

27 NOVEMBRE 2017

La potestà regolamentare delle autorità
amministrative indipendenti: il caso
paradigmatico del regolamento Agcom
per la tutela del diritto d'autore sulle
reti di comunicazione elettronica

di Fortunato Gambardella
Ricercatore di Diritto amministrativo
Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"



La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti: il caso paradigmatico del regolamento Agcom per la tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*

di Fortunato Gambardella

Ricercatore di Diritto amministrativo

Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Sommario: 1. Dai regolamenti governativi ai regolamenti delle autorità amministrative indipendenti: elementi distintivi e profili problematici. 2. Le fondamenta della potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti. Profili ricostruttivi. 3. Il regolamento dell'Agcom per la tutela del diritto d'autore *on-line* tra giudice amministrativo e costituzionale. 4. Tutela del diritto d'autore e nuovi poteri impliciti. La difficoltà di delineare i confini di esercizio di un potere regolamentare dai tratti eccezionali.

1. Dai regolamenti governativi ai regolamenti delle autorità amministrative indipendenti: elementi distintivi e profili problematici

Un approfondimento intorno alla potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti¹ può offrire un utile punto di osservazione per cogliere il senso del percorso evolutivo che ha interessato il regolamento come fonte normativa e per verificare quali caratteristiche la potestà normativa secondaria

* Il contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento tenuto al Convegno "Le dimensioni del potere regolamentare. Analisi comparata tra Italia e Francia", Napoli, 5 maggio 2017, ed è stato referato dal Comitato scientifico del convegno stesso.

¹ Per un inquadramento della problematica, *ex multis*: N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, pp. 87 ss.; V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amministrativo*, 1997, pp. 341 ss.; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Bagno a Ripoli, 1997; P. BILANCIA, *Riflessi del potere normativo delle autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in *Diritto e società*, 1999, pp. 251; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999; M.A. CABIDDU, D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, n.1-2/2000, fasc. 1-2, p.13; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; P. LAZZARA, *La potestà regolamentare della Commissione nazionale Società e Borsa in materia di intermediazione finanziaria*, in *Foro Amministrativo*, 2000, p. 703; F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti (ad vocem)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 2001; S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002; G. DE MINICO, *Regole, comando e consenso*, Torino, 2004; P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004 – I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, 2005; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, 2007; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007; M. FOGLIA, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderni regionali*, 2008, pp. 559 ss.; R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012.

assuma in modelli applicativi che appaiono, nella prassi, distanti dallo schema tradizionale dei regolamenti governativi.

Com'è noto, infatti, il regolamento, “è passato dalla puntualizzazione della legge n. 400 del 1988, attraverso la stagione della delegificazione e dei testi unici misti, sino al fondamento delineato dal nuovo titolo V della Costituzione, il quale segna l’invasione del policentrismo nell’area dei poteri regolamentari”², attraverso un percorso di valorizzazione della fonte regolamentare³ ma, al contempo, lungo una traccia che scardina la granitica rigidità del sistema delle fonti e pone delicati problemi: di individuazione dei titolari del potere regolamentare, di distinzione tra produzione regolamentare e provvedimentale⁴ nell’ambito dell’attività delle amministrazioni pubbliche, di tracciatura dei confini di esercizio della potestà regolamentare.

In questo quadro, l’area dei regolamenti della autorità amministrative indipendenti assume una dimensione paradigmatica nel porsi quale punto di convergenza delle traiettorie appena indicate. L’area critica intorno al potere regolamentare delle *authorities* investe, infatti e in primo luogo, il problema della legittimazione della potestà normativa delle stesse, nell’ambito di una prassi applicativa che svela sovente il ricorso alla fonte regolamentare in rapporto a segmenti di azione per i quali difetti un’espressa investitura normativa in punto di esercizio del relativo potere⁵. Un peccato originale che, come vedremo, si cerca di superare attraverso percorsi di ricostruzione teorica di diverso segno e variegati approdi, i quali tutti però si trovano a confrontarsi con un doppio dato empirico: l’uso esteso della fonte regolamentare da parte delle autorità e, per l’effetto, la spendita di rilevanti poteri discrezionali che i regolatori sperimentano sul doppio binario dell’individuazione dell’oggetto degli atti normativi e della selezione delle concrete modalità di cura dell’interesse pubblico.

Già questi *input* lasciano emergere i rilevanti tratti di distinzione tra il modello regolamentare in concreto sperimentato dalle *Authorities* e lo schema tradizionale lungo cui si sviluppa il potere regolamentare

² F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2003. Per un approfondimento sull’incidenza della riforma costituzionale sul sistema delle fonti secondarie, C. TUBERTINI, *Riforma costituzionale e potestà regolamentare dello Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n.4/2002, p. 935.

³ A. LUCARELLI, *Il fondamento del potere regolamentare dei Comuni*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2003, p. 357.

⁴ In argomento, su di un piano generale, B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, n. 2-3/2015, p. 389ss.; N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n.12/2012, p. 1209; C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Diritto pubblico*, n.1-2/2010, p. 365.

⁵ F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti*, cit., sottolinea che “l’esito di questa evoluzione conferma una linea di tendenza: si stempera il vincolo di stretta legalità e si delinea un sistema in cui la predetta centralità del regolamento conosce altri contrappesi, ai quali è demandato il compito di riequilibrare il sistema istituzionale, compensando le varianti imposte alla dimensione tradizionale dei principi di legalità, riserva di legge, separazione dei poteri”.

governativo⁶, tanto da potersi considerare i primi come modello “del tutto alternativo a quello proprio degli atti normativi del governo (art. 17, l. n. 400/88), ai quali per il loro contenuto, per la loro portata normativa, si direbbe, gli atti in esame possono essere rapportati”⁷.

Elementi differenziali che, peraltro, trovano la loro massima espressione sul piano delle tecniche di produzione delle fonti, che vedono i regolamenti delle autorità indipendenti svilupparsi intorno a un tessuto procedimentale “fortemente differenziato rispetto a quello tradizionale”⁸. Una rete procedurale la cui singolarità ruota principalmente intorno a due elementi, tradizionalmente descritti come strumenti di legittimazione della potestà regolamentare carente di investitura normativa, e individuabili nella tendenza a garantire un’ampia partecipazione degli amministrati alla formazione delle decisioni regolamentari⁹ e nell’obbligo di motivazione dei conseguenti atti normativi¹⁰.

Si tratta di elementi anomali nell’ambito dei processi di produzione normativa, tradizionalmente altresì caratterizzanti le modalità di espressione dei poteri provvedimentali puntuali e che restituiscono in modo inequivocabile la dimensione di peculiarità che connota le fonti normative che promanano dalle autorità indipendenti, strette sovente in una dialettica nella quale il profilo di distinzione, rispetto alla normale attività di regolazione delle stesse, diventa difficile da cogliere, perché sfumati e poco percettibili appaiono

⁶ Cfr. R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale, legalità “procedurale” e funzione di regolazione*, in *Nomos*, n.1/2017, pp. 33-34: “il potere regolamentare delle autorità amministrative indipendenti si presenta infatti come un potere normativo qualitativamente differente da quello regolamentare del governo”. Sul punto l’A. riporta il pensiero di F. BILANCIA, *La crisi dell’ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, 2000, pp. 76ss., secondo cui le norme prodotte dalle autorità indipendenti sono “frutto di una mediazione non politica ma di una mediazione di interessi organizzati e che necessita di una sicura competenza tecnica nella fase elaborativa ed interpretativa”.

