietà e illogicità manifesta, difetto dei presupposti*”, in quanto l'effetto del Regolamento impugnato era in sostanza quello di sottrarre al suo giudice naturale chiunque fosse coinvolto nel

procedimento per violazione del diritto d'autore destinato a celebrarsi dinanzi all'AgCom;

Rilevato che, in sintesi, con il quarto motivo lamentavano “4) *Violazione di legge – Violazione e falsa applicazione art. 11 Carta di Nizza – Violazione del principio di certezza del diritto e prevedibilità dei rapporti giuridici – Eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità e sviamento*”, in quanto il Regolamento impugnato, con l'ordinare ai soli prestatori di servizi (di “hosting” o “accesso a Internet”) di impedire e porre fine alla violazione del diritto d'autore e non anche a “uploader”, gestore della pagina e gestore del sito Internet, oltre a dare luogo a difficoltà operative, trasferiva in capo al prestatore di servizi il rischio di bloccare l'accesso ad un novero di contenuti ulteriori rispetto a quelli oggetto di originaria contestazione, con conseguente responsabilità nei confronti degli autori di opere estranee alla contestata violazione; né era considerata nel Regolamento in questione la circostanza nella quale si rendesse necessario disabilitare un blocco preventivamente disposto dalla stessa AgCom. Ne conseguiva per le ricorrenti una questione di rilevanza comunitaria in ordine alla violazione della libertà di comunicazione di cui all'art. 11 della Carta di Nizza da sottoporre al vaglio della Corte di giustizia, ex art. 267 TFUE;

Rilevato che, in sintesi, con il quinto motivo lamentavano “5) *Violazione di legge – Violazione e falsa applicazione art. 10 carta EDU – Violazione art. 21 Costituzione – Eccesso di potere per arbitrarietà ed ingiustizia manifesta*”, in quanto dal contesto del Regolamento in questione emergeva che si dava luogo a limitazione alla libertà di comunicazione – attiva e passiva – mediante un provvedimento amministrativo e non un atto avente forza di legge, in contrasto e contraddittorietà con la precedente scelta legislativa di riservare all'a.g.o., con sue sezioni specializzate, la competenza a conoscere di ogni controversia connessa alla violazione del diritto d'autore;

Rilevato che, in sintesi, con il sesto motivo lamentavano “6) *Violazione di legge – Violazione dell’art. 10 bis legge n. 241/1990 – Violazione art. 97 Costituzione – Violazione del giusto procedimento – Violazione del principio del contraddittorio – Violazione della normativa comunitaria – Eccesso di potere per sviamento e travisamento dei presupposti in fatto e diritto*”, in quanto il regolamento non chiariva come considerare da parte dell’AgCom “irrintracciabili” l’autore del contenuto e/o il responsabile della sua pubblicazione (c.d. “uploader”) dovendo dare comunicazione dell’avvio del procedimento a costoro solo se, appunto, “rintracciabili”, fermo restando che, se rintracciati, era concesso un termine esiguo di cinque giorni, abbreviabile a 72 ore, per formulare controdeduzioni, del tutto inidoneo a garantire il diritto degli interessati ad un giusto procedimento, con conseguente questione di compatibilità comunitaria per la quale pure le ricorrenti chiedevano la rimessione alla Corte di Giustizia;

Rilevato che si costituiva in giudizio l’Autorità intimata, rilevando l’inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione e di interesse e la sua infondatezza;

Rilevato che proponeva rituale intervento “ad adiuvandum” l’ASSONET, evidenziando la sua legittimazione in virtù della appartenenza ad essa anche di “Hosting providers”, quali possibili destinatari dei provvedimenti di rimozione selettiva o inibizione all’accesso di cui all’ordine dell’AgCom, secondo il Regolamento impugnato, e che tale Regolamento poteva generare un grave rischio di cancellazione automatica di attività riconducibili a libere manifestazioni del pensiero costituzionalmente tutelate;

Rilevato che promuovevano rituali interventi “ad opponendum” gli altri soggetti evidenziati in epigrafe, insistendo sulla propria legittimazione e sulla infondatezza dei motivi di ricorso, con in particolare la SIAE che eccepiva la mancata notifica del ricorso nei suoi confronti quale soggetto controinteressato necessario, il cui

intervento non sanava il difetto processuale, e che allegava un parere di illustre giurista a sostegno dell'impostazione delle proprie tesi;

Rilevato che la trattazione cautelare, su istanza di parte, era rinviata al merito;

Rilevato che, in prossimità della pubblica udienza, le parti depositavano memorie, anche di replica, a confutazione delle tesi avversarie ed a sostegno delle proprie, che si affiancava ai precedenti nuovo difensore per la SIAE e che in data 25 giugno 2014 la causa era trattenuta in decisione;

