

## **MARGHERITA RAMAJOLI**

### **Pluralità e coordinamento tra le istituzioni titolari di poteri di enforcement amministrativo del diritto d'autore**

**in AIDA, fasc.1, 2014**

1. Frammentarietà del sistema e necessità di una sua razionalizzazione. 2. L'intervento amministrativo in funzione strumentale all'enforcement giudiziale 3. Dinamiche di coordinamento e dinamiche di esautoramento tra istituzioni titolari di poteri amministrativi in materia. 4. L'emersione di un vero e proprio enforcement amministrativo. 5. Conseguenze di tipo sistematico.

(\*) Questo scritto ha ricevuto un giudizio positivo di un referee. (Questo scritto porta a compimento le riflessioni presentate in nuce in occasione del convegno Aida del 16.5.2014 ed era già sostanzialmente terminato prima che si avesse notizia delle ordinanze Tar Lazio 26 settembre 2014, n. 10016 e Tar Lazio 26 settembre 2014, n. 10020; per esigenze editoriali, le due ordinanze non formano oggetto di commento in questa sede; l'Autore si riserva tuttavia di tornare su di esse in altra occasione.

#### **1.**

Il regolamento Agcom in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative (delibera n. 680/13/Cons del 12 dicembre 2013) stabilisce una diarchia della stessa Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e dell'autorità giudiziaria per le violazioni del diritto d'autore on line o sui servizi di media audiovisivi, ma interventi amministrativi a tutela del diritto d'autore non sono certo una novità introdotta dal regolamento in questione.

La presenza di veri e propri poteri amministrativi a garanzia del diritto d'autore è risalente nel tempo, tuttavia essa non risponde a un disegno unitario e coerente, in quanto le relative norme legittimanti sono tra loro slegate e conferiscono attribuzioni diverse a una pluralità di pubbliche amministrazioni molto differenti le une dalle altre.

Inoltre le innovazioni tecnologiche e la sempre maggiore interconnessione tra mezzi di comunicazione quali radiotelevisione e internet hanno inciso sui connotati del diritto d'autore e parimenti modificato le modalità di lesione degli stessi. L'imporsi delle reti telematiche ha reso possibile violazioni sistematiche del diritto d'autore, le quali non sono efficacemente affrontabili con le misure repressive tradizionali (1).

D'altro canto, nel mutato contesto fattuale non è mancato chi ha invece evidenziato una "iperprotezione", una sorta di "deriva protezionistica" in materia di diritto d'autore e più in generale in materia di diritti di proprietà intellettuale (2).

E' pertanto sorta la necessità di disporre d'un insieme di nuovi strumenti di tutela adeguati alle inedite e mutevoli fattispecie, nella logica di trovare un punto di equilibrio tra due istanze confliggenti, ossia "l'obiettivo di preservare gli incentivi alla creazione di opere nuove ed al loro sfruttamento economico iniziale, che presuppongono il rispetto rigoroso delle regole proprietarie a salvaguardia degli interessi di autori, editori ed imprese impegnate nell'immissione iniziale sul mercato delle opere, e l'obiettivo di massimizzare al contempo l'accesso e la disseminazione dell'informazione una volta che essa sia stata oggetto dell'investimento ingente della digitalizzazione" (3).

Infine la tutela amministrativa è solo un frammento non autonomo del complessivo enforcement del diritto d'autore, dovendosi sempre confrontare con la tutela giurisdizionale del medesimo, costituzionalmente necessaria e con un'ancora più lunga tradizione alle spalle. Questo doppio binario di tutela è idoneo a provocare un inestricabile intreccio di attribuzioni di competenza, che rendono difficile allo studioso e all'operatore orientarsi in materia. Sullo sfondo di questa particolare dialettica si pone poi l'interrogativo se e fino a che punto l'enforcement amministrativo e quello giudiziale possano dirsi tra loro complementari oppure perseguano identiche finalità.

In questo quadro problematico la sfida è verificare come si possa razionalizzare il sistema in via interpretativa, in modo da chiarire il significato ultimo dell'enforcement amministrativo della tutela del diritto d'autore. Infatti il tema, apparentemente di tipo organizzatorio, della pluralità e del coordinamento delle diverse istituzioni in materia riguarda in ultima analisi gli interessi tutelati dalle

funzioni svolte.

## 2.

L'esempio più antico di intervento pubblico autoritativo si fonda sull'art. 157 l.a., che attribuisce penetranti poteri vuoi al Prefetto vuoi all'autorità giudiziaria a tutela del diritto d'autore di opere adatte a un pubblico spettacolo e che riprende una disposizione risalente al XIX secolo (4).

In particolare l'art. 157 ammette il ricorso all'autorità prefettizia a garanzia dei diritti di utilizzazione economica, al fine di ottenere la misura della proibizione della rappresentazione o dell'esecuzione di uno spettacolo teatrale o di opere cinematografiche o musicali qualora manchi la prova scritta del consenso del titolare del diritto ("chi si trova nell'esercizio dei diritti di rappresentazione o di esecuzione di un'opera adatta a pubblico spettacolo, compresa l'opera cinematografica, o di un'opera o composizione musicale, può richiedere al Prefetto della provincia, secondo le norme stabilite dal regolamento, la proibizione della rappresentazione, o della esecuzione, ogni qualvolta manchi la prova scritta del consenso da esso prestato"). La disposizione stabilisce poi che la parte interessata dovrà adire l'autorità giudiziaria "per i definitivi provvedimenti di sua competenza".

La norma configura una particolare relazione tra autorità amministrativa e autorità giudiziaria, che non è né concorrente, né alternativa: l'attività dell'amministrazione fornisce al titolare del diritto d'autore una misura provvisoria, che è preludio di una misura giurisdizionale, visto che la parte interessata è tenuta a proporre azione davanti al giudice per ottenere provvedimenti caratterizzati da definitività.

La dottrina ha rafforzato la strumentalità dell'agire amministrativo rispetto a quello giurisdizionale precisando che l'intervento prefettizio sia utile per sospendere una sola rappresentazione o una sola esecuzione, essendo onere dell'interessato di rivolgersi all'autorità giudiziaria allo scopo di ottenere l'inibizione di ulteriori rappresentazioni (5).

Qui, come in ogni altra ipotesi di potere amministrativo a tutela del diritto d'autore, siamo di fronte a un tipico esempio di amministrazione pubblica del diritto privato, in quanto l'intervento della pubblica amministrazione è posto a garanzia non

dell'interesse pubblico come generalmente inteso, bensì del singolo titolare del diritto nell'ambito di un conflitto interprivato (6).

Quanto alla ragione alla base della circoscrizione del campo di applicazione della tutela amministrativa, essa è forse ravvisabile nel fatto che all'epoca dell'entrata in vigore della legge sul diritto d'autore solo la tutela giurisdizionale assicurava adeguatamente le garanzie del contraddittorio e della parità delle parti.

Infatti il procedimento amministrativo davanti al Prefetto non è puntualmente disciplinato: il relativo regolamento (R.D. 18 maggio 1942, n. 1369) si limita a prevedere all'art. 14 che la richiesta di proibizione della rappresentazione o della esecuzione dell'opera debba essere presentata, per iscritto, al prefetto della Provincia, in cui la rappresentazione o la esecuzione deve aver luogo, almeno otto ore prima di quella annunciata per il suo inizio, e neppure l'emanazione della legge n. 241/90, in materia di procedimento amministrativo, è stata spunto per provvedere a proceduralizzare in maniera più precisa questa particolare tipologia d'azione amministrativa.

Quanto invece alla ragione alla base dell'introduzione della misura prefettizia, essa è presumibilmente legata alla maggiore rapidità dell'azione amministrativa rispetto a quella giurisdizionale, consentendo di intervenire con immediatezza ed efficacia a tutela del titolare del diritto.

Tuttavia non va trascurato il fatto che il provvedimento amministrativo proibitivo della rappresentazione o della esecuzione è, al pari di ogni atto amministrativo, sindacabile da parte del giudice, ai sensi dell'art. 113 della Costituzione. Nell'assoluto silenzio del legislatore sul punto, per individuare il giudice avente competenza giurisdizionale in materia occorre avere riguardo al generale criterio di riparto della giurisdizione di cui all'art. 103 della Costituzione.

La questione non è risolvibile con certezza, dal momento che, da un lato, si è sicuramente di fronte all'esercizio di un potere autoritativo, circostanza che porterebbe ad affermare la sussistenza della giurisdizione amministrativa, dall'altro, però, tale potere è direttamente interferente su rapporti esclusivamente privatistici, che saranno poi valutati dal giudice ordinario, per cui dovrebbe ritenersi esistente la giurisdizione di questo stesso giudice.

L'affermazione della giurisdizione ordinaria porterebbe un indubbio vantaggio in termini di unità ordinamentale, dal momento che scongiurerebbe il rischio di avere due distinti procedimenti giurisdizionali sulla medesima fattispecie di fronte a giudici diversi (giudice ordinario per il rilascio del provvedimento definitivo, giudice amministrativo per l'annullamento del provvedimento amministrativo provvisorio).

Va comunque evidenziato che, anche evitato tale pericolo, permane comunque l'eventualità di due distinti procedimenti giurisdizionali, anche se sempre davanti al giudice ordinario, l'uno avente ad oggetto l'atto prefettizio, l'altro attivato dalla domanda giudiziale di misure definitive, con possibili contrasti di giudicato. Siffatta eventualità potrebbe essere superata unicamente attribuendo all'accertamento compiuto dall'amministrazione valore probatorio condizionante il giudizio di merito, ma la vincolatezza dell'accertamento amministrativo richiederebbe comunque un'esplicita base normativa che allo stato manca e inoltre in tal caso non sarebbe chiara l'utilità del successivo processo giurisdizionale.