⁷ V. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi della Autorità amministrative indipendenti*, in *www.astrid-online.it*, 2009, p. 8.

⁸ *Ibidem*, p. 8.

⁹ In argomento si rinvia ampiamente a E. FREDIANI, *La produzione normativa nella sovranità “orizzontale”*, Pisa, 2010, pp. 331ss.. In senso fortemente critico, G. DE MINICO, *Indipendenza delle Autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all’esperienza comunitaria*, in *Osservatorio sulle fonti*, n.1/2012, p. 6. Sul ruolo della partecipazione nei procedimenti delle autorità amministrative indipendenti come strumento per ridurre l’asimmetria informativa che il soggetto pubblico sconta nei confronti dei soggetti regolati, M. CLARICH, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giurisdizionale*, in *I TAR*, 2002, pp. 163ss..

¹⁰ Per un approfondimento, M. PICCHI, *L’obbligo di motivazione delle leggi*, Milano 2011, pp. 202ss.; M. COCCONI, *Motivazione e qualità dei procedimenti di regolazione generali*, in *Il diritto dell’economia*, n.3-4/2011, p. 459; S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9/2010, p. 947, laddove si evidenzia peraltro come l’irrobustimento delle maglie della partecipazione, in questa materia, comporti rischi di “ossificazione dei programmi regolatori”, sulla base degli indirizzi già sviluppati nella dottrina statunitense e interna. Per la dottrina nostrana, in particolare, il rinvio è a : L. TORCHIA, *I modelli di procedimento amministrativo*, in ID. (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Padova, 1993, pp. 33 ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici essenziali*, Bologna, 2005, pp. 122 ss.; E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004; M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in *www.giustamm.it*, n. 12/2009, pp. 11 ss.. La medesima preoccupazione, con specifico riguardo al regolamento AEEGSI sulla partecipazione ai procedimenti di regolazione, è evidenziata da G.C. SPATTINI, *Regolazione, partecipazione e “contenzioso” nell’AEEGSI: quale democrazia per le autorità indipendenti?*, in *Munus*, n.3/2014, p. 381.

i tratti differenziali, sia in termini di modalità procedurali in concreto sperimentate, sia in termini di risultato finale dell'attività normativo-regolatoria.

Poste queste premesse, le brevi riflessioni che mi accingo a sviluppare partiranno dal generale per arrivare al particolare. Il piano generale riguarda, ovviamente, l'inquadramento della potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti alla luce degli indirizzi dottrinari e giurisprudenziali che si sono sviluppati sull'argomento e la tendenza all'espansione degli ambiti di espressione di siffatta potestà. Quello particolare concerne, invece, l'analisi di un osservatorio specifico, che riguarda il regolamento approvato dall'Autorità garante delle comunicazioni (Agcom) nel 2013 per disciplinare l'attività di prevenzione e repressione delle violazioni del diritto d'autore sulle piattaforme *on-line*¹¹ e il relativo contenzioso che si è sviluppato tra giurisprudenza amministrativa e costituzionale, il cui contenuto ha riguardato, ancora una volta, la necessità di individuare le fondamenta di un potere normativo dai tratti sfuggenti¹².

2. Le fondamenta della potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti. Profili ricostruttivi.

Il problema della legittimazione all'esercizio della potestà regolamentare da parte delle autorità amministrative indipendenti interessa da tempo gli studiosi del diritto pubblico, la cui curiosità trova principale ragione nella comune osservazione del già rilevato frequente ricorso all'uso della fonte regolamentare da parte delle autorità di garanzia. Tale ricorso, tuttavia, non sempre trova sponda in un espresso, o immediatamente riconoscibile richiamo legislativo ma, nonostante questo *deficit* sul piano del rispetto integrale del principio di legalità¹³, il regolamento appare, in ogni caso, come "il principale strumento attraverso cui le autorità possono soddisfare le esigenze sottese alla loro ragion d'essere"¹⁴.

Lo stato dell'arte, al riguardo, si è sviluppato lungo almeno due percorsi di ricerca degli elementi di legittimazione del potere regolamentare delle autorità indipendenti: il primo è quello, di rilievo generale e astratto, relativo alla legittimazione delle *authorities* all'uso dello strumento regolamentare; l'altro riguarda, invece, la ricerca di una traccia di legittimazione in concreto all'esercizio della riferita potestà, nel senso della individuazione di un'attribuzione diretta del potere in relazione ad un fine specifico di pubblico

¹¹ Per un approfondimento sui profili generali e applicativi, L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Il regolamento Agcom sul diritto d'autore*, Torino, 2014.

¹² M. MANETTI, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. I, Napoli, 2009, p. 191.

¹³ S. SANTOLI, *Principio di legalità e potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2003, p. 1785.

¹⁴ M. RENNA, *Le questioni di legittimità costituzionale del regolamento dell'Agcom sulla tutela del diritto d'autore on line*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, n.1/2014, pp. 111ss..

interesse, la cui tutela sia incardinata presso una specifica autorità. Il primo piano riguarda principalmente la fonte costituzionale e il profilo di armonia, con il dettato della Carta fondamentale, di ogni previsione di potestà regolamentare in capo alle autorità indipendenti¹⁵. Il secondo si snoda invece lungo sentieri diversi, con riscontri che interessano le norme del diritto europeo, quelle costituzionali interne e, infine, il sistema della legislazione primaria.

Tornando al piano generale, si è dunque trattato di superare ogni dubbio sulla legittimità costituzionale del potere regolamentare delle autorità di garanzia¹⁶, anche in considerazione della loro difficile “classificazione sistematica”¹⁷ e, in questa direzione, è stata fondamentale l’evidenziazione del carattere non esaustivo dell’attribuzione di potestà regolamentare a Stato e Regioni ai sensi del sesto comma dell’articolo 117 della Costituzione. La norma, infatti, viene comunemente intesa come norma di disciplina delle attribuzioni nella direzione Stato-Regioni, ma non tale da esaurire il catalogo dei soggetti che possano, in forza di legge, esercitare potestà regolamentare, in quanto, “nell’ambito della normazione secondaria vige nel nostro sistema positivo il principio della atipicità degli atti normativi, categoria aperta ad una serie di specie e di modelli stabiliti dalla legge”¹⁸.

Peraltro, lungi dal prefigurarsi ostacoli di ordine costituzionale all’esercizio della potestà normativa delle autorità, la stessa è stato sostenuto appaia piuttosto una “necessità”¹⁹ che discende da una pluralità di fattori rintracciabili nel tessuto costituzionale e, in particolare, in quei principi dai quali si deduce il riconoscimento “della specifica collocazione istituzionale delle autorità indipendenti”²⁰ quali soggetti cui è demandata una funzione di regolazione che postula “la predisposizione delle regole del gioco”²¹ e lungo una traccia per cui “la potestà regolamentare viene ad essere considerata come una sorta di prerogativa connaturata all’esistenza stessa delle autorità indipendenti”²².

