

## LIBERTÀ E COPYRIGHT NELLA COSTITUZIONE E NEL DIRITTO DELL'UNIONE

1. Il potere regolamentare delle Autorità Indipendenti come prestazione di garanzia: un falso mito. – 2. L'incerta compatibilità costituzionale dei regolamenti delle A.I. – 3. I tentativi dottrinali di legittimare un potere al limite della legalità. – 4. I diritti a confronto nel regolamento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. – 4.1. Una misura regolativa costituzionalmente compatibile. – 4.2. Una misura regolativa coerente col diritto U.E. - 5. L'A.G.Com. dinanzi a un decreto di dubbia costituzionalità. – 6. Tornare alla riserva di giurisdizione. – 7. Una possibile riscrittura del regolamento sul copyright secondo Costituzione e diritto dell'Unione. – 8. La risposta: unicumque suum.

### 1. Il potere regolamentare delle Autorità Indipendenti come prestazione di garanzia: un falso mito

In questo lavoro ci confronteremo con tre interrogativi<sup>1</sup>.

Primo: le Autorità indipendenti sono "istanze di regolazione"<sup>2</sup> idonee a rendere una prestazione di garanzia? A esso risponderemo nel corso di questo paragrafo.

Secondo: il recentissimo regolamento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (d'ora in poi A.G.Com.) sul *copyright* detta una misura di equilibrio tra le libertà fondamentali dei cittadini-naviganti e il diritto allo sfruttamento dell'opera d'ingegno? Affronteremo tale interrogativo nel paragrafo 4.1.

Terzo, da porsi in caso di risposta negativa ai primi: a chi rivolgere il bisogno di protezione e quale compito affidare alle A.I.? A quest'ultima domanda dedicheremo le conclusioni.

Iniziamo con la prima questione. L'accostamento dell'attività di regolazione a una prestazione di garanzia<sup>3</sup>, cioè a un'attività diretta a evitare l'avveramento di un evento temuto, impone di individuare l'evento rischioso dal quale le A. ci dovrebbero proteggere. L'evento si propone in termini chiari nel caso di ordine giuridico privo di A.I.: in tale ipotesi, la scrittura delle regole sui diritti inviolabili rimarrebbe affidata al decisore politico di turno. Quindi, per ragionamento *a contrario*, le A. allontanano il rischio che le libertà - quindi non solo il diritto d'autore, oggetto di queste specifiche osservazioni, ma ogni diritto fondamentale affidato alle loro cure, dalla *privacy* al pluralismo informativo - siano nella disponibilità del comando politico di maggioranza.

Stante il pericolo da scongiurare, è lecito chiedersi se le regole sulla libertà dettate dalle Autorità non costituiscano un danno più grave dell'evento temuto da evitare.

---

\* Associato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi "Federico II" di Napoli — [giovanna.deminico@unina.it](mailto:giovanna.deminico@unina.it)

<sup>1</sup> Sul tema della funzione regolamentare delle Autorità indipendenti sia consentito il rinvio ai precedenti lavori di chi scrive, *Regola. Comando e consenso* (Giappichelli, 2005) e, da ultimo, *Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in *Scritti in onore di Valerio Onida* (Giuffrè, 2011), anche per le indicazioni bibliografiche, nazionali e stranieri. A queste riflessioni si aggiunge qui l'analisi - dai paragrafi da 4 a 8 - del recentissimo regolamento dell'A.G.Com. sul diritto d'autore *on line* (12/12/2013), in specie per i profili di compatibilità con la Costituzione e col diritto dell'Unione europea.

<sup>2</sup> C. TEITGEN-COLLY, *Les instances de régulation et la Constitution*, in *Rev. Dr. Pubbl.*, 1990, pp. 172 ss., l'Autore merita di essere ricordato come una delle prime voci a valorizzare la dimensione regolativa delle A., anche se correttezza scientifica impone di riconoscere il ruolo all'epoca svolto dal *Conseil d'Etat* (Id., *Études et documents*, 1982-85, voll. 34-36) e dal *Conseil Constitutionnel* nel delimitare statuto e compiti delle A., in principio generosamente concessi loro dal Legislatore.

<sup>3</sup> Si deve al G. FERRARI, *Gli organi ausiliari*, Milano, 1956, 270-273, l'individuazione degli elementi costitutivi dell'attività di cui discuto nel testo. Questo studio, risalente nel tempo, rimane un insostituibile punto di partenza di questo percorso di ricerca.

Per rispondere alla domanda è preliminare ragionare intorno alla natura di queste regole<sup>4</sup>. Disegnate astrattamente dalle Autorità per definire il conflitto tra valori antitetici<sup>5</sup>, si risolvono in modelli di condotta ripetibili in avvenire, i quali, al di fuori di un mero omaggio verbale al dogma della massima coesistenza degli opposti, comportano non di rado la piena soddisfazione del valore reputato prevalente a spese di quello antagonista. In altri termini, le A. in questo bilanciamento di interessi si comportano non diversamente da come farebbe il decisore politico. Come quest'ultimo, infatti, dispongono i beni secondo un ordine gerarchico, scelgono le condizioni, la tempistica e le modalità di protezione più opportune dei valori stessi; e, non diversamente da un *policy-maker*, capita che spostino l'ago della bilancia sensibilmente a vantaggio del bene reputato prioritario, con il sacrificio ingiustificato dell'altro. Nulla ci assicura dunque che la loro azione regolativa introduca nell'ordinamento una misura di composizione del conflitto equilibrata, anche se questo era proprio il risultato che ci era stato promesso con la creazione delle A.<sup>6</sup>

È evidente da quanto detto che l'A. nel mediare tra gli opposti non si limiti a un mero accertamento tecnico; infatti, il fattore tecnico interessa solo una fase del processo decisionale, quella della rilevazione del dato, che, una volta acquisito, va letto, interpretato e aggregato secondo un parametro valoriale che l'A. si costruisce da sé, stante il divieto per mandato istituzionale di attingere alle indicazioni del decisore politico<sup>7</sup>.

Un esempio, tratto dal recentissimo regolamento sul *copyright*,<sup>8</sup> al quale è dedicata la riflessione successiva, chiarirà il confine tra tecnica e politica.

In questa materia l'A. deve scegliere tra il diritto dell'autore dell'opera di ingegno a difendere le sue ragioni economiche e quello del titolare di una pagina web a diffondere il pensiero, ancorché raccolto in violazione della disciplina sul *copyright*. E in questo contrasto tra interessi antagonisti, un gigante, il secondo valore; un nano, il primo – valutazione giustificata dalla loro diversa dignità costituzionale – la tecnica non ha alcun titolo per intervenire almeno fin quando l'A. non abbia definito l'ordine delle priorità: difendere il diritto di battere cassa o quello alla libera circolazione delle idee; il mercato delle merci o quello delle idee? In questa scelta tra valori l'A. è stata lasciata sola dal legislatore, che non le ha suggerito alcuna indicazione in proposito. E così il favore dell'A. è andato al primo bene, anche se in base al dettato legislativo nulla in principio le avrebbe impedito di optare per il secondo.