Una dinamica di relazioni tra amministrazione e giudice simile a quella appena tratteggiata si ritrova anche in materia di tutela dei diritti di proprietà intellettuale da parte delle autorità doganali. Da tempo il diritto dell'Unione europea (Regolamento Ce n. 3295/94 del Consiglio del 22 dicembre 1994; Regolamento Ce n. 1983/2003 del Consiglio del 22 luglio 2003; ora Regolamento UE n. 608/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2013) ha attribuito alle autorità doganali, sia di propria iniziativa sia su richiesta del privato, il potere provvisorio di sospendere lo svincolo o di procedere al blocco delle merci sospettate di violare un diritto di proprietà intellettuale (art. 17 Reg. n. 608/2013).

Come nell'ipotesi precedentemente vista, la misura adottata dalle autorità amministrative ha un'efficacia temporalmente limitata, dovendo il titolare dei diritti di privativa promuovere un'azione giudiziaria davanti alle autorità competenti al fine di ottenerne la conferma (7). Anche in questo caso la tutela amministrativa si risolve nell'adozione di una misura temporanea e preventiva, strumentale a quella finale di competenza dell'autorità giudiziaria: l'intervento dell'autorità doganale sorge e perdura per tutto il tempo necessario ad accertare giudizialmente se le merci siano effettivamente contraffatte o usurpative o tali comunque da violare taluni diritti di proprietà intellettuale.

L'agire amministrativo è posto a tutela di interessi eminentemente privatistici, che potrebbero non essere garantiti in maniera adeguata se affidati al solo strumento processuale. Più precisamente l'intervento amministrativo serve "al fine di garantire una rapida tutela dei diritti di proprietà intellettuale", come ben scolpito dal 15 considerando del regolamento n. 608/2013: "le autorità doganali, ove sospettino, sulla base di prove adeguate, che le merci soggette alla loro vigilanza violino diritti di proprietà intellettuale, poss(o)no sospendere lo svincolo o procedere al blocco di dette merci, di propria iniziativa o su richiesta, per consentire alle persone o alle entità aventi facoltà di presentare una domanda di avviare un procedimento inteso a determinare se sussiste una violazione di un diritto di proprietà intellettuale".

Diversamente dall'ipotesi precedentemente vista di competenza prefettizia, il procedimento davanti alle autorità doganali, nel corso delle sue numerose riscritture (8), è disciplinato in modo da garantire il rispetto del principio del contraddittorio con le parti interessate. Inoltre, la misura di competenza dell'amministrazione, anche se interinale e provvisoria, è controllabile in via giurisdizionale in obbedienza all'art. 113 della Costituzione e, come nel caso precedente, la necessaria sindacabilità dell'atto emanato dall'amministrazione rischia di generare due distinte sentenze sul medesimo episodio di vita, una sulla legittimità dell'atto amministrativo, l'altra sulla controversia tra privati, eventualmente anche in contrasto tra di loro.

In questo specifico campo lo schema di tutela del diritto d'autore si arricchisce poi di un ulteriore elemento, espressione della tendenza alla ricerca di moduli consensuali tra soggetti privati. Per rimediare agli inconvenienti legati in particolare alla durata della procedura davanti all'autorità giudiziaria, il bisogno di tutela non poggia più solo ed esclusivamente sulla più rapida procedura amministrativa, ma si scarica anche su una cd. procedura semplificata fondata sull'accordo delle parti private, che consente al titolare del diritto di proprietà intellettuale, d'intesa con il dichiarante, il detentore o il proprietario delle merci sospette, di ottenere, sotto il controllo delle autorità doganali, la distruzione di queste merci e ciò senza che vi sia l'obbligo di avviare una procedura volta a determinare l'esistenza di una violazione di un diritto di proprietà intellettuale ai sensi della legge nazionale (9).

E' da precisare che l'avvio, previo consenso del titolare di un diritto di proprietà

intellettuale e dell'importatore, della procedura semplificata non priva però le autorità nazionali competenti del potere d'infliggere, nei confronti dei responsabili dell'importazione delle merci, una sanzione, come ad esempio un'ammenda (10).

Il tentativo di ricerca di collaborazione con i soggetti privati sottende l'idea del ricorso a strumenti di tipo coercitivo solo come *extrema ratio*, idea che, come si avrà modo di constatare, non ha invece trovato piena ospitalità nel regolamento Agcom in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica.

Nelle due ipotesi appena viste -la prima in materia di tutela del diritto d'autore di opere adatte a un pubblico spettacolo, la seconda in materia di tutela dei diritti di proprietà intellettuale da parte delle autorità doganali- l'intervento pubblico autoritativo si estrinseca in una misura inibitoria, che si erge a strumento principe per la protezione di questa particolare tipologia di diritto soggettivo, in quanto la sospetta infrazione espone i titolari del diritto a un pericolo di danno non adeguatamente rimediabile con gli ordinari strumenti. L'inibitoria s'impone come rimedio necessario al fine di ottenere una tutela efficace, di fronte ad atti e condotte che perdurino nel presente e che rechino in sé il pericolo della ripetizione e della continuazione (11).

Il punto è nevralgico per comprendere i caratteri dell'enforcement amministrativo del diritto d'autore e impone di non confondere le menzionate misure inibitorie, intese a impedire la continuazione o la ripetizione della violazione della disciplina a tutela del diritto d'autore, con poteri diversi, di tipo sospensivo, che rientrano invece nel diverso genus delle sanzioni amministrative (12).

E' questo il caso dell'art. 172, co. 3, l.a., come sostituito dall'art. 14, d.lgs. 13 febbraio 2006, n. 118, di attuazione della direttiva 2001/84/CE, in base al quale la violazione degli obblighi del venditore dei diritti di seguito, e in particolare il mancato versamento alla Siae della quota per l'autore del prezzo di vendita dell'originale dell'opera, comporta la sospensione dell'attività professionale o commerciale da sei mesi a un anno. Nessuna funzione cautelare può essere attribuita a questo ordine di temporanea chiusura, che è previsto congiuntamente a una sanzione pecuniaria nello stesso comma dell'art. 172, ed è quindi una sanzione accessoria che appartiene al sistema delle sanzioni amministrative, quale reazione afflittiva alle violazioni ordinamentali, e il cui sindacato è pacificamente

devoluto al giudice ordinario.

Di conseguenza, come ha chiarito la giurisprudenza, l'ordine di questione, al pari delle sanzioni pecuniarie, ricade nell'ambito di disciplina della legge n. 689/1981 e soggiace alla regola procedimentale stabilita dall'art. 18 della legge citata, in base al quale l'autorità competente a irrogare la sanzione deve consentire agli interessati, a seguito della contestazione o notificazione della violazione, di presentare scritti difensivi e documenti e di chiedere di essere sentiti, e solo successivamente, se ritiene fondato l'accertamento, adotta il conseguente atto amministrativo. Con la fondamentale precisazione che il verbale di accertamento dell'infrazione redatto dalla Guardia di Finanza "non costituisce atto definitivo e non può rappresentare il presupposto per l'irrogazione della sanzione", non potendo essere omessa la fase partecipativa, anche perchè da essa deriva la possibilità, legata all'emanazione dell'ordinanza-ingiunzione " di dare ingresso alla correlativa fase della possibile opposizione dinanzi all'A.G.O., a termini degli artt. 22 ss. della ripetuta legge n. 689 del 1981" (13) (14).

Tornando all'inibitoria amministrativa di competenza dell'autorità prefettizia o dell'autorità doganale, deve essere ribadito il rapporto peculiare esistente tra questa inibitoria e quella successiva di competenza giudiziale. Vero è che l'azione dell'amministrazione presenta autonomia procedimentale e si traduce in un provvedimento amministrativo dotato di propri effetti giuridici sostanziali. Tuttavia tali effetti sono temporalmente limitati e solo l'attività del giudice ordinario è idonea a creare obblighi definitivi in capo ai destinatari. La funzione che la legge assegna all'amministrazione non è propriamente di enforcement a sé stante, bensì di strumentalità rispetto alla funzione di repressione delle violazioni dei diritti, di esclusiva competenza dell'autorità giudiziaria. L'attività amministrativa si pone come presupposto processuale indispensabile per eventuali azioni proposte davanti al giudice ordinario, dal momento che ai fini dell'accesso alla tutela giurisdizionale è necessario il previo esperimento, nonché la previa conclusione, del procedimento davanti alla pubblica amministrazione. Tuttavia è irrisolto normativamente se l'attività del giudice ordinario abbia quale suo presupposto l'accertamento compiuto dall'amministrazione, oppure se l'oggetto del successivo processo sia l'accertamento diretto da parte del giudice della sussistenza della fattispecie vietata dal legislatore; quest'ultima interpretazione appare preferibile in assenza di alcun meccanismo di raccordo espresso tra l'azione amministrativa e la



tutela in sede ordinaria.

### 3.

Nel momento in cui entra in gioco l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni l'intervento amministrativo a tutela del diritto d'autore tende ad assumere caratteri diversi da quelli tradizionali appena illustrati. I poteri dell'amministrazione non sono più concepiti come strumentali ai poteri successivamente esercitati dal giudice ordinario, come nelle ipotesi sopra viste, ma la dinamica amministrazione e giurisdizione assume una coloritura differente: l'intervento amministrativo è previsto come parallelo e alternativo a quello giudiziario, tant'è che unicamente in questo caso è possibile parlare di vero e proprio enforcement amministrativo a tutela del diritto d'autore e non di passaggio amministrativo intermedio obbligato in funzione servente l'enforcement giudiziale.