Difficoltà maggiori riguardano invece il profilo della legittimazione puntuale all’uso dello strumento regolamentare da parte delle autorità indipendenti, ferma la necessità di un’attribuzione diretta di potestà normativa che, come già rilevato, non sempre appare di facile e immediato riscontro.

¹⁵ Sull’articolo 117, comma 6, della Costituzione “come fondamento degli «anomali» poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti”, G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, 2006, pp. 210ss..

¹⁶ In senso critico: F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *Il diritto dell’economia*, 2003, pp. 585 ss.; S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, cit..

¹⁷ G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Problematicità dei tratti caratterizzanti e prospettive di classificazione sistematica delle autorità indipendenti. Una sintesi ricognitiva*, in ID. (a cura di), *Le autorità indipendenti. Una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, Torino, 2002, pp. 272ss..

¹⁸ V. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi della Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 10.

¹⁹ R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative*, cit., p. 18.

²⁰ *Ibidem*, p. 17.

²¹ L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, p. 265.

²² M. RENNA, *Le questioni di legittimità costituzionale del regolamento dell’Agcom sulla tutela del diritto d’autore on line*, cit..

In quest'ottica, ad esempio, la risposta è stata talora cercata nella normazione europea e, specie per le autorità di “seconda generazione”²³, il fondamento del potere regolamentare si è sostenuto fosse rintracciabile in un'attribuzione diretta di potestà che arriverebbe dalle stesse fonti comunitarie²⁴, le quali, imponendo a soggetti amministrativi nazionali l'adozione di provvedimenti di regolazione di settori rilevanti per il diritto sovranazionale, per ciò solo riconoscerebbero a quei soggetti una potestà di intervento che non si esaurisca nell'adozione di provvedimenti puntuali, ma che si sostanzia in un'attività di conformazione di determinati settori, tale da non poter prescindere dalla spendita di potestà normativa, nella specie di tipo regolamentare²⁵. Si tratta, peraltro, di un sentiero ricostruttivo che trae elementi anche dall'osservazione del carattere eminentemente tecnico delle decisioni assunte dal soggetto amministrativo in sede regolamentare, carattere ricorrente nelle decisioni delle amministrazioni europee. Alla base, pertanto, ci sarebbe l'idea che l'opzione dell'ordinamento, nel momento in cui ha deciso di collocare determinate autorità al vertice di settori sensibili (vuoi perché aperti al mercato per effetto di processi di liberalizzazione; vuoi perché caratterizzati dalla necessità di tutelare interessi che postulano una condizione di neutralità del decisore pubblico), sia stata nel senso di affidare alle stesse la regolamentazione tecnico-neutrale di quei settori, costruendo, di rimando dalle previsioni del diritto europeo, un conferimento generale che trova il suo appiglio di base nella natura tecnica delle scelte di regolazione che le autorità sono chiamate ad assumere.

Nell'ambito del nostro ordinamento interno, in ogni caso, il problema di rintracciare una norma attributiva di potere viene sovente risolto attraverso il ricorso alla teoria dei poteri impliciti²⁶ e, pertanto, fondando la legittimazione all'esercizio della potestà regolamentare da parte delle autorità indipendenti a partire dalle finalità di interesse pubblico che la legge assegna a ciascuna di esse, dimodoché “pur in assenza di una specifica norma di legge che attribuisca ad una autorità indipendente il potere regolamentare, quest'ultimo possa essere legittimamente esercitato, in quanto tacitamente iscritto nella legge istitutiva dell'autorità medesima”²⁷. La teoria dei poteri impliciti troverebbe, infatti, in materia di potestà regolamentare delle autorità indipendenti, un terreno di elezione per saggiarne rilevanza e portata, in quanto la legge spesso risolve la sua dimensione prescrittiva nell'attribuzione alle *authorities* di competenze generali, connesse al raggiungimento di specifici obiettivi rimessi alla loro protezione,

²³ S. CASSESE, *Poteri indipendenti, stati, relazioni ultra statali*, in *Il Foro italiano*, 1996, V, pp. 7ss..

²⁴ F. MERUSI, *Le autorità indipendenti tra riformismo istituzionale ed autarchia comunitaria*, in F. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle autorità*, Bologna, 2001, p. 25.

²⁵ F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti*, cit..

²⁶ Per un approfondimento: N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, in *Quaderni costituzionali*, n.2/2006, p. 273; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, n.4/2007, p. 703.

²⁷ M. RENNA, *Le questioni di legittimità costituzionale del regolamento dell'Agcom sulla tutela del diritto d'autore* on line, cit..

nell'ambito di una tecnica che il legislatore sembra sperimentare “per varie ragioni, soprattutto rappresentate dal carattere indeterminato dei valori da tutelare (pluralismo, completezza di informazione, efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, risparmio, stabilità delle banche e delle compagnie di assicurazione ecc.) e, con riguardo specifico alle competenze di regolamentazione di settori tecnici, dal fatto che sono necessari interventi connotati da elasticità, alta competenza tecnica e specialistica”²⁸.

L'analisi complessiva della legislazione evidenzia infatti un quadro complessivo nel quale le autorità appaiono titolari di rilevanti attribuzioni di legge in punto di spendita di poteri normativi aventi efficacia nell'ordinamento generale, rispetto ai quali tuttavia “solo talvolta la legge stabilisce con precisione le modalità, i criteri e gli oggetti della regolamentazione”²⁹.

E' quanto accade in tutti quei casi in cui la normativa di legge individua dei “nudi elenchi”³⁰ corrispondenti a interessi e valori, i cui compiti di tutela sono demandati alle autorità di garanzia³¹. Il riferimento è, ad esempio, ai poteri d'intervento dell'AEEGSI (Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico), che la normativa primaria restituisce in termini di individuazione di obiettivi finali di tutela rispetto a beni e interessi, la cui concreta salvaguardia apre la strada all'esercizio di poteri regolamentari in ambiti dai confini non chiari. Il carattere sfumato di questi confini è, di conseguenza, alla base della prassi di alcune autorità che consiste nell'auto-espansione della propria potestà regolamentare lungo percorsi che non sempre appaiono rispettosi del principio di stretta legalità, ma che trovano conforto nei segmenti più ampi della giurisprudenza³². Del resto, è stato efficacemente osservato, “tantopiù il potere è attribuito in maniera generica, tanto maggiori sono le opzioni interpretative volte ad individuare campi di applicazione connessi e impliciti. Sicché il problema sta non tanto nel verificare la connessione e la «implicanza»

²⁸ G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., p. 710. Nel medesimo senso, M. BOMBARDELLI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *ius-publicum.com*, 2013, p. 15: “una disciplina legislativa dettagliata, infatti, da un lato determinerebbe il reinserimento nel circuito Parlamento - Governo di quei settori che invece l'istituzione delle autorità indipendenti vuole mantenere da esso separati, dall'altro lato dovrebbe comunque scontare la difficoltà dell'assemblea parlamentare a intervenire nel dettaglio su materie ad alto contenuto tecnico, per le quali è invece ritenuto preferibile ricorrere all'*expertise* tecnica delle autorità indipendenti”.

²⁹ V. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi della Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 6.