Discorso a parte meriterebbe il profilo sanzionatorio di questo illecito sul web, alla cui repressione l'A. potrà provvedere ora ordinando la pulizia coatta dei siti, ora la disabilitazione dell'accesso, e, solo in caso di inosservanza degli ordini, l'A. potrà comminare le pene pecuniarie. Queste sanzioni sono la trasposizione sul piano della coercizione giuridica di un atto di volontà puro, incondizionato perché vincolato solo all'ideologia e alla sensibilità culturale di chi ha deciso. Ma cos'è la sensibilità culturale e l'ideologia, se non il riferirsi a un bagaglio valoriale, non consegnato nella norma primaria, ma autodisegnato dall'A. nel momento in cui si trova a dovere comporre il conflitto?

---

<sup>4</sup> Consapevoli dell'esistenza di una bibliografia sterminata anche solo in tema di potestà regolatoria, si riportano solo alcune delle voci in argomento: R. TITOMANLIO, *Il potere normativo delle autorità indipendenti. Report annuale – 2013 - Italia* (maggio 2013); Id., *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2012; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994; Id., *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.* Treccani, IV, Roma, 1997; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.* Treccani, IV, Roma, 1995; F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, Passigli, 1997; Id., *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, I, Firenze, Passigli, 1997; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005; G. Grasso, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica italiana*, Giuffrè, Milano, 2006; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Giappichelli, Torino, 2002; P. ROSSI, *Le Autorità di regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2005; 54 ss.; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2007.

<sup>5</sup> M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., 197.

<sup>6</sup> L'iniziale entusiasmo della dottrina francese (per tutti, L. COHEN-TANUGI, *La métamorphose de la démocratie*, Odile Jacob, 1989, cap. III) si è, infatti, progressivamente raffreddato col venir meno della prestazione regolativa di equilibrio (J. CHEVALLIER, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés*, in *Just. et écon.*, 1995, 83).

<sup>7</sup> G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, 4ª ed., Padova, 2001, 151, dove l'Autore assume la necessità come nuovo fattore legittimante l'impulso alla norma "L'origine di queste fonti tende perciò ad essere sempre meno politica, sempre meno legittimata attraverso le dinamiche dei pubblici poteri tradizionali. Assistiamo ad una sorta di rovesciamento di prospettiva o di inversione di marcia: le fonti ora dette non discendono dall'alto del potere statale, ma derivano dall'esperienza si legittimano sulla scorta di un tipo nuovo di necessità di formazione".

<sup>8</sup> Regolamento "in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n.70", emesso a conclusione della consultazione pubblica, indetta con Delibera n. 452/13/ CONS, <http://www.agcom.it/default.aspx?DocID=12173>, 12 dicembre 2013.

Spostiamoci ora sul piano delle scelte politiche in senso proprio, quelle rimesse ai partiti, i quali, se in condizione di determinare l'indirizzo di maggioranza, assumono da ciascun partner della coalizione una frazione dei rispettivi ideali per tratteggiare un progetto politico comune in cui ritrovare una parte di sé.

Anche l'Autorità, come i soggetti politici, definisce il suo patrimonio valoriale. Ma notiamo due differenze significative. La prima: l'A. non persegue un progetto di bene comune onnicomprensivo, cioè destinato a coprire ogni aspetto della vita dei consociati, perché mira a finalità parziali: curare i soli interessi inerenti al settore specifico affidato al suo mandato. La seconda: l'A. non rinuncia a una parte dei suoi valori per effetto del negoziato con altri decidenti, perché è una *policy maker* solitaria e quindi protegge tutti e solo i beni a lei affidati, il che accentua la responsabilità della sua scelta, in quanto isolata, impermeabilizzata, in una parola, sottratta al confronto con le volontà diverse dalla propria.

Nel caso in esame si osserverà l'A.G.Com. intenta a selezionare tra le possibili condotte degli operatori di Internet quelle passibili di punizione in quanto da lei giudicate lesive della proprietà intellettuale, bene promosso dalla stessa a super valore meritevole di protezione privilegiata. Quindi, ancora l'A., espresso il giudizio di disvalore sul comportamento soggettivo in ragione del parametro valutativo da lei prima disegnato, deciderà in astratto ed *erga omnes* quali sanzioni irrogare una volta accertata la commissione dell'illecito. E qui la sua preferenza andrà a quelle repressive, la pulizia dei siti e la disabilitazione dell'accesso, a discapito delle pene pecuniarie. Queste ultime, invece, se fossero state opportunamente graduate nell'entità, si sarebbero rivelate un rimedio intimidatorio nei confronti dei futuri illeciti comparativamente più efficace della forza scarsamente *pro-activa* della rimozione coatta del materiale pirata.

L'intero processo prima descritto, dalla selezione della condotta punibile all'individuazione delle sanzioni più appropriate, ricorda l'azione del legislatore quando disegna una fattispecie illecita, la quale risulta in una condotta antiggiuridica e nella conseguente reazione punitiva repressiva o preventiva. Tale percorso decisivo rivela un'indubbia natura politica nel rimandare a una scelta libera nel fine, qualora manchi – come nel caso - il preventivo orientamento *ex lege*<sup>9</sup>.

Quanto detto chiarisce anche in quale momento il processo decisionale possa giovare dell'apporto tecnico. Quando la scelta si sarà perfezionata, solo allora la tecnica potrà intervenire per definire in che modo darle esecuzione<sup>10</sup>. Come rimuovere il materiale illecito? Quali modalità adottare per rendere inaccessibile all'utente il sito pirata? La risposta sarà suggerita dalle cognizioni tecniche dettate da criteri obiettivi e relativamente univoci. In questa fase non sarà più in discussione se pulire il sito oppure no, priorità già definita irrinunciabile, bensì come rendere tale rimozione concretamente operante. E il tecnicismo di questa fase implementativa nulla toglie alla natura politica di quella antecedente, in cui l'A. ha deciso la regola della "rimozione selettiva". Ne sia prova la seguente considerazione: se si fosse assunto un diverso punto di vista, ad esempio la difesa del pluralismo ideologico in rete, probabilmente si sarebbe pervenuti a una misura regolativa opposta a quella adottata in coerenza con il parametro iniziale. Con ciò si vuole ribadire che quando la regola si basa su parametri di non sicura acquisizione, l'esito dipende dal suo autore, per cui se mutasse quest'ultimo niente ci assicurerebbe l'invariabilità delle precedenti conclusioni; anzi sarebbero plausibili esiti regolativi antitetici a quelli disegnati dal primo decisore<sup>11</sup>.