Come è noto, l'Agcom, istituita dalla legge n. 249/1997 sulla base del modello generale contenuto nella legge n. 481/1995, è una pubblica amministrazione dai connotati del tutto particolari, trattandosi di un'autorità di regolazione o, se si preferisce, semi-indipendente (15).

E' poi altrettanto noto che tali autorità svolgono funzioni sostanzialmente amministrative, normative e giurisdizionali, con ciò determinando il superamento dell'idea tradizionale di amministrazione come attività esecutiva. In particolare, la funzione di risoluzione in forma contenziosa delle controversie tra soggetti operanti nei settori cui le autorità sono preposte altro non è che un frammento della complessiva attività di regolazione di quello specifico settore di mercato (16).

Le competenze attribuite via via all'Agcom, di tipo normativo, ordinatorio, inibitorio, sanzionatorio, sono così numerose e rilevanti da rendere l'Autorità l'effettivo soggetto di "governo" del settore delle comunicazioni (17).

Nel corso del tempo è possibile registrare un progressivo esautoramento da parte dell'Agcom degli altri soggetti istituzionali competenti in materia, in virtù dell'autoattribuzione di una competenza esclusiva dell'Autorità a prevenire e accertare le violazioni del diritto d'autore compiute sulle reti di comunicazione elettronica. In particolare la dialettica vede contrapposte Agcom, da un lato, e Siae

(Società Italiana degli Autori ed Editori), dall'altro, in ragione del fatto che le tante norme attributive del potere succedutesi hanno riconosciuto competenze a entrambi i soggetti.

Anzitutto qualche parola va spesa sull'inserimento, non scontato, della Siae nel novero dei soggetti competenti per l'enforcement amministrativo del diritto d'autore. La Siae è una società di gestione collettiva dei diritti di proprietà intellettuale, svolge dunque un'attività economicamente rilevante di fornitura di servizi agli autori e agli editori e difatti è sottoposta a norme di diritto privato, come risulta testualmente dall'art. 1, co. 2, della legge 9 gennaio 2008, n. 2 (18).

In Italia come altrove le società di gestione collettiva non hanno mai assorbito per intero il mercato della gestione dei diritti d'autore, stante lo spazio riconosciuto alla gestione individuale per certi tipi di opere e di utilizzazioni, tuttavia la gestione collettiva è risultata indispensabile per porre in essere un controllo capillare sulle modalità di utilizzazione delle opere protette (19). Questa spiegazione è parsa chiara e pacifica almeno sino al momento in cui lo sviluppo della telematica non ha mutato il modo di aggressione del diritto d'autore e conseguentemente ha reclamato anche modalità di tutela differenti da quelle tradizionali (20).

Nonostante presenti una veste formale privatistica e sia impresa erogatrice di servizi (21), la Siae svolge un'attività alla quale è riconosciuta rilevanza pubblicistica, tradottasi appunto nell'attribuzione del monopolio legale sull'attività d'intermediazione e gestione dei diritti d'autore ex art. 180, co. 1, l.a., potendo determinare, tra l'altro, la misura del corrispettivo e le modalità di utilizzazione delle opere tutelate (22). In altri termini, il regime di esclusiva è funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico di cui la Siae è affidataria e cioè la protezione del diritto d'autore in occasione della rappresentazione e dell'utilizzazione in pubblico delle opere protette (23).

Si tratta dunque di un ente pubblico a base associativa (art. 1, co. 1, legge n. 2/2008) che svolge una "funzione pubblica, come attestato dalla riconosciuta vigilanza ministeriale" (24).

La particolare posizione istituzionale della Siae ha condotto il legislatore anche ad attribuirle poteri speciali di accertamento privilegiato, riguardanti le attestazioni di

credito dalla medesima compiute (25). Il testo originario dell'art. 164, c. 3, l.a. autorizzava la Siae ad avvalersi del procedimento di ingiunzione servendosi, come prova dei suoi crediti, delle attestazioni provenienti da taluni funzionari particolarmente qualificati della stessa società. Di conseguenza la Siae poteva legittimamente attivare il procedimento monitorio sulla base dell'attestazione di credito formalizzata dal funzionario all'uopo autorizzato, e tale documento, "in quanto proveniente da ente soggetto a vigilanza dello Stato", costituiva prova scritta privilegiata ex art. 635 c.p.c., e obbligava il giudice a concedere la provvisoria esecuzione al decreto ingiuntivo ex art. 642 c.p.c. (26).

Successivamente, con la riscrittura della disposizione da parte della legge n. 248/00, è stato riconosciuto alle attestazioni provenienti dai funzionari Siae valore di titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474 c.p.c., rendendo così superfluo il ricorso al procedimento monitorio, potendosi procedere a esecuzione forzata senza necessità di apposizione di formula esecutiva (27). La particolare attestazione di provenienza Siae è stata definita titolo esecutivo a formazione amministrativa, con la precisazione che per questo genere di titoli esecutivi il rimedio messo a disposizione per il presunto debitore consiste nell'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c. (28). tiva offerenti diritti sul medesimo repertorio o su repertori differenti, nonché insiti nel modello basato su un monopolio naturale, anziché legale, cfr. D. SARTI, Liberalizzazione e gestione collettiva dei diritti di proprietà industriale, in [www.orizzontideldirittocommerciale.it](http://www.orizzontideldirittocommerciale.it).

Questo è il contesto istituzionale in cui si inserisce la tutela dei diritti d'autore on line, ma occorre anche considerare il contesto funzionale e quindi le specifiche norme attributive di competenze in materia a partire dagli anni Duemila. Almeno in via teorica, nello specifico settore della tutela del diritto d'autore on line è possibile parlare non solo di pluralità, ma anche di coordinamento tra amministrazioni pubbliche, intendendosi per coordinamento la relazione organizzatoria intesa a evitare sovrapposizioni tra una pluralità di amministrazioni pariordinate, preposte alla cura di interessi pubblici differenti e titolari di funzioni amministrative sullo stesso oggetto (29). Ma, nel passaggio dalla teoria alla pratica, la relazione di coordinamento tra Agcom e Siae si modifica in qualcosa di diverso, con la trasformazione della Siae in una sorta di ente strumentale dell'Agcom.

L'art. 182bis, co. 1, della l.a., introdotto dalla legge n. 248/2000, ha attribuito sia

all'Agcom sia alla Siae, "nell'ambito delle rispettive competenze", un potere di vigilanza " al fine di prevenire ed accertare le violazioni della legge". Dice poi il comma 2 che la SIAE, nei limiti dei propri compiti istituzionali, si coordina, a norma del co. 1, con l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

Il potere di vigilanza è definito e specificato al comma successivo e si estrinseca essenzialmente in un potere "ispettivo" demandato ai funzionari Agcom, tenuti a coordinarsi con gli ispettori della Siae: gli ispettori possono accedere ai locali dove vengono svolte le attività di riproduzione, duplicazione, vendita, emissione via etere e via cavo o proiezione cinematografica, nonché le attività ad esse connesse, e possono richiedere l'esibizione della documentazione relativa all'attività svolta, agli strumenti e al materiale in lavorazione, in distribuzione, in fase di utilizzazione attraverso l'emissione o la ricezione via etere e via cavo o la proiezione cinematografica, e "nel caso in cui i suddetti locali non siano luoghi aperti al pubblico, stabilimenti industriali o esercizi commerciali o emittenti radiotelevisive, l'accesso degli ispettori deve essere autorizzato dall'autorità giudiziaria".

La disposizione va letta in combinato disposto con il successivo art. 182ter, che consente di precisare ulteriormente natura e caratteri del potere di vigilanza conferito all'Agcom e alla Siae. Ai sensi del suddetto articolo, gli ispettori, nel caso di accertamento delle violazioni dei diritti d'autore, compilano processo verbale da trasmettere immediatamente agli organi di polizia giudiziaria per il compimento degli atti previsti dagli artt. 347 ss. c.p.c. (30).

Emerge dunque l'immagine di una sorta di nucleo specializzato di "polizia giudiziaria", abilitato a porre in essere tutte le attività di vigilanza necessarie a prevenire ed appurare eventuali violazioni nel settore, salvo poi rimettere i risultati di tale attività d'indagine all'Autorità giudiziaria affinché proceda nei modi stabiliti dalla legge.

La lettera della legge è chiara nell'affidare la vigilanza ispettiva solo nei limiti di una rilevanza penalistica degli illeciti, configurando una specifica attività amministrativa ausiliaria della giurisdizione penale. Di conseguenza l'interesse tutelato è l'interesse pubblico posto a fondamento della tutela penale del diritto d'autore e non tanto l'interesse individuale di cui sono portatori i titolari dei diritti di proprietà intellettuale (31).

Ma soprattutto, così configurato, l'intervento amministrativo risponde ancora appieno alla logica del modello di tutela del diritto d'autore sopra illustrato, in cui le amministrazioni svolgono una funzione servente nei confronti dell'autorità giudiziaria; anzi, nel caso in esame, l'amministrazione non emana neppure un provvedimento amministrativo che possa essere contestato davanti al giudice (32).

La norma è stata però interpretata in maniera estensiva dall'Agcom, come fonte di legittimazione di una potestà autonoma d'intervento. Nel silenzio del legislatore sul significato da attribuire all'espressione "nell'ambito delle rispettive competenze", ossia in mancanza di una norma di dettaglio per poter meglio delineare, magari attraverso un'elencazione analitica, le competenze proprie dell'Agcom e della Siae, l'Autorità ha ritenuto che alla stessa spettino, in via principale, poteri di vigilanza a tutela del diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettroniche, mentre alla SIAE residuino compiti di mera collaborazione e supporto.