³⁰ L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, p. 444. In termini critici sul punto, G. DE MINICO, *Indipendenza delle Autorità o indipendenza dei regolamenti?*, cit., p. 5, laddove si rileva che la “presenza di leggi avere di indicazioni al potere secondario” determini la condizione per cui “il nostro regolamento è un ibrido, condivide con la legge la sua forza attiva, cioè la capacità di innovare l'ordinamento a livello primario, e con l'atto secondario la forma e il regime giuridico; un ibrido che costa al cittadino un abbassamento del livello di garanzie, non essendo il regolamento giustiziabile dinanzi alla Corte Costituzionale”.

³¹ F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, II ed., Torino, 2007, pp. 116 ss..

³² Per una puntuale ricognizione degli indirizzi giurisprudenziali in materia, si rinvia a R. TITOMANLIO, *Il potere normativo delle autorità amministrative indipendenti – report annuale 2013*, in *www.ius-publicum.com*, 2013.

dell'esercizio in concreto del potere in astratto attribuito, quanto la coerenza dell'attribuzione stessa di tale potere con il principio di legalità³³.

3. Il regolamento dell'Agcom per la tutela del diritto d'autore *on-line* tra giudice amministrativo e costituzionale

Le difficoltà fin qui descritte, in punto di delimitazione dei confini di azione del potere normativo delle autorità di regolazione, hanno trovato conferma nella dialettica che, negli ultimi anni, si è sviluppata tra le Corti (amministrativa e costituzionale) a valle dell'adozione, da parte dell'Agcom, del "Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica"³⁴.

La tutela del *copyright*, nelle intenzioni del regolatore, rappresenta un obiettivo da perseguire attraverso una pluralità di azioni, che dispieghino la propria efficacia sul duplice e connesso piano del sostegno allo sviluppo del mercato dei contenuti mediante campagne informative e della lotta alla pirateria professionale attraverso procedure di *enforcement* effettive, proporzionate e dissuasive che, pur tutelando il diritto d'autore, non comprimano gli altri diritti rilevanti.

In questo quadro, il principale meccanismo di tutela previsto dal Regolamento fa perno attorno a un procedimento amministrativo che si sviluppa presso l'Agcom e che origina da un'istanza con la quale il titolare di un diritto d'autore, che ritenga la propria opera digitale resa disponibile su una pagina internet in violazione della legge sul *copyright*, possa chiederne la rimozione (art.1, comma 1). Il procedimento istruttorio, che coinvolge prestatori di servizi e, ove rintracciabili, il soggetto che ha reso disponibile il contenuto sul web (cd. "*uploader*") e il gestore della pagina e del sito internet, si può concludere con l'archiviazione oppure, se è ritenuta sussistente la violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi, attraverso l'adozione di provvedimenti di ordine nei confronti dei prestatori di servizi. In questo caso il ventaglio dei provvedimenti è ampio e comprende la rimozione selettiva delle opere, la disabilitazione dell'accesso alle medesime ovvero, nelle ipotesi di maggiore gravità, la disabilitazione dell'accesso al sito (art. 8).

In disparte ogni considerazione sulla utilità dello strumento di tutela descritto dall'Autorità, il problema centrale, per quanto di nostro interesse, riguarda ovviamente la legittimazione all'uso della fonte regolamentare, da parte di Agcom, in relazione ai profili di tutela del diritto d'autore *on-line*. La materia, come già anticipato, è stata di recente oggetto dell'attenzione della giurisprudenza costituzionale, per

³³ G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., p. 711.

³⁴ Il regolamento è contenuto nell'allegato A alla deliberazione n. 680/13/CONS5 del 12 dicembre 2013.

effetto della questione di legittimità sollevata dal TAR del Lazio nel 2015. I dubbi di costituzionalità³⁵ del giudice *a quo*, tuttavia, non hanno riguardato la competenza a monte dell'Agcom a reprimere le violazioni del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica³⁶, quanto piuttosto alcune disposizioni sulla cui base è stata adottata la delibera recante il regolamento³⁷ che, nel ragionamento del TAR laziale, apparivano in contrasto con i 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 comma, 24 e 41 della Costituzione) e comunque non sostenute dalla 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 comma e seguenti, 24 e 25, primo comma, della Carta fondamentale³⁸.

³⁵ A sostegno della legittimità costituzionale del Regolamento in esame si veda M. BASSINI, *Enforcement del Diritto d'autore Online e tutela dei diritti "degli altri". Profili costituzionali del regolamento AGCOM*, in www.federalismi.it, 2014.

³⁶ Sul carattere contraddittorio della questione di costituzionalità sollevata dal TAR Lazio, si veda M. RENNA, *Le questioni di legittimità costituzionale del regolamento dell'Agcom sulla tutela del diritto d'autore on line*, cit.: "per poter coinvolgere la Consulta i giudici romani non hanno potuto che far leva sulla tecnica del controllo indiretto di costituzionalità dei regolamenti ... In altre parole, il rinvio alla Corte è stato possibile al prezzo di una traslazione dell'oggetto del sindacato, dal regolamento alle "leggi" di cui, in ipotesi, il regolamento dovrebbe essere attuazione. L'effetto collaterale di questa logica è piuttosto evidente: essa sottintende, infatti, una sorta di legittimazione implicita del regolamento. Il TAR, per poter "chiamare in proprio soccorso" la Corte ha dovuto rinunciare a rilevare la maggiore criticità del regolamento in questione, ossia la sua contrarietà al principio di legalità consacrato dall'articolo 23 della Carta costituzionale".

³⁷ Si tratta delle disposizioni contenute negli articoli 5, comma 1, 14, comma 3, 15, comma 2, e 16, comma 3, del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70 (Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico) e dell'articolo 32-*bis*, comma 3, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177 (Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici).

³⁸ Sul punto, le ordinanze di rimessione, sottolineano come l'art. 21 Cost., al primo e all'ultimo comma, ponga "una tutela generale del diritto di manifestazione del pensiero (oggi declinabile come diritto di informare ed essere informati), prevedendo una riserva di legge per la disciplina degli eventuali limiti; viceversa, ai commi secondo e seguenti, il medesimo art. 21 detta una speciale disciplina di garanzia per la «stampa», prevedendo 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. Pur ritenendo non estensibile la disciplina prevista per la «stampa» a tutti i prodotti digitali – in quanto ciò può avvenire solo in presenza dei requisiti espressamente previsti dalla legge 7 marzo 2001, n. 62 (Nuove norme sull'editoria e sui prodotti editoriali e modifiche alla legge 5 agosto 1981, n. 416), così come ha riconosciuto la giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenza n. 38 del 1961) e della Corte di cassazione (sentenze, terza sezione penale, 27 settembre 2007, n. 39354, 12 dicembre 2008 – 10 marzo 2009, n. 10535, e quinta sezione penale, 5 novembre 2013 – 5 marzo 2014, n. 10594) – ciò nondimeno il TAR ritiene che i commi secondo e seguenti dell'art. 21 Cost. siano dotati di un tale «grado di prescrittività» da comportare un «limite "intrinseco" alla discrezionalità del legislatore chiamato a riempire di contenuti la prevista riserva di legge» anche a fronte di mezzi di comunicazione non immaginabili al tempo in cui fu redatto il testo costituzionale. Pertanto, il legislatore non potrebbe assicurare garanzie minori, rispetto a quelle già previste per la «stampa» dai commi secondo e seguenti dell'art. 21 Cost., per il «mezzo di comunicazione internet», affiancandosi appunto alla «stampa» quanto al rilievo per l'esercizio delle libertà civili e della partecipazione politica e sociale".