Quindi, l'A. mette in campo tutto lo strumentario classico del *policy maker*: seleziona obiettivi, gradua mezzi, valuta opportunità, sceglie tempi, soppesa sanzioni, in assoluta libertà di azione. In questo trascorre-

<sup>9</sup> Sui complicati intrecci tra tecnica e politica si vedano almeno: C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spolitizzazioni*, in ID., *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, 168-83; G. GUARINO, *Tecnici e politici nello Stato contemporaneo*, in ID., *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, I serie, Milano, 1962, 3 ss. e N. IRTI- E SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001.

<sup>10</sup> La tecnica può anche intervenire in sede di accertamento degli elementi costitutivi di una condotta sottoposta a un giudizio a effetti diffusi. È il caso, ad esempio, della valutazione dell'Antitrust sugli impegni vincolanti (ex art. 14-ter L. 287/90). Qui la fattispecie presenta due varianti rispetto al modello del potere regolativo "puro" di cui nel testo. La prima riguarda il momento di incidenza della tecnica, che interessa – abbiamo detto - l'accertamento degli elementi di fatto della fattispecie, oggetto della valutazione correttiva. La seconda riguarda il profilo formale del potere dell'Antitrust, che in sede di approvazione degli impegni vincolanti apparentemente decide il singolo caso con un concreto provvedimento, ma, nel dettare al trasgressore regole comportamentali o strutturali per l'avvenire orienta il mercato, da forma all'offerta o alla domanda in una prospettiva futura e valevole *erga omnes*. Siamo dinanzi a un provvedimento che surrettiziamente rimanda a un astratto disporre, in quanto non si limita a far tornare il mercato così come era prima che l'illecito fosse commesso, ma, promuovendo condotte virtuose, spinge la dinamica competitiva verso l'alto. *Contra* questa ricostruzione si consulti: F. CINTIOLI, *Concorrenza, Istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, 81, che predilige un'interpretazione letterale della norma in esame, basando il suo ragionamento sull'omogeneità funzionale con il potere sanzionatorio. Invece, dalle conclusioni dell'Avvocato Generale J. Kokott (C 441/07 P., in part. par.71) viene fuori un disegno del potere conformativo coincidente con la dimensione pseudo-regolativa da noi qui suggerita perché l'autorità sarebbe chiamata "ad adottare una decisione di carattere prognostico, nella quale occorre stimare come si configurerà il futuro svolgimento del mercato tenuto conto degli impegni".

<sup>11</sup> L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, Milano, 1986, in part. ult. cap.

re tra fini, tempi e mezzi ritroviamo i connotati propri della funzione di indirizzo politico, fatta eccezione per due deviazioni dal modello costituzionale tipico. La prima riguarda gli attori: il raccordo Corpo elettorale-Parlamento-Governo è qui sostituito da un soggetto estraneo per genesi e *status* al circuito politico rappresentativo, benché ammesso a compiti *lato sensu* politici. La seconda interessa il profilo funzionale: l'assegnazione del potere normativo alle A.I. non esaurisce il loro mandato, perché il primo si completa nel verificare la conformità delle condotte dei regolati con le regole prima dettate. In sintesi, le Autorità provvedono ad applicare al caso concreto il diritto oggettivo da loro stesse creato, sintetizzando così nelle proprie mani una funzione che è a un tempo regolativa, esecutiva e giudicante. Un sostanziale superamento, in settori di particolare rilievo e delicatezza, del principio di separazione dei poteri che le moderne democrazie tendono invece, ad affermare, a tutela di un corretto equilibrio istituzionale.

Nel nostro ordinamento costituzionale, tale superamento va ben oltre il raccordo legislativo-esecutivo attraverso il rapporto fiduciario che è tipico della forma di governo parlamentare, spingendosi a toccare la funzione in via esclusiva assegnata nella Carta fondamentale all'autonomia e indipendenza della magistratura.

## 2. L'incerta compatibilità costituzionale dei regolamenti delle A.I.

La coincidenza dei ruoli, legislatore primario e regolatore secondario, in un unico soggetto è stata resa possibile dall'inerzia del legislatore, che si è limitato a istituire le A., senza dettare in prima battuta un principio ancorché minimo di disciplina sostanziale della materia; il suo silenzio è equivalso negli effetti a una delega tacita alle A. di un ulteriore compito: disegnare *ex novo* la regola dell'equilibrata coesistenza tra i valori antagonisti, affidati alle loro cure.

Pertanto, tutte le norme attributive di poteri alle A.I. si collocano su di un piano non distante dalle "norme in bianco sulla competenza"<sup>12</sup>, perché si esauriscono nel mero conferimento della potestà regolativa, disposizione questa, che, nel caso oggetto delle mie riflessioni, la funzione normativa sul *copyright*, mancherebbe addirittura.

a) Non si può condividere la pur allettante tesi autorevolmente sostenuta<sup>13</sup>, secondo la quale la funzione regolamentare non necessiterebbe di una norma *ad hoc*, bastando a tal fine il previo conferimento al Governo di una più generale attribuzione di competenza amministrativa in dati settori. Ora tale competenza se pur basta a giustificare l'esercizio delle relative funzioni amministrative, non sarebbe però sufficiente a fondare la titolarità del potere normativo<sup>14</sup>, che nel suo astratto e generale disporre rivela la sua natura regolativa<sup>15</sup>, come tale, distante dal concreto provvedere, proprio della funzione amministrativa. Neppure il ricorso ai poteri impliciti<sup>16</sup> consentirebbe di dedurre da un conferimento tacito e generico un'attribuzione espressa

<sup>12</sup> Così chi scrive in *Regole. Comando e consenso*, Torino, 2005, 51 ss.

<sup>13</sup> La tesi, risalente nel tempo, si deve a F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. III, Milano, 1901, 147 ss., secondo l'Autore il potere regolamentare trovava il suo radicamento nell'attribuzione di poteri discrezionali, che in tal modo venivano autoregolati. Tale impostazione fu ripresa e sviluppata con originalità di esiti da E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, *passim*.