Come si legge nell'indagine conoscitiva sul diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica svolta dall'Agcom, il richiamo operato dal legislatore al coordinamento tra l'attività dell'Autorità e della Siae nella tutela del diritto d'autore ("nell'ambito delle rispettive competenze") è dall'Autorità stessa interpretato nel senso che "l'Autorità è l'Organo deputato a svolgere la attività di vigilanza a tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica che si concreta in azioni di prevenzione- in tutte le forme possibili- e di accertamento degli illeciti"; invece la competenza della SIAE "attiene allo svolgimento di attività di tipo operativo, sulla base di uno schema di collaborazione investigativa definito in ultima analisi dall'Autorità".

Questo riparto di competenze introdotto dall'Autorità è dalla stessa giustificato in ragione del distinto interesse perseguito dai due soggetti pubblici: l'Autorità, "per la sua natura di autorità amministrativa indipendente, svolge, infatti, funzioni super partes di garanzia e vigilanza del sistema delle comunicazioni elettroniche (attraverso poteri istruttori, di accertamento e sanzionatori), al fine di assicurare il rispetto delle regole del mercato e dei consumatori; essa persegue fini pubblici, tutelando - temperando tra loro- interessi costituzionalmente protetti, quali l'informazione, la libertà di manifestazione del pensiero, l'iniziativa economica privata, la concorrenza. La Siae, di contro, è deputata, per la sua natura di ente

pubblico su base associativa, a perseguire specifici fini ontologicamente privatistici (ovvero, quelli degli associati) di tutela, soprattutto patrimoniale, delle opere dell'ingegno e - in generale - del diritto d'autore" (33).

L'esautoramento della Siae ad opera dell'Agcom si fonda dunque: 1) sulla natura di Siae, vista meramente come società di collecting per la gestione, a titolo oneroso, del diritto d'autore dei suoi associati, trascurando del tutto le funzioni pubblicistiche alla medesima attribuite, che la rendono ente di diritto pubblico per la protezione e l'esercizio dei diritti d'autore; 2) nonché sulla nota teoria dei poteri impliciti, per cui non è la norma attributiva del potere, quanto il fine pubblico, che nel caso di specie assume la particolare veste di un interesse pubblico di composizione tra diritto d'autore e diritti di libertà nell'uso dei mezzi di comunicazione elettronica, a legittimare la competenza, con l'ulteriore peculiarità del passaggio da una potestà amministrativa strumentale a potestà amministrativa attiva (34).

Questa è la prima tappa di un'evoluzione che ha condotto alla fine l'Agcom a ergersi quale unica p.a. competente sul piano dell'amministrazione attiva in materia di violazioni del diritto d'autore on line. La fase successiva impone di allargare la visuale e di prendere in considerazione anche la necessità di un altro tipo di coordinamento, quello tra l'Agcom e l'autorità giudiziaria, tradizionalmente deputata alla tutela del diritto d'autore, come emerge dal Capo III (Difese e sanzioni giudiziarie) della legge n. 633/1941.

La fase in questione è segnata dalla direttiva 2000/31/CE, sul commercio elettronico, che demanda agli Stati membri la scelta sul tipo di enforcement da utilizzare in relazione non solo alla tutela del diritto d'autore ma a tutte le informazioni illecite che possono circolare in rete. Essa stabilisce agli artt. 12-14 che la disciplina introdotta dal legislatore comunitario e in particolare le >limitazioni alla responsabilità dei prestatori intermedi dal medesimo previste "lascia(no) impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione", anche >con la rimozione dell'informazione illecita o la disabilitazione dell'accesso alla medesima. L'impostazione adottata corrisponde a quella consueta del diritto dell'Unione europea, che mantiene liberi i legislatori nazionali di prevedere sistemi di controllo giudiziali, amministrativi o misti, fatto salvo il principio di adeguatezza

dell'enforcement (35).

A sua volta il legislatore nazionale, nell'attuare l'appena menzionata direttiva 2000/31/CE, ha previsto in materia una presenza equiordinata, in quanto non altrimenti specificata, dell'autorità giudiziaria civile e dell'autorità amministrativa avente funzioni di vigilanza. Entrambe, ai sensi degli artt. 14, co. 3, 15, co. 3, 16, co. 3, del d.lgs. n. 70/2003, hanno il potere di esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore di servizi rispettivamente di mere conduit, caching e hosting, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse (36).

La scelta nel senso della duplicità della tutela, amministrativa e giudiziaria, non è affatto scontata. E' sufficiente considerare che: la legge 21 maggio 2004, n. 128, (di conversione, con modifiche, del d.l. 22 marzo 2004, n. 72) recante interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di materiale audiovisivo, nonché a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo, attuativa della direttiva 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, ha attribuito alla sola autorità giudiziaria il potere di ordinare "tutte le misure dirette ad impedire l'accesso ai contenuti dei siti o a rimuovere i contenuti dei medesimi" (37); la direttiva 2004/48/CE del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà industriale e il relativo d.lgs. n. 140/2006 di recepimento della medesima sono incentrati su strumenti di private enforcement e anche all'art. 50, parr. 6-8, dell'accordo TRIPs, che costituisce per l'Unione europea un parametro di legittimità della propria normazione derivata, è ravvisabile analoga impostazione a favore dell'enforcement in via giudiziale (38).

Un passo successivo nella precisazione del coordinamento tra autorità giudiziaria e autorità amministrativa è segnato da un nuovo intervento legislativo e soprattutto da una particolare interpretazione del dato normativo.

L'art. 32bis, co. 3 (introdotto dal d.lgs. 44/2010, cd. decreto Romani), del T.U. dei servizi di media audiovisivi e radiofonici (d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177), ha previsto che l'Agcom "emana le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti di cui al presente articolo", e in particolare il divieto di 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, con riguardo specifico al settore radiotelevisivo.

Questa base normativa è stata utilizzata dall'Agcom quale fondamento del regolamento n. 680/2013 dalla medesima dettato, con il rischio di una possibile violazione del principio di legalità e con l'anomalia di avere un soggetto che è al tempo stesso colui che fissa la regola e colui cui spetta il controllo sul rispetto della medesima (39).

In quest'ottica, da un lato, assume rilevanza l'affermazione dottrinale secondo cui il Parlamento, nel momento in cui istituisce un'autorità indipendente o un'autorità di regolazione, riconosce la propria incapacità a disciplinare la materia (40), dall'altro, si coglie con immediatezza come nel caso delle autorità di indipendenti la tendenza sia quella di procedere per accumulo di funzioni, anche in territori solitamente dominati dal diritto privato, con conseguente loro amministrativizzazione (41).

#### 4.

Nel caso di violazioni on line o sui servizi di media audiovisivi di un diritto d'autore il regolamento n. 680 del 2013 prevede e per la prima volta disciplina analiticamente un potere in capo all'Agcom volto alla rimozione selettiva delle opere digitali o alla disabilitazione dell'accesso alle medesime (art. 8), oppure alla diffida dal trasmettere programmi o alla rimozione degli stessi (art. 13); tale potere è reso effettivo dalla previsione dell'applicazione da parte dell'Autorità stessa, nei casi d'inottemperanza ai suoi ordini, di una sanzione amministrativa pecuniaria, dandone comunicazione agli organi di polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 182ter della l.a. (art. 8, co. 7, art. 13, co. 4; art. 14, co. 3) (42).

Questo incisivo potere amministrativo fa salvi l'intervento del giudice civile, su istanza degli interessati, che si concretizza in pronunce inibitorie e di condanna al risarcimento dei danni (artt. 156 ss. l.a.), nonché l'esercizio d'ufficio in sede penale dei poteri repressivi e sanzionatori nei confronti delle condotte vietate (art. 171, co. 1, a-bis, l.a.). Di contro, in sede di stesura finale del regolamento non ha più trovato spazio la valorizzazione della ricerca di moduli consensuali tra privati, essendo stato soppresso l'obbligo di ricorso alla procedure di notice and take down, che compariva nella versione originaria dell'articolato (43).



L'ordinamento ha già previsto ipotesi di bipartizione della tutela, amministrativa e giurisdizionale, e l'esempio più noto è finora fornito dalla disciplina antitrust, in cui ci si distacca dal modello sopra visto di coordinamento tra pubblica amministrazione e giudice caratterizzato dal fatto che la prima si limita ad assolvere una funzione meramente strumentale rispetto all'agire giudiziario. Infatti nel caso della disciplina antitrust vi è un vero e proprio enforcement pubblico che si affianca a un enforcement privato, dal momento che l'art. 33 della legge n. 287/1990 prevede sia una competenza del giudice ordinario sulle azioni di nullità e di risarcimento del danno, sia una competenza generale, esercitabile d'ufficio, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, i cui provvedimenti amministrativi sono sottoposti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Ne discende che il giudice ordinario tutela i diritti soggettivi dei singoli lesi da violazioni della disciplina antitrust, mentre l'Autorità garante della concorrenza e del mercato non risolve conflitti intersoggettivi, bensì tutela l'interesse generale a un dato assetto di mercato nell'ambito delle sue istituzionali funzioni di vigilanza, potendo aprire di sua iniziativa un procedimento volto a verificare la perturbazione del gioco concorrenziale (44).

Conseguentemente il privato può agire per la nullità o il risarcimento "a prescindere dall'esito del procedimento dinanzi all'Autorità e necessariamente anche quando il provvedimento sia stato emesso dall'Autorità". Tra l'accertamento del giudice civile e l'accertamento amministrativo vi è soltanto una interferenza rappresentata dall'esame di fatti comuni, come tali insuscettibile di estensioni dell'efficacia del giudicato (45).