Considerato che, preliminarmente, non si ritengono fondate le eccezioni di carenza di legittimazione e di interesse sollevate dalla SIAE;

Considerato infatti che le prime due associazioni ricorrenti, a vario titolo, rappresentano web-tv, micro web-tv, micromedia iperlocali, blog e video blog, portali informativi e aggregatori di video contenuti operante in vari ambiti territoriali, imprese attive nel settore della c.d. "stampa online" e la terza risulta statutariamente impegnata nella promozione, nella salvaguardia e nella difesa del diritto alla libertà d'informazione e 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;

Considerato che alle associazioni ricorrenti è riconducibile un interesse collettivo e omogeneo di tutti i rappresentanti, immediato e diretto, ad impugnare il Regolamento in epigrafe, che contiene prescrizioni suscettibili di pregiudicare direttamente i diritti di tutti gli associati ovvero della associazione di rappresentanza di "uploader", gestori di pagine "web" e di siti internet, anche anteriormente alla impugnabilità del (futuro) singolo atto interdittivo da parte dell'associato specificamente leso, fermo restando che se anche l'ordine di rimozione fosse diretto agli "access" o agli "host providers" tali associati ne subirebbero comunque le conseguenze negative di inaccessibilità del "sito";

Considerato che il Regolamento in questione, come sarà evidenziato in prosieguo, prevede che l'AgCom - peraltro in qualità di amministrazione vigilante e non di autorità indipendente - possa unilateralmente accogliere le istanze proposte (e reiterabili senza limiti) da 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, con la conseguenza che i diretti destinatari del regolamento impugnato, si vedono, quindi, costretti a modificare subito la propria organizzazione imprenditoriale per rispondere agli obblighi di monitoraggio e di intervento diversi ed ulteriori - nonchè più gravosi- rispetto a quelli attuali, senza avere parametri certi e oggettivi in specifici settori (come accade per pedopornografia e tutela dei minori o gioco d'azzardo non autorizzato), laddove le violazioni del diritto d'autore possono essere trasversalmente riferite ad ogni prodotto e servizio offerto sui siti informatici ed il loro accertamento può avere 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;

Considerato, quindi, che nel Regolamento impugnato è dunque effettivamente riconoscibile una capacità lesiva immediata di interessi unitari di determinate categorie di soggetti rappresentati dalle ricorrenti, con conseguente legittimazione e interesse a ricorrere (Cons. St., V, 29 gennaio 1999, n. 69 e 1 luglio 2002, n. 3568); Considerato che, analogamente, non può condividersi l'eccezione di mancata notifica del ricorso alla SIAE, quale soggetto controinteressato necessario, in quanto, in virtù del principio di presunzione di legittimità (a livello comunitario 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 medesima nella rappresentanza dei loro interessi e nelle azioni di contrasto alla "pirateria" oggetto diretto del Regolamento impugnato, potendo il procedimento relativo 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 essere in questa sede legittimata all'intervento in giudizio, quale soggetto terzo, ma non può essere considerata soggetto controinteressato "necessario" secondo la sua ricostruzione;

Considerato che, passando all'esame del merito del ricorso, il Collegio rileva la sostanziale infondatezza dei primi tre motivi, in quanto il procedimento amministrativo delineato nel Regolamento impugnato e censurato dalle ricorrenti non risulta, in realtà, orientato a perseguire la violazione primaria del diritto d'autore, tutelato in via diretta dalle norme richiamate dalle ricorrenti, il cui accertamento rimane di esclusiva competenza dell'Autorità giudiziaria ordinaria;

Considerato, infatti, che il procedimento amministrativo promosso dall'Autorità e il procedimento innanzi all'Autorità giudiziaria ordinaria si svolgono e riguardano piani distinti e separati, ferma restando la disciplina giuridica del commercio elettronico, di cui anche alla direttiva 2000/31/CE, che individua la vigilanza dell'Autorità di settore sugli intermediari anche (evidentemente) a tutela del diritto d'autore "online";

Considerato, quindi, che sotto tale profilo, alla stregua delle norme delegate (aventi valore di legge) di riferimento, non risulta alcuna incompetenza dell'Autorità intimata né alcuna sottrazione al giudice naturale in materia di tutela diretta del diritto d'autore, così come non si rinviene alcun trasferimento dalla sede giudiziaria ordinaria a quella amministrativa della stessa materia, in quanto le competenze restano divise in base al criterio già individuato dalla predetta normativa primaria;

Considerato, infatti, che il Regolamento riconosce valore specifico all'adeguamento spontaneo del soggetto destinatario della comunicazione di avvio del procedimento specifico - con la conseguente archiviazione del procedimento – prevedendo che, in caso contrario, l'Autorità possa ordinarne la rimozione dei contenuti ovvero la disabilitazione dell'accesso alle opere digitali, ai prestatori di servizi (hosting), i quali potranno essere sanzionati non già per una violazione del diritto d'autore, ma per l'eventuale inottemperanza al predetto ordine dell'AgCom, per la cui delibazione è individuabile come giudice naturale quello amministrativo;