<sup>14</sup> Quanto detto in termini generali nel testo si deve distinguere dal caso del regolamento indipendente, per il quale peraltro secondo una parte della dottrina (G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, n. 2, 1995, pp. 275 ss.) occorrerebbe quantomeno il rispetto del principio di legalità formale, cioè un conferimento puntuale ed espresso *ex lege* quanto a oggetto e titolo; mentre secondo altra si potrebbe addirittura dubitare della sua costituzionalità, assumendo come assorbente il principio di legalità sostanziale, cioè la conformazione *ex lege* del potere regolamentare indipendente, che ovviamente non ricorrerebbe rispetto a questa categoria (L. CARLASSARE, *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIX, Milano, 1988, pp. 626 ss.).

<sup>15</sup> G. ZANOBINI, *Sul fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Arc. Giur. F. Serafini*, 1922, 21-22, chiari che la natura normativa della funzione regolamentare serviva a distinguere tale funzione dalla conseguente attività di amministrazione e, al tempo stesso, richiedeva per sé un conferimento puntuale, non bastando a tal fine la mera attribuzione di potestà discrezionale alla medesima autorità. Tale tesi è stata poi ripresa con ricchezza di argomentazioni da L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, pp. 187 ss. Mentre per E. Cheli, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, cit., 434-437 ss., la funzione regolamentare è acquisibile all'attività di alta amministrazione almeno quanto al profilo formale (cioè al regime giuridico dell'atto), rimanendo invece impregiudicata la sua natura sostanzialmente normativa.

<sup>16</sup> Tra le tante voci, si consulti: P. PANTALONE, *Poteri impliciti delle Authorities e "torsioni" del principio di legalità*, in *astridonline.it*, 2012; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. Amm.*, 2007, 703-777; E. BRUTI LIBERATI, *Gli interventi diretti a limitare il potere di mercato degli operatori e il problema dei poteri impliciti dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in E. BRUTI LIBERATI - F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, 165-166. Dissente dalla teoria dei poteri impliciti G. Morbidelli, intervenuto nuovamente (*Poteri impliciti delle autorità indipendenti e principi di legalità e buon andamento*, *Relazione* al Convegno "Le autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei

e puntuale, non potendosi ritenere soddisfatto il principio di legalità formale dal richiamo alla ricordata tesi dei poteri impliciti, la quale anzi lo svuoterebbe di contenuto.

Può altresì giovare la considerazione che la funzione amministrativa, in quanto subordinata a quella normativa secondaria, rinviene in quest'ultima il suo parametro di legittimità. Ora, se la funzione amministrativa è per genesi e per collocazione istituzionale derivabile da quella normativa, come si potrebbe desumere dalla prima il titolo legittimante la seconda? In altri termini, possiamo accettare che il più contenga il meno, non anche l'inverso.

b) Ma a nostro avviso, il maggiore *vulnus* alla compatibilità costituzionale procurato da un siffatto potere regolativo non risiede tanto nell'incertezza del suo titolo attributivo, che forse un giurista abile potrebbe anche ricostruire in via interpretativa nel potere dell'A.G.Com. sul *copyright*, quanto nella mancata conformazione di tale potere.

Il legislatore può certo assegnare una potestà normativa a un soggetto estraneo al circuito politico-legislativo, come nel caso dell'autorità indipendente. Ma non può a quel soggetto conferire un potere in bianco, e dovrà pertanto disegnarne in anticipo il contenuto, le condizioni per l'esercizio, i limiti. Contenere la scrittura della regola secondaria in un quadro precisamente definito dalla legge lascia a quest'ultima la politica intrinseca della scelta. Invece, nel caso delle A.I. la funzione normativa secondaria recupera un'impropria dignità politica perché abilitata a operare al di fuori del perimetro della legalità sostanziale, interamente rimessa all'autonomia valutativa del soggetto cui la funzione normativa stessa viene attribuita. Si pone quindi la domanda se il conferimento di un potere in bianco sia compatibile con l'assetto costituzionale vigente, in specie per i due diversi profili della gerarchia delle fonti e della riserva di legge.

c) In base al primo dei due principi richiamati, la legge, come atto formalmente e sostanzialmente primario, accetta solo un regolamento necessariamente secondario. Ciò comporta che l'incapacità del regolamento a innovare l'ordinamento a livello primario debba essere non meramente potenziale, ma attuale. Ne segue che il legislatore debba per primo porre una disciplina che ponga limiti e vincoli che l'atto secondario è chiamato a osservare. Diversamente, come può il regolamento essere ancora un atto secondario, se non c'è stato un atto primario che lo abbia preceduto, non solo attribuendo il potere, ma anche ponendo limiti di contenuto? Sarebbe, questa, una secondarietà solo virtuale, mentre la gerarchia delle fonti chiede una secondarietà attuale, perché la scelta politica deve essere adottata dal legislatore in via originaria e trasfusa nel dettato legislativo, residuando invece all'atto secondario il solo compito di portarla a compimento ed eseguirla<sup>17</sup>.

Siamo quindi dinanzi a regolamenti che di secondario hanno solo la forma, perché nella sostanza sono in grado di innovare in via originaria e iniziale la materia. Tale secondarietà potrebbe eventualmente manifestarsi in un momento successivo, quando il regolamento fosse costretto a retrocedere dinanzi a un legislatore riattivatosi sull'oggetto prima da lui ignorato. Ma questa secondarietà solo potenziale è in rapporto di esclusione reciproca col principio di gerarchia delle fonti, nel senso che la prima nega la vigenza del secondo, ne consegue che nessuna misura di compatibilità potrà esservi. L'alternativa è la seguente: o cancelliamo il principio di gerarchia dal novero dei valori costituzionalmente vincolanti o cancelliamo i regolamenti solo apparentemente secondari delle Autorità. Una terza via non è data.

d) L'incompatibilità ora argomentata trova conferma anche guardando alla riserva di legge, sia essa considerata come assoluta o relativa.

Se si assume la riserva come assoluta, essa è concettualmente incompatibile con un potere normativo sostanzialmente primario, in cui il regolamento diventa legge di se stesso.

Anche a voler assumere la riserva come relativa, rimangono come condizioni minime un principio di disciplina immediatamente precettiva posta in prima battuta dal legislatore, e puntuali criteri orientativi della futura normazione secondaria. Condizioni che la nuda attribuzione del potere da parte del legislatore non sembra aver assolto<sup>18</sup>. La riserva, come criterio di distribuzione del lavoro tra fonti di diverso grado, impone che il discorso normativo sia avviato in sede primaria, e solo completato in quella secondaria<sup>19</sup>.