In definitiva nella disciplina antitrust emerge chiaramente come l'enforcement amministrativo sia concepito alla stregua di una tutela non alternativa, bensì complementare a quella offerta dal giudice ordinario, a protezione di interessi differenti.

Diverso il modello fatto proprio dalla disciplina della tutela del diritto d'autore on line, in cui l'intervento amministrativo non è prefigurato né come strumentale, né come complementare, bensì come alternativo a quello giurisdizionale. Si è in presenza di due distinti procedimenti, uno davanti all'Autorità, l'altro di fronte al giudice ordinario, aventi il medesimo oggetto, entrambi attivati su istanza di parte e

quindi posti in essere per la tutela delle medesime situazioni giuridiche soggettive a carattere disponibile, come emerge chiaramente dall'art. 6, co. 1, e dall'art. 11, co. 1, del regolamento (46).

Come si legge nella relazione di accompagnamento al regolamento Agcom, la ragione ispiratrice del doppio binario tra procedura amministrativa e procedura giudiziaria risiede "nell'esigenza di fornire ad alcuni diritti - fra i quali rientra il diritto d'autore- una tutela più tempestiva considerata l'immediatezza con cui si propagano le informazioni sulle reti di comunicazione elettronica" (47).

Torna dunque anche qui il medesimo argomento già utilizzato per legittimare in capo all'autorità amministrativa doganale l'attribuzione di un potere inibitorio, lì temporalmente limitato, ossia l'inadeguatezza dei rimedi giurisdizionali e l'opportunità di ricorrere a strumenti "semplificati di reazione dotati di rapidità ed efficienza" (48).

Anzi nel settore on line, vista la particolare velocità di propagazione del mezzo, la rapidità d'azione è esigenza ancora più imprescindibile per un'efficace politica di reazione e ciò ha portato all'abbandono dello schema tradizionale sopra illustrato di ricorso alle misure provvisorie per ricercare strumenti maggiormente incisivi. Infatti il regolamento, al posto di consentire l'adozione di misure interinali, ha preferito prevedere, a fianco al procedimento ordinario, anche un procedimento abbreviato nel caso di particolare gravità della violazione, proprio allo scopo di valorizzare al massimo le istanze di celerità mediante una forte riduzione della tempistica procedimentale che non ha eguali davanti al giudice ordinario (49).

Porre l'accento sulla tempestività e sulla semplicità della procedura evoca lo strumento delle ADR (Alternative Dispute Resolution) che hanno l'espresso scopo di alleviare il carico del processo e deflazionare il contenzioso, soprattutto quello de minimis, nonché di pervenire a una definizione rapida della controversia.

Del resto, già la legge istitutiva delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (art. 2, co. 20 e 24, legge n. 481/1995) aveva previsto l'assegnazione alle stesse Autorità di funzioni di conciliazione e di arbitrato per le vertenze tra gestori e utenti o fra operatori, mentre la legge istitutiva dell'Agcom (legge n. 249 del 1997) all'art. 1, comma 11, aveva stabilito che l'Autorità stessa disciplinasse con propri

provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie insorte tra utenti e soggetti autorizzati o destinatari di licenze o tra questi ultimi, con la fondamentale precisazione secondo cui per le predette controversie "non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità" (50).

Tuttavia nel caso qui in esame non è possibile parlare propriamente di ADR, che incarnano un differente ideale di giustizia, in quanto concepite come attività non tanto sostitutive quanto piuttosto aggiuntive dell'attività giurisdizionale e previste come causa di temporanea improcedibilità del processo ordinario oppure condizione di proponibilità dell'azione ordinaria.

Resta il fatto comunque che il presente procedimento giustiziale davanti all'Agcom assolve finalità in buona parte analoghe a quelle delle ADR, ossia permette di pervenire a una decisione rapida della controversia e di evitare un ingolfamento della domanda di giustizia nel caso di microconflittualità, dirottando le controversie sul terreno paragiurisdizionale.

Tornando al parallelismo tra enforcement amministrativo ed enforcement giudiziale tracciato dal regolamento Agcom, esso è ancora imperfetto, visto che la procedura amministrativa non è completamente sostitutiva di quella giudiziaria e quindi sempre art. 9, co. 1. non si pone su basi paritarie rispetto al procedimento giurisdizionale. Infatti qualora sia stata adita l'autorità giudiziaria l'istanza all'Agcom sarà improcedibile ai sensi degli art. 6, co. 3, e art. 11, co. 4, del regolamento ("il procedimento dinanzi all'Agcom non può essere promosso qualora per il medesimo oggetto e tra le stesse parti sia pendente un procedimento davanti all'Autorità giudiziaria"), mentre lo stesso non vale nell'ipotesi inversa. Nel caso di procedimento aperto davanti all'Autorità non è precluso l'intervento del giudice sulla medesima materia, anzi laddove il soggetto istante adisca l'autorità giudiziaria una volta che costui abbia già attivato il procedimento amministrativo, quest'ultimo viene archiviato ai sensi degli art. 7, co. 7, e art. 12, co. 4, del regolamento ("qualora nel corso del procedimento adisca l'Autorità giudiziaria per il medesimo oggetto, il soggetto istante ne informa tempestivamente la Direzione, che archivia gli atti e li trasmette all'Autorità giudiziaria, [...] dandone notizia ai destinatari della comunicazione di avvio del procedimento") (51).

In occasione delle sue osservazioni al progetto di regolamento la Commissione europea ha avuto modo di manifestare perplessità sul (mancato) coordinamento realizzato tra giudice civile e pubblica amministrazione, domandando quale fosse il senso del divieto all'amministrazione di intervenire nel caso di giudizi pendenti e quale fosse il grado di "efficienza" di un procedimento così costruito (52).

In ogni caso il meccanismo previsto dal regolamento risulta lacunoso, in particolare lasciando insoluto il quesito se nel passaggio dal procedimento davanti all'Agcom a quello davanti al giudice ordinario siano fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda originaria e se le prove eventualmente raccolte dall'Autorità possano essere valutate, sia pure solo come "elementi di prova", dal giudice.

Probabilmente sottostante alla nostra disciplina nazionale che blocca l'enforcement amministrativo in atto qualora l'istante decida successivamente di rivolgersi al giudice vi è l'idea della naturale e perdurante primazia dell'enforcement giudiziale, anche in ragione del fatto che la misura rilasciata dal giudice è vuoi definitiva vuoi comprensiva del risarcimento, mentre quella elargita dall'Agcom si limita all'inibitoria, è sempre impugnabile davanti al giudice amministrativo (art. 17 del regolamento) (53) e non è suscettibile di esecuzione forzata diretta (54).

E' possibile fare due osservazioni a tal riguardo, una più particolare, l'altra avente rilevanti ricadute di sistema. Anzitutto la tutela per equivalente pecuniario non assume un ruolo decisivo in materia, essendo difficile se non impossibile fornire a posteriori una prova concreta e precisa dell'effettiva dimensione del danno subito (55).

Ma soprattutto l'enforcement amministrativo ha in sé i germi per acquisire caratteri di inedita primazia rispetto all'enforcement giudiziario, in modo da trasformarsi da meccanismo sussidiario della disciplina della tutela del diritto d'autore a strumento assorbente, grazie alla sua forza d'attrazione. Infatti l'Agcom è titolare di poteri non solo di adjudication ma anche di promozione dell'educazione alla legalità nella fruizione delle opere (artt. 3-4 del regolamento). Questi ultimi sono inquadrabili come strumenti di tutela preventiva, complementari ai consolidati strumenti di repressione delle violazioni del diritto d'autore e sempre più necessari, stante l'insufficienza e l'inadeguatezza dei tradizionali meccanismi giudiziali a combattere

il fenomeno della fruizione illegale di opere digitali (56).

In questa logica, anche in considerazione dei tanti altri poteri di cui dispone l'Agcom in materia (art. 182bis, co. 1, lett. a, l.a.; art. 1, co. 6, n. 4bis, l. 249/97), la sua attività di enforcement viene ad assolvere una duplice funzione: da un lato, si mostra effettivamente giustiziale in quanto volta alla composizione della controversia; dall'altra, è parte integrante della funzione di regolazione, in quanto contribuisce a delineare il quadro regolatorio e a concretizzare l'attività di vigilanza, in un'ottica secondo cui tutte le eterogenee funzioni complessivamente affidate all'Autorità sarebbero contraddistinte dalla neutralità o terzietà rispetto a ogni interesse in gioco, essendo unicamente chiamata a verificare il rispetto della disciplina normativa da parte dei soggetti sottoposti a controllo (57).

## 5.

Il modello di enforcement amministrativo del diritto d'autore on line fatto proprio dal regolamento Agcom ci conduce all'interno della logica dell'ordinamento sezionale e di fronte a un potere fondato su una signoria della competenza nel settore, conquistata in più tappe, non tutte necessariamente legislative (58).

Si è giunti dunque al termine del processo di progressivo distacco dal modello originario di rapporti tra pubblica amministrazione e giudice ordinario fornito dall'art. 157 l.a. per la tutela del diritto d'autore. Secondo questo primigenio modello non si può parlare a rigore di vero e proprio enforcement amministrativo: l'intervento pubblico a tutela del diritto d'autore assume un ruolo anticipatorio, provvisorio e d'urgenza, volto a scongiurare il rischio di tardività della cognizione giudiziale, con un onere in capo al titolare del diritto presunto leso di adire le vie giurisdizionali.