Nel difetto di una sollecitazione in tal senso da parte del giudice remittente, l'assenza di una copertura normativa del potere regolamentare esercitato dall'Agcom per la tutela del *copyright* sulle opere digitali è stata in ogni caso rilevata, pur nell'impossibilità di rendere una decisione di merito, dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 247 del 2015³⁹. La Consulta, infatti, ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate dal TAR Lazio, perché caratterizzate da molteplici profili di contraddittorietà, ambiguità e oscurità nella formulazione della motivazione e del *petitum*. In particolare, il Giudice delle leggi ha evidenziato come le disposizioni censurate non attribuiscano espressamente ad Agcom un potere regolamentare in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, il quale viene piuttosto "desunto implicitamente e in via interpretativa dallo stesso rimettente, in base ad una lettura congiunta di tutte le disposizioni impugnate"⁴⁰. Eppure, rileva la Corte, "il contenuto di ciascuna delle previsioni impugnate è per alcuni aspetti più circoscritto e per altri eccedente rispetto all'oggetto del regolamento di Agcom. Sicché, considerato che la Corte giudica su norme, ma pronuncia su disposizioni (sentenza n. 94 del 1996), una decisione di accoglimento ... non avrebbe l'effetto auspicato dal giudice

³⁹ La decisione è commentata da A. GIANNELLI, *La tutela amministrativa del diritto d'autore on-line*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n.3/2016, p. 345.

⁴⁰ La sentenza passa in rassegna le disposizioni: "l'art. 5 del d.lgs. n. 70 del 2003 – di attuazione della direttiva 8 giugno 2000, n. 2000/31/CE (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno – "Direttiva sul commercio elettronico") – contiene una disposizione generale, recante i motivi per cui l'autorità giudiziaria o gli organi amministrativi di vigilanza possono porre limitazioni alla libera circolazione di servizi della società dell'informazione provenienti da altro Stato membro. I suddetti motivi includono ragioni di: a) ordine pubblico, per l'opera di prevenzione, investigazione, individuazione e perseguimento di reati, in particolare la tutela dei minori e la lotta contro l'incitamento all'odio razziale, sessuale, religioso o etnico, nonché contro la violazione della dignità umana; b) tutela della salute pubblica; c) pubblica sicurezza, compresa la salvaguardia della sicurezza e della difesa nazionale; d) tutela dei consumatori, ivi compresi gli investitori. Gli artt. 14, comma 3, 15, comma 2, e 16, comma 3, del medesimo d.lgs. n. 70 del 2003 si limitano a riprodurre i corrispondenti artt. 12, 13 e 14 della citata direttiva n. 2000/31/CE (cosiddetta "direttiva e-commerce"), a cui il decreto legislativo dà attuazione. Le tre menzionate disposizioni stabiliscono una clausola di esenzione dalla responsabilità di alcuni prestatori di servizi internet – rispettivamente quelli che offrono servizi di *mere conduit*, *caching* e *hosting* – per gli illeciti compiuti dagli utenti. L'esenzione dalla responsabilità è accompagnata da alcune condizioni e da una clausola di salvaguardia, che «lascia impregiudicata» la possibilità per gli Stati membri di attribuire all'autorità giudiziaria o a quella amministrativa poteri inibitori, da esercitarsi anche in via d'urgenza, nei confronti dei medesimi prestatori di servizi, al fine di impedire o porre fine a violazioni di diritti di terzi. Più precisamente, le citate disposizioni del d.lgs. n. 70 del 2003 prevedono, per ciascuna tipologia di *internet service providers* sopra indicati, che «l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza può esigere [...] che il prestatore [...] impedisca o ponga fine alle violazioni commesse». L'art. 32-*bis* del d.lgs. n. 177 del 2005, introdotto dal decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 44 (Attuazione della direttiva 2007/65/CE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive) prevede un potere regolamentare da esercitarsi allo scopo di rendere effettiva l'osservanza delle normative sul diritto d'autore da parte dei «fornitori di servizi di media audiovisivi» e con riferimento ai «servizi di media audiovisivi». Quest'ultima disposizione prevede, dunque, un potere regolamentare. L'ambito dei destinatari e del tipo di servizio copre, tuttavia, solo una parte delle situazioni disciplinate dal regolamento che viene in rilievo nel presente giudizio, il quale riguarda, invece, dal punto di vista soggettivo, anche i prestatori di servizi della società dell'informazione e i gestori di siti o pagine internet e, dal punto di vista oggettivo, tutti i servizi da essi offerti sulla rete di comunicazione elettronica".

rimettente, ma finirebbe per espungere dall'ordinamento disposizioni che riguardano, o aspetti sostanziali della disciplina delle comunicazioni elettroniche, o l'attribuzione ad Agcom di funzioni e poteri che non solo non sono in discussione, ma che devono essere attribuiti, conformemente a quanto previsto" dalla normativa europea.

La Corte, dunque, non prende posizione espressamente sulla questione del fondamento legislativo del potere regolamentare dell'Agcom nella materia in esame ma, incidentalmente, evidenzia come gli elementi di diritto positivo offerti dal TAR, nelle ordinanze di remissione, non siano idonei ad offrire prova dell'esistenza di una sicura copertura di legge⁴¹. Una posizione che ha imposto al giudice amministrativo di tornare sul punto, per meglio specificare e circostanziare il proprio lavoro di esegesi. Nuovamente investito della questione di merito, dopo la decisione della Corte Costituzionale, il TAR del Lazio, con la recente sentenza n. 04101 del 30 marzo 2017, si è infatti pronunciato in via definitiva nel senso della legittimità del Regolamento Agcom, muovendo proprio dalla necessaria riaffermazione della copertura normativa dello stesso.

Il giudice amministrativo individua l'ancoraggio normativo del potere regolamentare dell'Agcom, in tema di *copyright* sulle opere digitali, a partire dalla legge istitutiva dell'Autorità (legge 21 luglio 1997, n. 249) che le attribuisce specifiche competenze regolamentari lungo due direzioni che assumerebbero rilevanza nella dimensione di nostro interesse. Il richiamo è: in primo luogo, all'articolo 1, comma 6, lett. b, n. 3, laddove si stabilisce che, nell'ambito dell'attività di vigilanza sulle modalità di distribuzione dei servizi e dei prodotti, che spetta alla commissione per i servizi e i prodotti, quest'ultima "può emanare regolamenti, nel rispetto delle norme dell'Unione europea, per la disciplina delle relazioni tra gestori di reti fisse e mobili e operatori che svolgono attività di rivendita di servizi di telecomunicazioni"; in seconda battuta, al comma 6, lett. c, n. 2 che radica una competenza del consiglio dell'Autorità al fine di garantire "l'applicazione delle norme legislative sull'accesso ai mezzi e alle infrastrutture di comunicazione, anche attraverso la predisposizione di specifici regolamenti".