---

mercati" - Roma, Consiglio di Stato, 28 febbraio 2013, in part. 24-26, ora in [http://www.astrid-online.it/Riforma-de3/Interventi/G-Morbidelli-Poteri-impliciti\\_-1\\_agosto-2013.pdf](http://www.astrid-online.it/Riforma-de3/Interventi/G-Morbidelli-Poteri-impliciti_-1_agosto-2013.pdf) in antitesi all'idea di C. CELONE (*La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012). Secondo il Celone il potere regolatorio, non espressamente assegnato, sarebbe attribuibile alla funzione di vigilanza, conferita all'Autorità sui contratti pubblici, in quanto la seconda concorrerebbe a conseguire le finalità del primo. L'autore omette però di dimostrare l'assunto della sua tesi, cioè l'identità di natura tra le due funzioni, identità questa, puntualmente contestata dalla Corte costituzionale (sent. n. 300/2003).

<sup>17</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. I sistema delle fonti del diritto*, vol. I., rist. agg., Torno, 1990, pp. 51, 154 e 208.

<sup>18</sup> Il sito <http://www.punto-informatico.it/punto/20120314/Parere%20Onida.PDF> riferisce a V. ONIDA (*Parere in tema di misure per contrastare la c.d. pirateria informatica*, Milano, 27 ottobre 2011) quanto segue: «Va premesso che in materia di limiti e restrizioni

In presenza di leggi a maglie tanto larghe continuare a dire che il regolamento attui la legge, significa giudicare la realtà per ciò che non è. Il regolamento qui considerato appare un ibrido: condivide sostanzialmente con la legge la sua forza attiva, cioè la capacità di innovare l'ordinamento a livello primario, e formalmente con l'atto secondario il regime giuridico. Un ibrido questo, che il cittadino paga in termini di indebolimento del sistema delle garanzie, sia procedimentali che processuali; si pensi infatti, all'attenuata visibilità dei processi normativi secondari rispetto alla piena trasparenza dell'iter legislativo, nonché alla non giustiziabilità dinanzi alla Corte Costituzionale del regolamento, diversamente da quanto previsto per l'atto normativo primario.

e) Questo modo di essere del potere regolamentare delle A. rovescia anche il principio che all'esercizio di un potere politico debba corrispondere l'assunzione della relativa responsabilità. Il nostro ordinamento, nell'articolo 1, affermando il principio di democraticità, dice appunto, tra le altre cose, che la responsabilità politica è contrappeso necessario del potere politico. Ma le Autorità rimangono geneticamente estranee al circuito politico-rappresentativo, e dunque non trovano una misura compensativa nell'assunzione di una responsabilità politica. La conseguenza dovrebbe essere: niente responsabilità, niente prerogative politiche. Invece, la corrispondenza biunivoca viene meno, e si concede alle A. un'ingiustificata immunità da responsabilità politiche mentre al tempo stesso le si immette nel gioco delle opzioni politiche. Si è davanti a una rottura dei corretti equilibri disegnati in Costituzione.

Quindi, il divorzio tra forma e sostanza del potere regolamentare pone un interrogativo: quale titolo legittima le A.I., creature estranee al circuito politico-rappresentativo, alle decisioni intrinsecamente politiche?

### 3. I tentativi dottrinali di legittimare un potere al limite della legalità

La dottrina ha inteso giustificare il conferimento di una potestà normativa sostanzialmente primaria con molteplici e raffinati argomenti<sup>20</sup>.

a) Alcuni studiosi<sup>21</sup> hanno risolto il problema in radice, negando la natura politica di tali atti, data l'incidenza del fattore tecnico, che declasserebbe la valutazione libera nel fine a un mero accertamento secondo un parametro certo, di sicura acquisizione, unicamente affidabile a un soggetto tecnicamente attrezzato a svolgerlo. Ma il mito salvifico della tecnica, se richiamato per desumerne di più di quanto esso stesso sia in grado di dare, non pare accettabile: nella situazione in esame di tecnico c'è solo l'osservazione del dato o al più la fase implementativa della decisione. Ma il momento costitutivo-volitivo della decisione medesima rimane prerogativa attraibile all'attività libera nei fini. Quindi, per le ragioni esposte prima la tecnica non può assicurare il titolo giustificativo di una decisione, che non si è esaurita in un accertamento tecnico.

b) Una seconda tesi<sup>22</sup> assume la partecipazione al procedimento come titolo sostitutivo del difetto di legittimazione rappresentativa delle A. Il ragionamento è il seguente: data la trasparenza decisionale delle A., cioè un *rule-making* poroso al contributo dei regolati, la prima può essere considerata equivalente alla rappresentanza politica, che dunque perderebbe la sua unicità quale fonte di derivazione della legittimazio-

---

alle libertà, e dunque anche della libertà di diffusione del pensiero [...] vale certamente il principio costituzionale della riserva di legge, per cui occorre una base legislativa che sorregga gli interventi limitativi e repressivi. Tuttavia la riserva di legge non è sempre di tipo "assoluto" tale cioè da escludere totalmente la possibilità di interventi di fonti subordinate alla legge, ma è spesso "relativa", nel senso che è soddisfatta quando sussista una sufficiente base di legge che può essere integrata e specificata da fonti subordinate» (a p. 27).

<sup>19</sup> S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002, 245-249, dove l'Autrice ripercorre con rigore le varie ipotesi dottrinali per giustificare il superamento della riserva di legge, quale, ad esempio, l'indipendenza genetica delle A.I., attribuito peraltro ancora tutto da verificare, come surrogato della divisione del lavoro disposta dalla riserva. La Nicodemo conclude però per l'insufficienza di questa *factio iuris*, ribadendo la necessità che anche i regolamenti delle A.I. rispettino quanto la riserva impone.

<sup>20</sup> Per un'esposizione più distesa sia delle tesi ricordate nel testo che delle obiezioni alle stesse ci sia consentito il rinvio a: *Regole. Comando e consenso*, cit., cap. II.

<sup>21</sup> La tesi, risalente nel tempo, si deve, solo per ricordare alcune delle voci, a: C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1988, pp. 549 ss.; N. LONGOBARDI, *Le "amministrazioni indipendenti": profili introduttivi*, in *Scritti per M. Nigro*, vol. II, Milano, 1991, pp. 174 ss.; L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova 1992, 441 ss. e G. VESPERINI, *La Consob e L'informazione del mercato mobiliare*, Padova, 1993, *passim*. Questi Autori, a parte la variabilità del loro pensiero scientifico, si incontrano sul terreno comune del diniego di qualsivoglia spessore politico alla *regulation* delle A.

<sup>22</sup> M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit.; ID., *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, Roma, (agg.), IV, 1997, p. 9; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996, 252 ss.; A. VALASTRO, *Le autorità indipendenti in cerca di interlocutore*, Napoli, 2008, 72; da ultimo e M. FOGLIA, *I poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti*, in *Quad. Cost.*, 2, 2008, 559 ss.

ne. Questa equazione non si sottrae all'obiezione di assumere come intercambiabili grandezze che tali non sono: la rappresentanza di interessi e quella politica.