Del resto, che la celerità della risposta dell'ordinamento sia un profilo imprescindibile dell'effettività della tutela del diritto d'autore è dimostrato dal fatto che in tempi relativamente recenti anche il processo civile si è attrezzato per conferire al titolare del diritto d'autore uno strumento in grado di fargli conseguire, in modo rapido, efficiente e potenzialmente stabile il provvedimento cautelare, aspetti tutti di cruciale importanza al fine di garantire una tutela effettiva (art. 162bis, co. 4, l.a.) (59).

Il regolamento Agcom configura invece un autentico enforcement amministrativo a tutela del diritto d'autore, potendo l'Autorità adottare misure autonome, che non risultano assorbite da quelle giudiziali. Permane sempre l'esigenza di agire in via d'urgenza, come nel modello originario, ma cambia la struttura d'intervento. Il titolare del diritto d'autore non ha più l'onere di adire l'autorità giudiziaria, bensì ha la facoltà di scegliere tra un tipo di enforcement privato/giudiziale e un tipo di enforcement pubblico. Va comunque precisato che l'enforcement realizzato dall'Agcom non è pubblicistico in senso puro, essendo in realtà un ibrido contraddittorio e carico di tensioni: da un lato, l'attività amministrativa è caratterizzata dalla stessa passività che contraddistingue l'attività giurisdizionale, dal momento che condizione per l'esercizio del potere è sempre l'istanza di parte (artt. 6 e 11), "in considerazione del fatto che i diritti d'autore e i diritti connessi sono diritti soggettivi disponibili, per cui la loro tutela deve necessariamente essere rimessa alla libera scelta del titolare" (60); dall'altro, però, l'avvio del procedimento non è comunicato al soggetto istante, "in quanto il suo ruolo dopo la presentazione non rileva ai fini del procedimento" (61) e l'intera procedura è retta dal principio inquisitorio al fine di ripristinare la legalità violata (art. 12, co. 1, del regolamento).

Profili pubblicistici e profili privatistici sono entrambi presenti nella disciplina regolamentare (62). L'attribuzione di un vero e proprio enforcement all'Agcom porta a un'accentuazione dei connotati oggettivi della materia, in una prospettiva più ampia di quella coincidente con la tutela delle posizioni singole e autonomizzate. L'Agcom si fa carico della tutela sia delle situazioni giuridiche soggettive private, sia delle istanze di carattere generale, alla ricerca di un "contemperamento tra i diversi diritti in gioco, rispettando le libertà di comunicazione, di espressione e di manifestazione del pensiero, il diritto alla privacy e l'accesso dei cittadini alla cultura e ad internet" e "tutelando il diritto d'autore e la remunerazione del titolare dei diritti" (63).

In questa maniera non si tratta solo di eliminare un singolo pregiudizio individuale subito, bensì di procedere contro un danno per l'intero sistema, a tutela dell'interesse della collettività e del bisogno di legalità dell'ordinamento autoriale.

Esito ultimo di questa trasformazione del potere amministrativo è la corrispondente trasformazione della tutela del diritto d'autore, che non solo si amministrativizza, ma anche si oggettivizza.

Infatti, se il primo passo verso l'oggettivizzazione della tutela dei diritti d'autore si compie nel momento in cui si offre a questi ultimi una tutela penalistica, dal momento che quella penale è una giurisdizione di tipo oggettivo (64), il secondo e attuale passo verso l'oggettivizzazione della tutela dei diritti d'autore è dato dalla configurazione di una competenza totalizzante dell'Agcom, il cui agire è para-giurisdizionale non nel senso di para-civilistico, bensì di para-penalistico, a tutela del diritto d'autore per la sua astratta inerenza agli interessi della generalità dei consociati.

**Note:**

(1) P. SPADA, La proprietà intellettuale nelle reti telematiche, in Riv.dir.civ., 1998, II, 635 ss.; M. LIBERTINI, Contraffazione e pirateria, in questa Rivista, 2007, 207 ss., spec. 214 ss.; M. BERTANI, Internet e la "amministrativizzazione" della proprietà intellettuale, ivi, 2012, 129 ss.; B. TONOLETTI, La tutela dei diritti di proprietà intellettuale tra giurisdizione e amministrazione, ivi, 2013, 335 ss., spec. 358 ss.

(2) G. GHIDINI, Profili evolutivi del diritto industriale, II ed., Milano, 2001, 183 ss.; P. AUTERI, Iperprotezione dei diritti di proprietà intellettuale, in questa Rivista, 2007, 155 ss.

(3) M. RICOLFI, On line ed off-line, in questa Rivista, 2007, 219 ss., 225.

(4) La matrice originaria si trova nella legge 10 agosto 1875, n. 2652, che ha ispirato l'art. 14 del t.u. 19 settembre 1882, n. 1012, che a sua volta è stato riprodotto all'art. 23 della previgente l.a. del 1925. Sul punto cfr. V. M. De SANCTIS e M. FABIANI (a cura di), I contratti di diritto di autore, Milano, 2007, II ed., 174; G. DI FAZZIO, sub art. 157 l.a., in L.C. UBERTAZZI (a cura di), Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza, Padova, 2012, Ved., 1856.

(5) C. CAMARDI, Inibitorie amministrative di attività, in questa Rivista, 2012, 268 ss., 272; P. GRECO e P. VERCELLONE, I diritti sulle opere dell'ingegno, Torino, 1974, 368; V. M. DE SANCTIS, Manuale del nuovo diritto d'autore, 10, 127; G. DI FAZZIO, sub art. 157, cit.; anche sotto un altro profilo la disposizione è stata interpretata in maniera restrittiva, al fine di evitare abusi nella richiesta di sospensiva: si ritiene che debba essere sempre e solo la Siae, esercitando la tutela dei diritti di rappresentazione e di esecuzione per la maggior parte delle opere, a presentare la relativa richiesta al Prefetto nell'interesse dei titolari (G. DI FAZZIO, sub art. 157, cit., 1856).

(6) Sul punto, ampiamente, B. TONOLETTI, *La tutela dei diritti*, cit., 341 ss., partendo dalla nota definizione di G. ZANOBINI, *L'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 19 ss., spec. 23 ss.; per un inquadramento speculare, che sottolinea l'evidente rilievo pubblico delle pretese individuali, cfr. L. PERFETTI, *La dimensione pubblica dei diritti individuali. Il coordinamento degli enforcement amministrativi e giudiziali nell'Unione europea e l'emergere del diritto comune europeo*, in questa Rivista, 2012, 338 ss.

(7) Sul punto si rinvia a C. CAMARDI, *op.cit.*, 273.

(8) Da ultimo si vedano le modifiche di carattere procedimentale apportate dal recente Regolamento n. 608/2013, entrato in vigore il 1 gennaio 2014.

(9) Cfr. attualmente l'art. 23 del Regolamento UE n. 608/2013, nonché gli artt. 25-26, che prevedono una procedura specifica sulle cd. piccole spedizioni e sulla loro distruzione. Cfr. altresì la risoluzione del Parlamento europeo del 18 dicembre 2008 sull'impatto della contraffazione sul commercio internazionale.

(10) Corte giustizia CE, sez. II, 12 febbraio 2009, n. 93, punto 33.

(11) Sull'inibitoria come mezzo più efficace per la repressione delle condotte *contra ius* cfr. già T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, III ed., 35 ss., 256; nonché A. BELLELLI, *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito*, in *Riv.dir.civ.*, 2004, 623 ss.; E. BRODI, *Irimedi civilistici azionabili in presenza di illeciti antitrust coinvolgenti diritti di proprietà intellettuale*, in *I contratti nella concorrenza*, Torino, 2011, 937 ss., spec. 948 ss.; in generale, sulla strutturale inadeguatezza della misura risarcitoria a soddisfare le esigenze di tutela preventiva cfr. L. NIVARRA, *La tutela civile: profili sostanziali*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLES, A. PATRONI GRIFFI, L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993, II ed., 1462 ss.

(12) Sul ruolo delle sanzioni in materia si rinvia allo scritto di F. GOISIS in questo numero della presente Rivista. Quanto poi alla peculiare ipotesi prevista dall'art. 146 del Codice di proprietà industriale nei casi di cd. pirateria cfr. G. MANFREDI, *Il controllo giudiziale degli atti amministrativi di enforcement*, sempre in questa Rivista, 2012, 356 ss., 362 ss.

(13) Tar Napoli, 8 marzo 2013, n. 1361, in questa Rivista 2014, e, per esteso, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); la tesi trova ulteriore conforto nella previsione dell'art. 20, secondo comma, della stessa legge n. 689 del 1981, in base alla quale "le sanzioni amministrative accessorie non sono applicabili fino a che è pendente il giudizio di opposizione contro il provvedimento di condanna o, nel caso di connessione di cui all'art. 24, fino a che il provvedimento stesso non sia divenuto



esecutivo". Inoltre, anche se la legge speciale non individua l'autorità competente in materia è da ritenersi sussistente la competenza del Prefetto, facendo applicazione dell'art. 17 della legge n. 689/1981. Sul fatto che anche alle sanzioni interdittive e non solo a quelle pecuniarie si debbano applicare le disposizioni della legge n. 689/1981 si rinvia ad A. ALESSANDRI, sub art. 31 l. 287/1990, in P. MARCHETTI e L.C. UBERTAZZI (a cura di), Commentario breve al diritto della concorrenza, Padova, 2004, 2415 ss., il quale precisa che non vi sarebbe ragione di "riservare un'intelaiatura garantista alle misure che si sostanziano in un sacrificio patrimoniale e negarla a reazioni che pregiudicano la libertà imprenditoriale del soggetto, con ricaduta anche su persone del tutto estranee alla violazione (ad esempio i dipendenti dell'impresa)".