Individuate queste previsioni come fondamento basilare delle potere regolamentare nel caso di specie, il ragionamento del TAR laziale si perfeziona attraverso il rinvio ad altra disposizione del medesimo

⁴¹ A. GIANNELLI, *La tutela amministrativa del diritto d'autore* on-line, cit., p. 353: "le ordinanze di remissione hanno posto la Consulta di fronte ad una sorta di sciarada: a detta del TAR Lazio il regolamento non sarebbe privo di fondamento legislativo, e pur tuttavia tale fondamento legislativo sarebbe di dubbia legittimità costituzionale, in ragione della paventata violazione (proprio) della riserva di legge prevista dal comma 1 e dai commi 2 ss. dell'art. 21 della Carta Costituzionale ... Rispetto al tema del fondamento legale del potere regolamentare sembra palpabile l'imbarazzo della Consulta a fronte dei tentativi, promossi dal TAR Lazio, di colmare, mediante una complessa operazione di ricostruzione sistematica, una evidente situazione di carenza di potere. Ciò nondimeno tale imbarazzo pare confinato in una affermazione incidentale, sia pure connotata da toni fortemente critici nei confronti del giudice remittente".

contesto normativo (stavolta il richiamo è all'art. 1, comma 6, lett. b, n. 4-*bis*) laddove si affidano all'Autorità “i compiti attribuiti dall'articolo 182-*bis* della legge 22 aprile 1941, n. 633”, sul diritto d'autore. Si tratta della norma che attribuisce ad Agcom e Siae⁴² “nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge, al fine di prevenire ed accertare le violazioni della legge sul diritto di autore” specifici compiti di vigilanza che, negli intendimenti del giudice amministrativo, si estenderebbero anche al settore delle comunicazioni via internet per effetto di una lettura coordinata dello stesso art. 182-*bis* con alcune disposizioni contenute nel d.lgs. n. 70/2003. Ad assumere rilievo sarebbero infatti quelle previsioni (articoli 14, 15, 16 e 17 del decreto) che, nel disciplinare contenuti e limiti della 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*”), attribuiscono anche i poteri ordinatori⁴³ spettanti al riguardo alle competenti autorità (giudiziaria e amministrativa), lasciando emergere “la sussistenza in capo ad Agcom di compiti di regolamentazione e di vigilanza nel settore del diritto d'autore che possono anche consentirle di impedire l'accesso a determinati contenuti resi disponibili sulla rete internet per il tramite di un prestatore di servizi”.

Le argomentazioni sviluppate dal TAR Lazio in realtà non convincono, per una serie di ragioni. Non convince innanzitutto il riferimento, di carattere generale, alle competenze regolamentari che la legge istitutiva riconosce all'Autorità. Inadeguato appare, in primo luogo, il riferimento alla potestà regolamentare in punto di disciplina delle relazioni tra gestori di reti fisse e mobili e operatori che svolgono attività di rivendita di servizi di telecomunicazioni, ambito nel quale appare senza dubbio forzato farvi rientrare la tutela del diritto d'autore sulle opere digitali. La tutela del *copyright* può, infatti, coinvolgere le posizioni di gestori di reti e operatori di rivendita dei servizi ma non origina da una relazione che intercorra tra questi soggetti, almeno nel linguaggio impiegato dal legislatore. Quei soggetti possono essere protagonisti, a vario titolo, della vicenda di lesione del diritto d'autore, ma la stessa non è di certo riducibile a una relazione loro esclusiva. In secondo luogo, inconferente sembra il rinvio alla competenza normativa dell'Autorità ai fini di garanzia dell'applicazione delle norme legislative sull'accesso ai mezzi e alle infrastrutture di comunicazione. La nozione di “accesso”, in questa materia, presenta, infatti, una dimensione tecnica specifica, circostanziata dal diritto europeo e non estensibile fino a ricomprendervi le occasioni di violazione del *copyright*. Viene in rilievo, al riguardo, la Direttiva

⁴² Sulla concorrenza tra Agcom e Siae nella tutela del diritto d'autore sulle piattaforme digitali, M. RAMAJOLI, *Pluralità e coordinamento tra le istituzioni titolari di poteri di enforcement amministrativo del diritto d'autore*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, n.1/2014, pp. 88ss..

⁴³ Sul difetto di un “chiaro fondamento legislativo per i poteri amministrativi inibitori principali” esercitati in materia da Agcom, F. GOISIS, *Profili di legittimità nazionale e convenzionale europea della repressione in via amministrativa delle violazioni del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica: il problema dell'enforcement*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, n.1/2014, pp. 180ss..

2002/19/CE del 7 marzo 2002, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime, che accoglie una definizione larga della nozione di «accesso» ma, al contempo, limitata alle condizioni per consentire lo sfruttamento di una rete o infrastruttura sul piano tecnico e tecnologico⁴⁴.

Del resto, che le riferite disposizioni non fossero adeguate allo scopo era dato già chiaro alla stessa Agcom che, nella delibera n. 680 del 2013 recante l'approvazione del Regolamento per la salvaguardia del diritto d'autore *on-line*, non vi ha fatto alcun riferimento, ancorando, invece, la propria competenza normativa ad “un articolato complesso normativo”. L'Autorità, nella delibera, descrive infatti una legittimazione a formazione progressiva che muove dalla considerazione dell'articolo 182-*bis* della legge sul diritto d'autore, che assegna alla stessa Agcom e alla SIAE, nell'ambito delle rispettive competenze, funzioni di vigilanza intese a prevenire e ad accertare le violazioni che abbiano ad oggetto l'attività di riproduzione e duplicazione “con qualsiasi procedimento, su supporto audiovisivo, fonografico e qualsiasi altro supporto”, con opzione che non consente di “restringere ai soli supporti fisici, con esclusione di quelli digitali, lo spettro delle attribuzioni dell'Autorità”. Tale vigilanza come già rilevato, si connota poi di specifici poteri ordinatori che la Delibera riconduce agli articoli 14, 15, 16 e 17 del decreto legislativo n. 70 del 2003⁴⁵ contenente la normativa di attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa ai servizi della

⁴⁴ Cfr. art. 2: “per «accesso» si intende il fatto di rendere accessibili risorse e/o servizi ad un'altra impresa a determinate condizioni, su base esclusiva o non esclusiva, al fine di fornire servizi di comunicazione elettronica anche quando sono utilizzati per la prestazione di servizi della società dell'informazione o di servizi di radiodiffusione di contenuti. Il concetto comprende, tra l'altro, l'accesso agli elementi della rete e alle risorse correlate, che può comportare la connessione di apparecchiature con mezzi fissi o non fissi (ivi compreso, in particolare, l'accesso alla rete locale nonché alle risorse e ai servizi necessari per fornire servizi tramite la rete locale); l'accesso all'infrastruttura fisica, tra cui edifici, condotti e piloni; l'accesso ai pertinenti sistemi software, tra cui i sistemi di supporto operativo; l'accesso a sistemi informativi o banche dati per l'ordinazione preventiva, la fornitura, l'ordinazione, la manutenzione, le richieste di riparazione e la fatturazione; l'accesso ai servizi di traduzione del numero o a sistemi che svolgono funzioni analoghe; l'accesso alle reti fisse e mobili, in particolare per il roaming; l'accesso ai sistemi di accesso condizionato per i servizi di televisione digitale e l'accesso ai servizi di rete virtuale”.