Invero, l'equivalenza tra le due grandezze si mostra discutibile per diverse ragioni. Si ricorda qui, data l'estraneità del tema alla presente trattazione, solo quella genetica: la rappresentanza politica trova le sue radici nella selezione dei rappresentanti in virtù di un rapporto di consonanza con i rappresentati, che abilita i primi a ideare un progetto politico che guardi alla persona nella sua interezza, e quindi alla generalità dei suoi interessi e bisogni. La rappresentanza di interessi, introdotta dai soggetti esponenziali nei processi regolativi<sup>23</sup>, sottopone all'attenzione del decidente unicamente una frazione dei bisogni collettivi<sup>24</sup>, un segmento dei valori, quelli propri dei soli soggetti di riferimento, affinché l'autore ne possa tenere conto nella determinazione finale. Si può dire che la rappresentanza di interessi sta alla rappresentanza politica come la parte al tutto. E se i due termini del confronto non sono sovrapponibili, la rappresentanza politica non può trasferire per osmosi alla rappresentanza di interessi la legittimazione sua propria.

Ne potrebbe conseguirsi esito diverso anche assumendo in via ipotetica che il *rule-making* delle A. fosse aperto a una partecipazione diffusa, equivalente, consapevole, tempestiva e giustiziabile - attributi, questi al momento difficilmente rinvenibili in fatto e in diritto<sup>25</sup>. Tale partecipazione accrescerebbe, infatti, l'efficienza e la democraticità dell'azione dell'autorità, ma non ne consoliderebbe di per sé la legittimazione a decidere per il *common good*.

In conclusione, si può escludere che la rappresentanza di interessi sia un canale alternativo al modello desumibile dall'articolo 1 della Costituzione.

c) Un'altra tesi mutua invece le ragioni della legittimazione dall'ordinamento comunitario<sup>26</sup>, che attribuirebbe alle A. italiane il potere regolamentare su date materie. Si pone pertanto la domanda se il diritto comunitario possa introdurre diritto oggettivo in contrasto con la Costituzione. Una risposta positiva presupporrebbe una prevalenza assoluta dell'ordinamento comunitario, esito questo, invece contraddetto dal costante insegnamento della nostra Corte costituzionale<sup>27</sup>, che ha da sempre sostenuto la regola della preferenza relativa, cioè subordinata all'osservanza dei principi fondamentali interni. Tra questi figura senza dubbio quello di democraticità, nel quale, variabilità di significati a parte, si riscontra quanto meno la riconduzione della funzione di indirizzo politico al circuito Corpo elettorale-Parlamento-Governo.

---

<sup>23</sup> U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, Firenze, 2010, pp. 40-42; Id., *Il cammino accidentato di un principio costituzionale: quaranta anni di pratiche partecipative in Italia*, 2011 in <http://www.rivistaaic.it/articolorivista/il-cammino-accidentato-di-un-principio-costituzionale-quaranta-anni-di-pratiche>.

<sup>24</sup> A. MASUCCI, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa: alcuni "punti fermi" per una loro integrazione*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, Firenze, 2010, 361; R. B. STEWART, *The reformation of american administrative law*, in *Harv. L. Rev.*, 88, 1975, 1761. Contra: M. BEVIR, *Democratic Governance: Systems and Radical Perspectives*, in *Publ. Adm. Rev.*, 66, 3, 2006, 427-429.

<sup>25</sup> Non è questa la sede per una ragionata critica all'opaco procedimento regolatorio delle A., ci sia solo consentito il rinvio al lavoro, *Regole. Comando e consenso*, cit., in part. cap. II, 56-95. Nonostante lo studio risalga al 2005 i rilievi al difetto di *standing*, di circolarità informativa, di opacità partecipativa, di assenza di motivazione ragionata e di pericolo della cattura da parte dei regolati *well structured and founded*, vizi questi propri del modello americano del *notice and comment*, sono tuttora opponibili benché trascorsi dieci anni. In conclusione, le A. non sono state all'altezza del compito: disegnare un *rule-making* in grado di promuovere la partecipazione a dignità di diritto. Ne è risultata una partecipazione declassata ad aspettativa di mero fatto, rimessa alla graziosa concessione dell'Autorità decidente.

M. AVVISATI, *Verso il regolamento sul copyright: un percorso accidentato*, in P. CARETTI - M. C. GRISOLIA (a cura di), *Osservatorio delle fonti*, 3/2013, <http://www.osservatoriosullefonti.it/>, dove l'Autrice coglie i non pochi limiti del *rule-making* osservato dall'A.G.Com. nell'emanazione del regolamento in esame.

<sup>26</sup> Tra i molti con diversità di argomentazioni: F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2002, 26-27 e A. VALASTRO, *Le autorità indipendenti in cerca di interlocutore*, Napoli, 2008, 72. Da ultimo, vedi anche C.d.S. Commissione speciale del 10 Febbraio 2011, *Parere della Sez. II*, n. 5365/11 (in materia di diritti di uso delle frequenze). Da ultimo, P. DE PASQUALE, *Diritto dell'unione europea e procedimenti davanti alle autorità indipendenti: i principi*, in *Dir. Un. Eur.*, 1, 2013, 73.

<sup>27</sup> Corte Cost., sentt. 183/1973 e 232/1989. In dottrina sulla teoria dei "contro limiti" si vedano: F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali: effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei contro limiti*, Giappichelli, Torino, 2012, *passim*; A. RUGGERI, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlimiti" mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, 01.03.2011, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, reperibile all'URL: [http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Ruggeri\\_0.pdf](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Ruggeri_0.pdf); M. BALBONI, *Rapporti tra diritto interno e dell'Unione europea: verso un superamento della c.d. teoria dei contro limiti?* in L. S. ROSSI - E. BARONCINI (a cura di), *Rapporti tra ordinamenti e diritti dei singoli: studi degli allievi in onore di Paolo Mengozzi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2010; A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti comunitari*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, 734 ss.; A. BARONE, *La tutela dei controlimiti fra principi e suggestioni*, 2007, in <http://www.europeanrights.eu>; S. GAMBINO, *La Carta e le Corti Costituzionali. «Controlimiti» E «protezione equivalente»*, in *Pol. Dir.*, 2006, 437; U. VILLANI, *I controlimiti nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in <http://www.europeanrights.eu>.

Se, dunque, il diritto comunitario incontra un limite insuperabile nell'art. 1 Cost., il ricorso a esso non servirà a introdurre un canale di legittimazione della decisione politica alternativo rispetto a quello politico-rappresentativo, e tale da spezzare il nesso inscindibile con la responsabilità.