Considerato che anche il raccordo tra il procedimento amministrativo e quello giudiziario operato dal Regolamento, ritenuto anche per questo aspetto illegittimo dalle ricorrenti, risulta viceversa conforme, e comunque, non in contrasto rispetto alle predette norme di legge, con la conseguente reiezione delle doglianze dedotte al riguardo;

Considerato che, per quel che riguarda il quarto motivo di ricorso, il Collegio ne rileva la sostanziale infondatezza, in quanto secondo, la vigente normativa comunitaria e nazionale, gli “ISP” possono 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”;

Considerato che pure infondato si palesa il sesto motivo di ricorso, non potendosi lamentare la violazione del principio del contraddittorio, che contraddistingue il processo o tutt'al più un procedimento amministrativo di natura contenziosa, laddove nel caso di specie si è al cospetto di un procedimento di natura meramente amministrativa, caratterizzato dal principio della partecipazione procedimentale che deve essere bilanciato con le eventuali ragioni d'urgenza rappresentabili dall'Autorità, considerata anche la specifica modalità di trasmissione dati sul “web”, pressoché istantanea, per cui la previsione di termini brevi(ssimi)

legittimamente riflette la necessità di assicurare efficacia e certezza alle situazioni giuridiche tutelate, in un ambito digitale che, come detto, impone tempestività o anche immediatività degli interventi amministrativi a tutela del diritto d'autore, proprio per garantirne l'efficacia nel medesimo ambito;

Considerato che a quanto dedotto deve solo aggiungersi l'esame del quinto motivo di ricorso, con cui le ricorrenti lamentano che dal contesto del Regolamento in questione emerge che si dava luogo a limitazione alla libertà di comunicazione – attiva e passiva – mediante un provvedimento amministrativo e non un atto avente forza di legge, in contrasto e contraddittorietà con la precedente scelta legislativa di riservare all'a.g.o., con sue sezioni specializzate, la competenza a conoscere di ogni controversia connessa alla violazione del diritto d'autore;

Considerato che quanto legato all'esposizione di tale motivo di ricorso, per il Collegio, introduce il tema della idoneità di una procedura amministrativa a disciplinare la compressione di diritti inviolabili dei cittadini, dando luogo ad una questione di legittimità costituzionale, comune ad altro contenzioso relativo all'impugnazione della medesima delibera AgCom pure in decisione alla pubblica udienza del 25 giugno 2014;

Considerato che appare necessario 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 2000/311CE 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 (come introdotto dalla legge n. 248/2000), 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”;

Considerato che, 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", e che 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”;

Considerato che 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 cit. potrebbe non essere più sufficiente a garantire forme adeguate di tutela, rendendo così necessario l'introduzione di meccanismi di “public enforcement”;

Considerato che, 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” e ciò, osserva il Collegio, determina, come detto, 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.

Considerato che dalla predetta ricostruzione normativa discende l'impossibilità di considerare la procedura definita dal Regolamento impugnato alla stregua di un procedimento contenzioso o "paragiurisdizionale", 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 con modalità compatibili con le ragioni d'urgenza e ciò vale ad escludere, come già osservato dal 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;

Considerato, quindi, che alla pregressa ricostruzione normativa, risulta:

- 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) 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, fermo restando che 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 del pensiero e per la libertà d'iniziativa economica) e che, in tal modo, la legge pone un criterio speciale di ragionevolezza e proporzionalità, cui l'AgCom si attiene;

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 delibazione 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 impedisce 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);

Considerato che le pregresse considerazioni conducono il Collegio a ritenere la non fondatezza delle censure di merito dedotte con il ricorso in esame ma che, 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;

Considerato, 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 con ciò la rilevanza della questione di costituzionalità ai fini del giudizio a quo;

Considerato, quanto alla non manifesta infondatezza della questione, che il diritto d'autore, quale possibile specifica espressione del diritto di proprietà di cui all'art. 42 Cost., deve essere bilanciato con i diritti fondamentali previsti nella 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...);

Considerato che 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 e che 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;

Considerato che la Carta Costituzionale, 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;

Considerato che 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 e che gli aspetti più innovativi di tale giurisprudenza sono, in particolare, quelli che si collegano al settore dell'informazione;

Considerato, 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;

Considerato che tale interpretazione ha progressivamente evidenziato il collegamento tra la libertà di informazione e le forme proprie di una democrazia pluralista come la nostra;

Considerato che 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) e che 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;