(14) L'intervento amministrativo a tutela del diritto d'autore non deve neppure essere confuso con altra tipologia d'intervento amministrativo, in cui i diritti di proprietà intellettuale svolgono un ruolo d'antagonista, potendo la proprietà intellettuale essere fonte di potere di mercato. Si allude qui alla tutela in materia antitrust e al fatto che "nell'attuale contesto economico, all'interno del quale i beni digitali hanno rimpiazzato, in termini d'importanza, le tradizionali forme di ricchezza, il massiccio ricorso ai diritti di proprietà intellettuale sull'informazione determina verosimilmente restrizioni per il mercato", esistendo un "intrinseco conflitto tra la protezione assicurata dalla proprietà intellettuale e la politica di tutela della concorrenza"; sul punto, ampiamente, R. PARDOLESI e M. GRANIERI, Di regolazione, antitrust e diritti di proprietà intellettuale, in *Merc.conc.reg.*, 2004, 7 ss.; D. SARTI, Proprietà intellettuale, interessi protetti e diritto antitrust, in *Dir.ind.*, 2002, 543 ss., cui si rinvia per il dibattito in materia.

(15) Per quest'ultimo inquadramento cfr. G. AMATO, Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1997, 645 ss.

(16) B. TONOLETTI, La tutela, cit., 339-340, e M. RAMAJOLI, Attività amministrativa e disciplina antitrust, Milano, 1998, 63 ss., e bibliografia ivi riportata.

(17) Si veda la vicenda conclusasi con Ad.pl., 11 maggio 2012, n. 11, che ha ritenuto competente l'Autorità di regolazione, e non l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per l'applicazione delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette nel settore delle comunicazioni elettroniche; su tale vicenda cfr. L. TORCHIA, Una questione di competenza: la tutela del consumatore tra disciplina generale e discipline di settore, in *Giorn.dir.amm.*, 2012, 953 ss.; sulla "deriva pubblicistica" cagionata dall'aumento di attribuzioni delle autorità

indipendenti cfr. L.C. UBERTAZZI, Le PCS ed il futuro dell'autodisciplina, in *Dir.ind.*, 2010, 374 ss.

(18) Sulle vicende normative relative alla Siae si rinvia a S. LAVAGNINI, sub art. 182 ter l.a., in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario*, cit., 2000 ss. e alla dottrina ivi riportata.

(19) D. SARTI, *Collecting societies e mutualità*, in questa *Rivista* 2001, 14 ss.; M. LIBERTINI, *Gestione collettiva di prodotti culturali*, in P. SPADA (a cura di), *Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali*, Quaderni di Aida, 2006, 104.

(20) Sempre M. LIBERTINI, op.cit.; 104 ss.; nonché D. SARTI, *La categoria delle collecting societies soggette alla direttiva*, in questa *Rivista* 2013, 2 ss.; cfr. da ultimo la direttiva 2014/26/UE sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multi territoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno.

(21) Sul punto chiaramente F.P. REGOLI, *La S.i.a.e. esercita attività industriale*, in *Dir.aut.*, 1985, 515 ss.

(22) Sulla struttura tradizionalmente monopolistica e territoriale dell'attività di gestione collettiva e sui rischi insiti in una sorta di concorrenza orizzontale fra società di gestione collet

(23) Così Agcm, provv. n. 3195 del 28 luglio 1995, Silb/Siae, punto 34.

(24) In questo senso Cons. St., sez. V, 23 maggio 2011, n. 3073, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

(25) Sul punto, ampiamente, A. SABATUCCI, *Il valore probatorio delle attestazioni di credito Siae*, in questa *Rivista* 2006, 374 ss.

(26) In questo senso Trib. Trento, 31 dicembre 1996, in *Dir. autore*, 1998, 196, 359; ma cfr. altresì Pret. Roma, 18 dicembre 1995, ivi, 1997, 512; Trib. Trento, 20 giugno 1996, ivi, 1998, 355.

(27) Cass. civ., sez. I, 10 marzo 2006, n. 5291, in questa *Rivista* 2006, 1070; Cass.civ., sez. I, 13 settembre 2006, n. 19657, che hanno anche chiarito come gli attestati di credito emessi dalla SIAE costituiscano prova scritta rilevante ai fini del ricorso al procedimento d'ingiunzione, senza che vi osti la mancanza di riferimenti ad appostazioni nella contabilità della medesima Siae, essendo sufficiente, affinché sussista la condizione di ammissibilità del procedimento per decreto ingiuntivo, che l'attestato richiami il periodo o i periodi ai quali le singole utilizzazioni si riferiscono; cfr. anche Trib. Bologna, 8 febbraio 2007, in *Dir.aut.*, 2007, 636, con nota di MARI .

(28) G. BONELLI, Le nuove norme a tutela del diritto d'autore, in IDI, 2000, 391-394; L. PASSANANTE, sub art. 164 l.a., in L.C. UBERTAZZI (a cura di), Commentario, cit., 1895. Da segnalare poi per completezza che la Siae stessa può porre in essere attentati al diritto d'autore e in siffatte particolari evenienze è emerso sul palcoscenico dell'enforcement pubblico un altro attore, ossia l'Autorità garante della concorrenza e del mercato. In particolare nel caso Silb/Siae (prov. n. 3195 del 28 luglio 1995, cit.) l'Agcm ha ritenuto che l'applicazione della legge antitrust non solo non ostacoli, ma anche possa favorire il perseguimento della finalità d'interesse generale attribuita alla Siae: "nel valutare le tariffe imposte dalla SIAE alle imprese esercenti i locali da ballo, l'Autorità non interferisce nella sfera istituzionalmente riservata alla SIAE stessa: la ripartizione dei proventi agli aventi diritto viene considerata in chiave meramente strumentale, al solo fine di stabilire se siano ingiustificatamente gravose le tariffe imposte ai gestori di sale da ballo". Nel caso di specie il comportamento della SIAE, poiché non ha garantito un'equa ripartizione dei proventi per diritto d'autore agli autori, compositori ed editori, in tal modo rendendo ingiustificatamente gravose le tariffe imposte ai gestori di sale da ballo, è stato ritenuto abuso di posizione dominante.

(29) Cfr., per tutti, V. BACHELET, voce Coordinamento, in Enc.dir., vol. X, Milano, 1962, 630 ss.

(30) Per un commento congiunto alle due disposizioni cfr. S. LAVAGNINI, sub art. 182 ter l.a., cit., spec. 2005 ss.

(31) B. TONOLETTI, La tutela, cit., 343.

(32) G. MANFREDI, Il controllo giudiziale, cit., 358.

(33) AGCOM, Indagine conoscitiva. Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, 2010, pagg. 3, 12, 59.

(34) Sulla teorica dei poteri amministrativi impliciti si rinvia a N. BASSI, Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti, Milano, 2001; G. MORBIDELLI, Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti, in Dir. amm., 2007, 703 ss. e, se si vuole, M. RAMAJOLI, Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati, Torino, 2006, 265 ss.

(35) Esempio che presenta alcune assonanze con la materia qui in esame è dato dalla disciplina comunitaria sulle clausole vessatorie, sulla quale si è innestata la normativa nazionale che ha demandato la tutela all'Autorità antitrust; sul punto cfr. A. MIRONE, Verso la despecializzazione dell'Autorità antitrust. Prime riflessioni sul

controllo delle clausole vessatorie ai sensi dell'art. 37-bis cod.cons., in questa Rivista, 2012, 296 ss.

(36) Segue poi l'art. 17, co. 3, del citato d.lgs. n. 70/2003, ai sensi del quale "il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente". In tema cfr. S. LAVAGNINI, La proprietà intellettuale in Internet, in questa Rivista 2010, 472 ss.

(37) In tema si rinvia a S. ALVANINI e A. CASSINELLI, I(possibili) nuovi poteri di AGCom in materia di diritto d'autore nel settore dei media, in Il diritto ind., 2011, 543 ss.

(38) Sul punto cfr. B. TONOLETTI, La tutela, cit., 354 ss.; L. PERFETTI, La dimensione pubblica, cit., 342 ss.; M. BERTANI, Internet, cit., 155 ss. 101

(39) Su questi profili problematici si rinvia al saggio di M. Renna in materia, pubblicato nel presente numero di questa Rivista.

(40) G. PERICU, Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità indipendenti, in Dir.amm., 1996, 1 ss., 4.

(41) Esperienza similare si riscontra nel campo delle pratiche commerciali scorrette, la cui repressione spetta in via esclusiva all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in diretta continuità con la scelta effettuata in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita e in rapporto di complementarità con la disciplina antitrust; critici sul punto S. CASSESE, L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti, in Giorn.dir.amm., 2011, 102 ss.; V. CATALDO, Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement, in Giur.comm., 2012, I, 803 ss.; sulla cd. amministrativizzazione del diritto d'autore cfr., per tutti, M. BERTANI, Internet, cit., 129 ss.; B. TONOLETTI, La tutela, cit., 335 ss.

(42) Sul profilo dell'esecuzione delle decisioni inibitorie adottate dall'Autorità e in particolare sulla questione se sia ipotizzabile anche un'esecuzione forzata in senso proprio, si rinvia al già menzionato contributo di F. GOISIS nel presente numero di questa Rivista.

(43) AGCOM, Relazione di accompagnamento al regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative, pag. 35, punto 101. Sulle procedure di notice and take down si rinvia allo scritto di

M. DELSIGNORE nel presente numero di questa Rivista, che ne analizza il funzionamento nell'ordinamento statunitense.

(44) Sul punto, se si vuole, M. RAMAJOLI, Attività amministrativa, cit., 356 ss.; da ultimo, cfr. F. GHEZZI e G. OLIVIERI, Diritto antitrust, Torino, 2013, 30 ss.; B. CORTESE (a cura di), EU Competition Law-Between Public and Private Enforcement, Wolters Kluwer, 2014.