Quindi, sembra corretto concludere che il diritto comunitario non ci possa obbligare a una *broad delegation* in contrasto con la Costituzione: sarebbe un'imposizione illegittima, che, come tale, non costituirebbe un valido titolo di legittimazione.

d) Infine, neanche il più recente argomento comunitario sembra convincere del tutto. Il diritto comunitario conosce molte autorità indipendenti o agenzie, addirittura risalenti agli anni '50, al notissimo caso *Meroni*<sup>28</sup>. Quali poteri hanno le *European Independent Authorities*? Dispongono forse di potestà politiche? Già con l'accordo interistituzionale del 2005<sup>29</sup> la Commissione avvertì il bisogno di chiarire cosa fosse precluso a queste autorità: decisioni implicantì valutazioni discrezionali o scelte tra opzioni politiche contrastanti. Anni dopo, la linea europea sull'ambito competenziale delle A. trova conferma nei due pacchetti Direttive, 2009 e 2010. Il primo, quello sulle comunicazioni elettroniche, crea l'autorità dei regolatori europei delle TLC, c.d. BEREC, negandole però il potere di dettare conclusivamente la regolamentazione<sup>30</sup>. Infatti, in sede di riscrittura dei rimedi asimmetrici proposti dalle singole autorità nazionali, la parola ultima e definitiva spetterà alla Commissione, non anche al BEREC. Più precisamente, competerà alla Commissione su parere obbligatorio del BEREC, riformulare l'atto. Eppure, il legislatore europeo avrebbe avuto l'occasione di invertire il rapporto Commissione-BEREC: sarebbe bastato seguire la tesi di chi sosteneva un BEREC come soggetto codecidente con la Commissione<sup>31</sup>. Ma tra i due modelli, BEREC codecidente e BEREC ancillare, ausiliare di campo, nel 2009 si scelse il secondo.

Nel 2010 limitatamente ai settori della vigilanza bancaria, assicurativa e finanziaria si istituiscono nuove Autorità, cui si assegnano veri e propri poteri regolamentari<sup>32</sup>. Ma un'osservazione più attenta rivela che l'esercizio di quei poteri ha un'ampiezza variabile, determinata dal se e come la Commissione abbia esercitato il potere di indirizzo ad essa attribuito<sup>33</sup>. In conclusione sul punto la lettura del titolo attributivo del potere è intrinsecamente variabile, perché l'individuazione in concreto dell'autore delle nuove regole dipenderà da come la Commissione avrà risolto l'alternativa in merito al suo ruolo: abdicare a favore delle Autorità, o mantenere stretta nelle proprie mani la chiave del rubinetto regolatorio?

Quanto argomentato pone un interrogativo: per quale motivo ciò che è illegittimo per l'ordinamento europeo in applicazione di un principio di *institutional balance* dovrebbe diventare legittimo quando imposto al nostro ordinamento? L'esperienza europea offre un solido sostegno alla tesi - all'inverso di quanto alcuni da essa vorrebbero trarre - secondo la quale le Autorità non sarebbero abilitate a compiti normativi sostanzialmente primari.

e) Un'ultima strada è stata percorsa da chi<sup>34</sup> ritiene che l'inserimento in Costituzione delle A.I. nel testo costituzionale attraverso il procedimento di revisione dell'art. 138 potrebbe ammettere le stesse ad assumere decisioni in luogo del legislatore. A questa posizione si può opporre una critica analoga a quella pri-

<sup>28</sup> Corte di Giustizia, *Meroni v. High Authority*, causa 9/56, 13 giugno 1958, [1957-1958] in *ECR* 133.

<sup>29</sup> Commissione Europea, *Progetto di accordo interistituzionale relativo all'inquadramento delle agenzie europee*, COM (2005) 59 Def.

<sup>30</sup> Regolamento (CE) n. 1211/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009, in *G.U.C.E L.* 337/1, 18.12.2009, e la Direttiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009, in part. art. 7., in *G.U.C.E L.* 337/37, 18.12.2009.

<sup>31</sup> Parlamento Europeo, *Progetto di relazione sulla proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che "istituisce un'Autorità europea del mercato delle comunicazioni elettroniche" 2007/0249 (COD)*, reso il 17.4.2008, in part. l'emend. 4 alla proposta di Reg., Cons. 12., in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-404.717+01+DOC+PDF+V0//IT&language=IT>.

<sup>32</sup> Regolamento (CE) n. 1093/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010 che istituisce l'Autorità bancaria europea, in *GUCE* n. L 331/12 del 15.12.2010. Regolamento (CE) n. 1094/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010 che istituisce l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali, in *GUCE* n. L 331/48 del 15.12.2010. Regolamento (CE) n. 1095/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010 che istituisce l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati, in *GUCE* n. L. 331 del 15/12/2010. Regolamento (CE) n. 1092/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010 relativo alla vigilanza macroprudenziale del sistema finanziario nell'Unione europea e che istituisce il Comitato europeo per il rischio sistemico, in *GUCE* n. L 331/1 del 15.12.2010.

<sup>33</sup> Per tutti si veda l'art. 10 del Reg. 1093/2010, cit. sopra, che istituisce l'Autorità bancaria europea. Una lettura opposta alla mia perché basata esclusivamente sul dato formale si deve a V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI- A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna, 2011, 91-98.

<sup>34</sup> S. STAMMATI, *Le autorità di garanzia e di vigilanza*, in S. Panunzio (a cura di), *I costituzionalisti e le riforme*, Milano, 1998, 343 ss. e S. NICCOLAI, *Le Autorità indipendenti nel progetto di revisione costituzionale*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Le Autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, 1999, 215.