⁴⁵ Critico sul punto M. RENNA, *Le questioni di legittimità costituzionale del regolamento dell'Agcom sulla tutela del diritto d'autore on line*, cit.: “altrettanto inidonei a fornire un adeguato fondamento legislativo per il potere regolamentare esercitato dall'Agcom risultano gli articoli 15 e 16 del d. lgs. n. 70/2003. Le norme in questione, di identico tenore, dispongono che l'autorità amministrativa “può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1 [si tratta delle attività di memorizzazione temporanea o di *hosting*], impedisca o ponga fine alle violazioni commesse”. Si potrebbe, dunque, *prima facie* ritenere che il regolamento abbia dato attuazione agli articoli 15 e 16, e dunque tragga da essi una sufficiente copertura legislativa. Questa ricostruzione, tuttavia, non pare persuasiva, per una serie di ragioni convergenti. Gli articoli 15 e 16, innanzitutto, non menzionano espressamente l'Agcom, ma si riferiscono ad una imprecisata “autorità amministrativa”. Inoltre, anche sotto il profilo oggettivo preme evidenziare come gli articoli 15 e 16 non disciplinino affatto i contenuti e le modalità di esercizio dei poteri di intervento esercitabili dalla (imprecisata) autorità amministrativa in caso di riscontrati illeciti. Questa indeterminatezza conferma la convinzione che la fonte regolamentare non fosse (e tuttora non sia) idonea a disciplinare l'esercizio di poteri incisivi come quelli di cui oggi, in base al testo normativo in esame, gode l'Agcom”.

società dell'informazione e che consentono alla Autorità di fondare la propria competenza regolamentare nella materia su di un sillogismo solo apparentemente lineare: "l'attribuzione all'Autorità del potere di ordinare ai prestatori di servizi della società dell'informazione di porre fine alle violazioni del diritto d'autore comporta, come inevitabile corollario, il conferimento alla stessa Autorità del compito di dettare le conseguenti disposizioni attuative, senza le quali il suddetto potere ordinatorio resterebbe privo delle garanzie necessarie per assicurare nell'ambito della procedura il rispetto del principio del contraddittorio". Questo articolato normativo viene, in ogni caso, riproposto anche dal TAR del Lazio nella riferita sentenza n. 04101 del 2017, senza completarlo peraltro con il sillogismo di cui sopra, ma ritenendolo sufficientemente robusto da radicare in capo ad Agcom "compiti di regolamentazione e di vigilanza nel settore del diritto d'autore che possano consentirle di impedire l'accesso a determinati contenuti resi disponibili sulla rete internet per il tramite di un prestatore di servizi".

4. Tutela del diritto d'autore e nuovi poteri impliciti. La difficoltà di delineare i confini di esercizio di un potere regolamentare dai tratti eccezionali

Il ragionamento portato avanti dall'Autorità delle comunicazioni restituisce nuova linfa al dibattito circa la possibilità di individuare competenze normative delle *authorities* sulla base dell'applicazione della teoria dei poteri impliciti. Applicazione che, peraltro, nel caso di specie, sembra portata alla sue estreme conseguenze. Come abbiamo visto, infatti, l'idea sostenuta dall'Autorità e avallata dal giudice amministrativo è stata nel senso di far discendere l'attribuzione della potestà regolamentare dal conferimento, esplicito nella normativa, di una funzione di vigilanza nel settore, in capo ad Agcom.

La forzatura di sistema, in particolare, è passata per l'enfaticizzazione del dettato dell'articolo 182-*bis* della legge sul diritto d'autore nel senso della dilatazione della funzione di vigilanza cui lo stesso fa riferimento "fino al punto da ricomprendervi attività di natura normativa"⁴⁶.

In disparte ogni considerazione, che pure meriterebbe un approfondimento, sulla circostanza che la disposizione richiamata imputi tale funzione di vigilanza non solo all'Autorità di garanzia quant'anche alla SIAE, la singolarità del caso in esame, rispetto ai tradizionali canoni applicativi della teoria dei poteri impliciti, riposa nel far derivare una competenza normativa non già dall'estensione degli spazi di una potestà regolamentare già espressamente riconosciuta, quanto dall'attribuzione di una funzione amministrativa conseguente alla possibilità di utilizzare poteri di vigilanza e ordinatori a tutela del *copyright*.

⁴⁶ G. MANFREDI, *Il controllo giudiziale degli atti amministrativi di enforcement*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2012, pp. 364-365.

I margini di anomalia rispetto alla tradizionale prassi ermeneutica dei poteri impliciti non si fermano però sulla soglia appena descritta. Il successo del ricorso alla teoria dei poteri impliciti, con riguardo all'attività di regolazione delle autorità amministrative indipendenti, viene, infatti, come già rilevato, sovente giustificato dalla giurisprudenza amministrativa alla luce dell'elevato tecnicismo che caratterizza determinati contesti e che giustificherebbe una dequotazione del principio di legalità in senso sostanziale, in quanto la predeterminazione rigorosa dell'esercizio delle funzioni amministrative comporterebbe un pregiudizio alla finalità pubblica per la quale il potere è attribuito. La descritta dequotazione rappresenta, in ogni caso, una prassi di eccezione che, come già accennato e come è noto, i giudici si preoccupano di contornare di adeguate cautele, che passano innanzitutto per il rafforzamento del principio di legalità in senso procedimentale: il quale si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di robuste forme di partecipazione degli operatori del settore nell'ambito dei procedimenti di formazione degli atti regolamentari⁴⁷.

Alla base dell'orientamento giurisprudenziale dominante sembra allora esserci l'idea che, in determinati settori, il legislatore debba cedere il passo al potere normativo delle autorità indipendenti come clausola di garanzia della funzionalità del sistema. Prende pertanto forma, in ragione dell'alto tasso di tecnicismo che presenta una determinata materia, una fattispecie di supplenza a carattere eccezionale dell'organo amministrativo rispetto al titolare della funzione legislativa e, come per tutte le eccezioni, la regola dovrebbe essere quella del ricorso *cum grano salis*, nell'ambito di un contesto di stretta adeguatezza e proporzionalità rispetto agli obiettivi da perseguire.

Profili che, in realtà, non appaiono riscontrabili nel caso che abbiamo analizzato, sia in punto di precondizioni, sia in punto di obiettivi finali. A mancare è, infatti, innanzitutto la premessa, ovvero la dimensione tecnica della normativa, trovandoci al cospetto di un regolamento che “non fa riferimento a nozioni che non possano essere agilmente comprese da un soggetto di media «cultura tecnologica», e che dunque, *a fortiori*, non possano essere oggetto di una adeguata disciplina di matrice legislativa”⁴⁸. Né più confortante è l'analisi che ruota intorno alla verifica del conseguimento dell'obiettivo finale che lo stesso regolamento contempla e assume a termine di fondazione della propria potestà normativa. Sul punto, torna d'attualità il già rilevato sillogismo con il quale l'Agcom giustificava l'intervento regolamentare alla luce del potere ordinatorio normativamente riconosciute per la tutela del diritto d'autore sulle opere digitali e, soprattutto, alla luce della necessità di plasmare una rete procedimentale idonea ad assicurare “il rispetto del principio del contraddittorio”.