(45) Sul punto cfr., oltre alla dottrina citata alla nota precedente, G. VERDE, Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale, in Dir.proc.amm., 1998, 739 ss., spec. 758 ss., 764; I. PAGNI, La tutela apprestata dal giudice ordinario in materia antitrust, in I Contratti nella concorrenza, cit., 525 ss., spec. 543 ss.; per l'isolata tesi secondo cui l'intervento dell'Autorità è necessario a integrare la fattispecie cfr. G. OPPO, Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza", in Principi e problemi del diritto privato. Scritti giuridici, vol. VI, Padova, 2000, 87 ss. 103

(46) B. TONOLETTI, La tutela, cit., 340 ss., secondo cui "l'oggetto della funzione amministrativa di vigilanza si trasforma profondamente, in quanto diviene la diretta tutela di diritti privati individuali, peraltro di contenuto (prevalentemente e spiccatamente) patrimoniale, e la funzione viene conseguentemente a qualificarsi tecnicamente come attività di enforcement di diritti soggettivi a struttura proprietaria" (op.cit., 344). Adetta di G. DE MINICO, Diritto d'autore batte Costituzione 2 a 0, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), l'Autorità avrebbe dovuto "costruire il procedimento dinanzi a sè non come un rimedio alternativo al giudizio, ma al più come una fase preventiva e assolutamente non decisoria della futura lite, affidata alla solitaria competenza dei giudici".

(47) Relazione di accompagnamento, cit., pag. 12.

(48) Così C. CAMARDI, op.cit., 273-276.

(49) La procedura è da attivare "qualora sulla base di una prima e sommaria cognizione dei fatti oggetto dell'istanza [...] la Direzione ritenga che i fatti stessi configurino un'ipotesi di grave lesione dei diritti di sfruttamento economico di un'opera digitale ovvero un'ipotesi di violazione di carattere massivo" (art. 9, co. 1). Sui tempi ridotti del procedimento abbreviato cfr.

(50) Atal fine, dispone sempre il comma 11 dell'art. 1 della legge n. 249/1997 che i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione. L'art. 84 del codice delle comunicazioni elettroniche stabilisce poi, in attuazione del menzionato art. 1 della legge istitutiva dell'Agcom, che la stessa adotti "procedure extragiudiziali

trasparenti, non discriminatorie, semplici e poco costose per l'esame delle controversie tra i consumatori e le imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica". La tematica delle Adr nelle comunicazioni elettroniche, complessa e stratificata, non può essere qui affrontata e pertanto sui caratteri della disciplina in materia, qui solo adombrati, si rinvia al saggio di L. DE LUCIA e F.F. GUZZI nel presente numero della presente Rivista; cfr. anche L. SALTARI, Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazione elettronica, Milano, 2005; G. DELLA CANANEA, La definizione delle controversie nelle comunicazioni elettroniche, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008, 6, 833 ss., nonché, da ultimo, S. LUCATTINI, Modelli di giustizia per i mercati, Torino, 2013, 115 ss.; G. GARDINI, Le "definizioni delle controversie" tra operatori della comunicazione e utenti: natura giuridica, imputazione, tutela giurisdizionale delle parti, in *Giur.it.*, 2012, 5 ss.; ID., *Le regole dell'informazione. Dal cartaceo al bit*, Torino, 2014, III ed., 239 ss. 105

(51) Dal momento che "l'archiviazione del procedimento nel caso di ricorso all'Autorità giudiziaria potrebbe costituire un alibi per il gestore della pagina web al fine di lasciare per altro tempo i contenuti online in violazione delle norme sul diritto d'autore", come emerge dai rilievi espressi in occasione della due consultazioni pubbliche sullo schema di regolamento in materia (delibere n. 398/11/Cons del 6 luglio 2011 e n. 452/13/Cons del 25 luglio 2013, in [www.agcom.it](http://www.agcom.it)), e come evidenziato anche dalla Commissione europea, message 303, b), 2) ("Could the Italian authorities clarify the impact of this provision on the efficiency of the procedure, considering also the possibility of initiating court proceedings as a way to potentially delay action on the matter?"), l'Agcom ha limitato l'archiviazione del procedimento al caso in cui l'autorità giudiziaria venga adita dal soggetto istante, proprio per evitare che altri soggetti si rivolgano strumentalmente alla magistratura al solo scopo di bloccare il procedimento in corso presso l'Autorità. Sui profili di illegittimità costituzionale per la mancata previsione nel regolamento di un potere di trasposizione in sede giurisdizionale in capo al prestatore di servizio all'uopo individuato, nonché, ove rintracciabili, all'uploader e ai gestori della pagine e del sito internet, o al fornite di servizi di media si rinvia al già menzionato saggio di M. Renna.

(52) "Could the Italian authorities explain the rationale of Article 7(4), which in the Commission's view is to be construed as precluding the possibility of the intervention of the administrative authorities in cases where there are on-going judicial procedures?". Ben diverso, come ricorda G. COLANGELO, Comunicazioni

elettroniche, contenuti digitali e diritto d'autore: commento al Regolamento Agcom, in *Merc.conc.reg.*, 2011, 575 ss., 587, il meccanismo originariamente previsto: nella prima versione del regolamento erano contemplate due fasi, una relativa al procedimento dinanzi al gestore del sito (notice and take down), la seconda relativa al procedimento davanti all'Agcom, da attivare qualora l'esito della procedura di notice and take down non fosse risultata soddisfacente per una delle due parti, mentre mancava l'esplicita previsione della possibilità di adire l'autorità giudiziaria nel corso del procedimento amministrativo.

(53) Ma sulla maggiore conformità al sistema costituzionale di una previsione a favore della giurisdizione ordinaria contro le decisioni adottate dall'Agcom cfr. M. BERTANI, *Internet*, cit., 154 ss.; B. TONOLETTI, *La tutela*, cit., 379 ss.; L. DE LUCIA e F.F. GUZZI, cit.

(54) Su quest'ultimo profilo si rinvia al già menzionato saggio di F. GOISIS .

(55) E. MARINUCCI, *Stabilità dei provvedimenti cautelati?*, in questa Rivista, 2006, 246 ss.

(56) Sul punto cfr. V. PAMPANIN, sub art. 4, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario al Regolamento Agcom*, in corso di pubblicazione; in particolare l'art. 4 del regolamento Agcom istituisce un Comitato per lo sviluppo e la tutela dell'offerta legale di opere digitali, presieduto dal Segretario generale dell'Autorità o da un suo delegato, al fine, tra l'altro, di curare la promozione di misure di educazione alla legalità nella fruizione di opere digitali. In tema cfr. altresì G. COZZOLINO, *La tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica: brevi note sullo schema di regolamento di cui alla delibera 398/11/CONS dell'Agcom*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it). 107

(57) L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *Igaranti delle regole*, Bologna, 1996, 55 ss.; sul fenomeno della Regulation by Litigation si rinvia a G. DELLA CANANEA, *Regolazione del mercato e tutela della concorrenza nella risoluzione delle controversie in tema di comunicazioni elettroniche*, in *Dir.pubbl.*, 2005, 2, 605 ss.

(58) Non sorprende che il regolamento Agcon sia stato salutato con favore dagli Stati Uniti, in cui le agencies da sempre svolgono un ruolo attivo nelle politiche repressive. Infatti essi per la prima volta non hanno inserito l'Italia nella loro Watch List, ossia tra i paesi che non tutelano adeguatamente la proprietà intellettuale, nel loro annuale Special 301 Report, (pag. 11: "Italy is removed from the Watch List in the 2014 Special 301 Report in recognition of the Italian Communications

Regulatory Authority's (AGCOM) adoption, on December 12, 2013, of long-awaited regulations to combat copyright piracy over the Internet").

(59) Su questo profilo e sulle relative problematiche, specie in relazione all'art. 50, co. 6, Accordo TRIPs e all'art. 9 della direttiva Enforcement, cfr. F. CORSINI, Le misure cautelari a tutela del software, in Riv.dir.ind., 2007, 87 ss.; L. PASSANANTE, sub art. 162bis l.a., in L.C. UBERTAZZI (a cura di), Commentario, cit., 1888 ss.; nonché anche M. BERTANI, op.cit.

(60) Relazione di accompagnamento al Regolamento, pag. 46-47, punti 150-151.

(61) Relazione di accompagnamento al Regolamento, pag. 56, punto 193.

(62) In tal senso B. TONOLETTI, La tutela, cit., spec. 348 ss., secondo cui a un estremo si pone "la straordinarietà di una funzione amministrativa posta a tutela di interessi individuali privati, che hanno una struttura proprietaria", all'altro "l'affidamento della tutela a un'autorità amministrativa che sottrae quei diritti al loro ambiente privatistico, per immetterli giocoforza in una sfera pubblicistica".

(63) Sempre la Relazione di accompagnamento, cit., pag. 5.

(64) Sul punto e sull'originaria indistinzione tra funzioni amministrative e funzioni giurisdizionali, specie di tipo oggettivo, cfr. L. MANNORI, Per una preistoria della funzione amministrativa, in Quaderni fiorentini, 1990, 323 ss.; da osservare che di recente si è ribadito, in occasione dell'emanazione del cd. decreto svuota carceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146), che la materia della proprietà intellettuale e industriale non deve essere oggetto del processo di depenalizzazione.