Considerato che a ciò consegue che ogni restrizione delle libertà garantite dalla norma deve fondarsi su un primario interesse costituzionale e che 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”;

Considerato che 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 fonti normative, come quelli in tema di libertà economiche;

Considerato che 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 e che 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, da cui sono nate molteplici iniziative imprenditoriali focalizzate sulla produzione e distribuzione di “informazioni”;

Considerato che da ciò 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, e 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;

Considerato che 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;

Considerato che è 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, che 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 che 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), al fine per cui dette misure siano ragionevoli e non realizzino una ingiustificata disparità di trattamento, individuando anche una chiara correlazione tra gli artt. 3 e 41 Cost.;

Considerato che 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, secondo cui “...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"; Considerato, quindi, che il legislatore può e deve mantenere forme di regolazione dell'attività economica, ma che 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);

Considerato che 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);

Considerato che 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;

Considerato che 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";

Considerato che, 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;

Considerato che 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, trattandosi, in particolare, di verificare se sia possibile un'interpretazione delle disposizioni costituzionali che li ricomprenda, 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";

Considerato che, 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" e che si ritiene necessario deve procedere, dunque, all'analisi del concetto di "stampa", partendo dal dato normativo per poi analizzare la giurisprudenza della Consulta e della Corte di Cassazione;

Considerato che 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"; che 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";

Considerato che per l'art. 1 della l. 7 marzo 2001, n. 62 per “prodotto editoriale” 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”;

Considerato che 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”;

Considerato che, 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., così come la legge n. 47/1948 ha offerto una definizione di “stampa e stampati” volta a esplicitare il concetto di “stampa” richiamato in Costituzione;

Considerato che 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”, costituendo il “prodotto editoriale” 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”);

Considerato, infine, che 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”;

Considerato che, 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, dovendosi cioè trattare di prodotto dotato di testata, di finalità informativa legata all'attualità e di periodicità regolare;

Considerato che 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);

Considerato che 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);

Considerato che 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...);

Considerato che, 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 e che 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” aveva inizio solo il 3 gennaio 1954) non seguì l'esigenza di un'estensione delle garanzie costituzionali previste per la stampa, dato che 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;

Considerato che la situazione ha iniziato a mutare negli anni “ottanta” del secolo scorso, quando il sistema radiotelevisivo pubblico si è progressivamente aperto alla concorrenza dei privati e nei successivi anni novanta, in cui si è delineato un sistema misto pubblico-privato, nonché, 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;

Considerato che, a cambiare radicalmente il mondo della comunicazione di massa è stato, però, indubbiamente l'avvento e lo sviluppo di “Internet” nel corso di questo inizio di secolo e che l'uso della “rete” ha segnato una nuova frontiera della libertà di espressione, anche perchè informazioni prima inaccessibili, come quelle sull'esercizio del potere da parte degli Stati, hanno raggiunto ogni angolo del globo,

cosicchè si è potuto dire che “la formula della conoscenza come bene comune, vitale per la democrazia, si è fatta concreta”;

Considerato che 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 alla Corte Sovrana 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” e 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;

Considerato che “Internet”, dunque, almeno sul piano “quantitativo” del numero delle “fonti”, della circolarità dell'informazione consentita dalla possibilità di “feedback” immediato e del numero degli “utenti” (in crescita esponenziale rispetto all'inarrestabile calo dei lettori della “stampa” tradizionale, che dal canto suo sta cercando di adeguarsi al nuovo mondo), può definirsi già oggi uno dei principali strumenti di attuazione della “libertà di manifestazione del pensiero” sancita dall'art. 21 Cost.;

Considerato 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) e che 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”;

Considerato che, per tale ragione, secondo la medesima sentenza “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 e che 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”;

“... che 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”;

Considerato che con la sentenza C – 461/10 (III Sezione, Bonnier Audio AB and Others contro Pfect 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”;

Considerato, infine, 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 di tale 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”;

Considerato che 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;

Considerato che, 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 31 luglio 2005, n. 177, come introdotto dall'art. 6 del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 44, 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, primo e sesto 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, secondo, terzo e quarto comma, 24 e 25, primo comma, della Costituzione;

Considerato quindi necessario disporre la sospensione del giudizio e visti gli artt. 134 Cost., 1 l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1, 23 l. 11 marzo 1953, n. 87;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), interlocutoriamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

1) 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 decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, come introdotto dall'art. 6 del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 44, in relazione agli articoli 2, 21, I e IV comma, 24 e 41 della Costituzione;

2) dichiara altresì rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale delle medesime disposizioni in relazione agli articoli 21, II, III e IV comma, 24 e 25, I comma, della Costituzione;

3) 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 25 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Raffaello Sestini, Presidente FF

Ivo Correale, Consigliere, Estensore

Roberta Cicchese, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/09/2014

IL SEGRETARIO

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