⁴⁷ Consiglio di Stato, sez. VI, 24/05/2016, (ud. 19/01/2016, dep.24/05/2016), n. 218.

⁴⁸ M. RENNA, *Le questioni di legittimità costituzionale del regolamento dell'Agcom sulla tutela del diritto d'autore* on line, cit.; sulla rilevanza del contraddittorio orale nei procedimenti davanti alle autorità indipendenti, P. LAZZARA, *Partecipazione e contraddittorio nelle procedure istruttorie davanti all'autorità per l'energia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2002, p. 361.

L'ambizioso obiettivo appare però tradito dalla disciplina che il regolamento descrive. L'articolo 7 disegna, infatti, una sequenza procedimentale nella quale non è prevista nessuna finestra di contraddittorio orale⁴⁹ e lo spazio per la partecipazione dei soggetti a cui vengono contestate le violazioni del diritto d'autore è limitato alla mera possibilità di controdeduzioni cartacee, da rendersi peraltro nel termine stretto di cinque giorni a decorrere dalla ricezione della comunicazione di avvio del procedimento.

Sorprende, peraltro, che il dato dell'inadeguatezza della disciplina in funzione di garanzia del rispetto del principio del contraddittorio non sia stato rilevato dal TAR nell'ambito del riferito scrutinio di legittimità intorno al regolamento. Il giudice amministrativo, all'opposto, non solo dimentica di rilevare come quel principio fosse stato assunto dalla stessa Autorità a fondamento dell'intervento normativo, ma liquida ogni istanza ritenendo "improprio lamentare la violazione del principio del contraddittorio, che contraddistingue il processo o al più un procedimento amministrativo di natura contenziosa, mentre qui opera un procedimento di natura meramente amministrativa, caratterizzato dal meno pregnante principio della partecipazione procedimentale, che va ponderata con le eventuali ragioni d'urgenza".

Il ragionamento che sviluppa la sentenza tradisce, allora, l'obiettivo che la stessa Agcom si era autoattribuita (unitamente al potere regolamentare⁵⁰) e finisce per riconoscere alla disciplina ivi contenuta, almeno sul punto della stabilizzazione delle garanzie partecipative, una portata meramente riepilogativa di principi e regole della tradizionale azione amministrativa, che la miglior dottrina riconosce da tempo come applicabili all'attività delle *authorities*⁵¹. Se, peraltro, non sembrano esserci dubbi sull'applicabilità della disciplina sul procedimento all'attività delle amministrazioni indipendenti, la stessa comunanza di vedute non è dato riscontrare in ordine alla quantità e pervasività delle regole utilizzabili, così, se da un lato c'è chi sostiene che la legge sul procedimento non si estenda "meccanicamente alle Autorità, per le quali valgono solo i principi da essa dettati"⁵², dall'altro c'è chi afferma che, a causa della loro estraneità allo schema classico dell'amministrazione legittimata dall'indirizzo politico, alle stesse debbano "applicarsi, non i principi, generali desunti dalla legge sul procedimento amministrativo, bensì le regole

⁴⁹ Ancora M. RENNA, *Le questioni di legittimità costituzionale del regolamento dell'Agcom sulla tutela del diritto d'autore on line*, cit..

⁵⁰ Così G. DE MINICO, *Libertà e copyright nella Costituzione e nel diritto dell'Unione*, in *www.rivistaaic.it*, n.4/2013.

⁵¹ G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo della autorità indipendenti*, in ID., *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, 225, in quale rileva sarebbe "incongruo che la l. n. 241 del 1990, volta ad incentivare *quam maxime* le garanzie procedurali, proprio per controbilanciare la ridotta raffrontabilità tra l'attività amministrativa e la normativa, non trovasse applicazione proprio nei confronti di autorità le cui funzioni sono determinate per obiettivi o per valori, come tali quanto mai necessitanti di precisazioni concrete".

⁵² S. CASSESE, *Negoziato e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Torino, 1999, p. 38.

integrali del contraddittorio paritario del *giusto processo*⁵³. Una traccia, quest'ultima, che esprime la valenza totalizzante della regola del contraddittorio, quale strumento che trovi attuazione non solo quando è in gioco la spendita di poteri normativi da parte delle *authorities*, ma anche nell'ambito dell'esercizio delle funzioni di regolazione⁵⁴ e, come nel caso oggetto del nostro interesse, dei compiti di vigilanza, specie quando gli stessi contemplino l'uso di poteri d'ordine.

La parabola che ha interessato l'adozione del regolamento per la tutela del diritto d'autore sulle opere digitali, per concludere, è prova evidente del carattere peculiare della potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti. Quel carattere di peculiarità l'abbiamo evidenziato sin dall'inizio di queste brevi riflessioni, nel corso delle quali abbiamo anche capito come l'eccezionalità di questo potere postuli una dimensione di esercizio particolarmente rigorosa e attenta all'inverarsi di determinate condizioni. Il punto critico, al riguardo, sembra tuttavia risiedere nell'assenza di una rete normativa⁵⁵ che sia idonea a contenere quella dimensione di esercizio⁵⁶ e forse, da questo punto di vista, l'esempio offerto dall'articolo 17 della legge n. 400 del 1988, in punto di delimitazione dei confini di espressione della potestà regolamentare governativa, potrebbe rappresentare quantomeno un punto di partenza.

⁵³ F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto Amministrativo*, n.2/2002, p. 197, il quale rileva che il contraddittorio “non può essere eluso con regolamenti speciali *ad hoc* deliberati dalle stesse autorità, pena la illegittimità anche delle norme regolamentari elusive del contraddittorio”.

⁵⁴ La funzione regolatrice postula, dal lato dell'amministrazione, la neutralità rispetto agli interessi privati da regolare che, come già detto, trova nel contraddittorio, occasioni di affermazione. Dal canto suo, invece, il privato partecipa al procedimento non per rappresentare nuovi interessi, quanto piuttosto per “concorrere con l'amministrazione alla applicazione della norma nella singola fattispecie che lo riguarda” (G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio delle funzioni regolative*, Padova, 1993, pp. 272-273). Ne emerge allora un quadro nel quale il contraddittorio rappresenta “lo strumento più idoneo ai fini di un corretto svolgimento della funzione di mediazione tra gli interessi in gioco da parte dell'autorità laddove una mediazione sia necessaria e comunque nell'attuazione della norma in via generale o nella sua applicazione alla singola fattispecie” (S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, cit., pp. 186-187, laddove l'Autrice conclude che “il contraddittorio orale è un principio peculiare della funzione regolatrice operante nei diversi ambiti di attività anche a prescindere da espressa previsione”).

⁵⁵ Sul piano, più generale, della necessità di una “riforma organica delle autorità indipendenti”, G. NAPOLITANO, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n.3/2012, p. 229.

⁵⁶ R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative*, cit., p. 34, segnala anche il rischio di “un'ipertrofia normativa”, rischio solo in parte temperato dalla previsione dell'art. 23, co. 4, l. n. 262/2005 che impone una revisione triennale dei regolamenti delle autorità indipendenti.