ma ricordata in ordine al ruolo riservato alla tecnica. Si utilizza, infatti, uno strumento – l'art. 138 – per giungere a un risultato che lo stesso non è in grado di procurare. Invero, l'art. 138 consente solo quelle modifiche che lascino invariata l'architettura di fondo dell'ordinamento costituzionale. Ora, se fosse possibile attraverso l'art. 138 attribuire alle A. un potere primario, questo indebolirebbe la tenuta del principio democratico, creando un canale di legittimazione alternativo e sostitutivo del circuito costituzionalmente abilitato di cui si è parlato prima. Assumendo, come sembra corretto, la tesi dei limiti impliciti al potere di cui all'art. 138 Cost., non saremmo dinanzi a una mera revisione, bensì all'introduzione di un ordine costituzionale inedito e peraltro illegittimo, se valutato in base al parametro di legittimità rappresentato dall'ordine preesistente da modificare. Non si mostra quindi condivisibile la posizione favorevole alla portata sanante dell'art. 138. D'altronde, l'ipotesi di inserire le A.I. nel testo costituzionale lascia aperta l'ulteriore questione del come disegnare la norma di previsione. Questione che si pose, infatti, nella Bicamerale D'Alema<sup>35</sup> e fu risolta a favore di una disciplina costituzionale minimale e integrabile dal legislatore futuro anche quanto allo statuto delle A. Soluzione, questa, difficilmente idonea a fugare i dubbi fin qui evidenziati. Una norma costituzionale di revisione dovrebbe invece, quanto al conferimento di una funzione normativa sostanzialmente primaria, prendere posizione in negativo: vietandone l'attribuzione e ancor più la riserva alle Autorità. Il divieto espresso servirebbe a evitare che il legislatore ordinario continui a interpretare il silenzio del costituente in termini di tacito assenso alla *broad delegation* alle A. I., che peraltro già una lettura di sistema consente di escludere, in parallelo – come si è già ricordato – con gli orientamenti affermatasi nel diritto europeo. Da ultimo, anche la Commissione per le riforme costituzionali rivolge attenzione al problema, meritevole peraltro, di ulteriori approfondimenti anche su profili essenziali<sup>36</sup>.

#### 4. I diritti a confronto nel regolamento A.G.Com.

Il regolamento A.G.Com. tocca almeno tre distinte situazioni soggettive: il diritto dei naviganti di avere libero accesso ai siti<sup>37</sup>, situazione soggettiva prodromica all'esercizio del diritto di essere informati o a quello di comunicare tra soggetti determinati; il diritto del titolare di una pagina web a diffondere i contenuti ivi caricati; il diritto dell'autore dell'opera di ingegno al suo sfruttamento economico.

Esaminiamo quindi come l'Autorità si sia orientata in questa non facile mediazione tra opposte libertà, le quali non condividono la medesima natura: infatti, le prime due sono acquisibili al catalogo dei diritti fondamentali; la terza è accostabile piuttosto al diritto di iniziativa economica. Tale eterogenea identità deve essere tenuta presente nel valutare la compatibilità costituzionale della regola di coesistenza come disegnata dall'A. nel suo regolamento.

##### 4.1. Una misura regolativa costituzionalmente compatibile.

Dedichiamoci ora alla seconda domanda posta in apertura: il regolamento sul copyright protegge le libertà fondamentali della persona?

La disciplina del diritto d'autore *on line* disegnata dall'A.G.Com è stata ultimata di recente<sup>38</sup>, preceduta da tentativi non andati a buon fine<sup>39</sup>. Nell'ambito di questi ultimi si sono svolti momenti vivaci di consul-

<sup>35</sup> A.C. n. 3931-A e A.S. n. 2583-A, XIII Leg., Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, recante "Progetto di legge costituzionale. Revisione della parte seconda della Costituzione" (4 novembre 1997) l'art. 109, in <http://www.camera.it/parlam/bicam/rifcost/dossier/aindice.htm>

<sup>36</sup> Commissione per le riforme costituzionali, *Relazione al Presidente del Consiglio dei Ministri*, Roma, 17 settembre 2013, in <http://riformecostituzionali.gov.it/documenti-della-commissione/relazione-finale.html>, la relazione non tiene in debito conto la figura in esame, salvo che negli approfondimenti allegati alla medesima, in particolare in quello di M. Chiti: "La circostanza che molte delle Autorità traggono la loro disciplina dal diritto dell'UE non significa che debbano rimanere estranee al disegno costituzionale, perché, applicando coerentemente tale assunto, in Costituzione rimarrebbe altrimenti ben poco; tanta è l'influenza europea sull'intero assetto ordinamento, anche costituzionale".

<sup>37</sup> Sulla natura, tutt'altro che pacifica, del diritto di accesso alla rete sia consentito il rinvio alle nostre riflessioni, nonché ai riferimenti di dottrina in: *Internet. Regola e anarchia*, cit., in particolare il cap. IV.

<sup>38</sup> *Delibera N. 680/13/CONS*, Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, del 12 dicembre 2013, in <http://www.agcom.it/default.aspx?DocID=12228>.

<sup>39</sup> Il primo risale alla *Delibera n. 668/10/CON*, del 17 dicembre 2010, recante "Lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica", pubblicata sul Supplemento ordinario n. 3 alla *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* del 3 gennaio 2011, n. 1.

tazione pubblica, anche se le principali obiezioni dei regolati non hanno ricevuto adeguata attenzione<sup>40</sup>, lo prova l'attuale regolamento, passato quasi indenne tra i fuochi incrociati dei partecipanti rimasti di fatto inscoltati.

Il regolamento va dunque letto in ragione del parametro rappresentato dal modello astratto di potere regolativo dell'A.I. prima descritto: il disegno ipotetico di funzione normativa secondaria costituzionalmente compatibile. Sarà così possibile verificare se e come gli imperativi costituzionali prima esposti, sintetizzabili nell'esistenza di un puntuale perimetro di legalità idoneo a fondare e conformare la funzione normativa secondaria, siano stati rispettati oppure no.

a) Quanto all'esistenza di una norma di legge da esibire come titolo attributivo specifico del potere normativo secondario, questa non sembra rinvenibile nel D.lgs. n. 44/2010<sup>41</sup>, atto del resto essenzialmente volto al recepimento della Direttiva 2007/65/ CE, e dunque preordinato a ben altri fini di politica regolativa. E inoltre ricordiamo che per le ragioni esposte sopra non sembrano bastare conferimenti generici o implicitamente contenuti nell'attribuzione di funzioni amministrative, di cui pur l'A. dispone.

Quindi, in questo caso, dinanzi a un potere normativo privo della sua norma sulla produzione giuridica, il comportamento dell'A.G.Com. è sotto un profilo sostanziale non lontano da un'autoassunzione di potere, come tale incompatibile col principio di legalità formale, che quantomeno esige il previo conferimento di una potestà pubblica *ex lege*. Questa incertezza sul titolo fondativo traspare altresì nell'oscillante individuazione del titolo stesso. Infatti, la prima bozza di regolamento – quella al 2010 – lo indicava nel D.lgs. n. 44/2010; mentre l'attuale versione, pur vertendo sulla medesima materia, rinvia al D.lgs. n. 70/2003<sup>42</sup>. La precedente Consiliatura dell'Autorità sia era infatti resa conto che il terreno fosse scivoloso al punto che preferì interrompere piuttosto che ultimare l'azione regolativa avviata in virtù di un'incerta attribuzione *ex lege* del relativo potere.

Se inequivocabilmente mancasse la norma sulla produzione giuridica, gli atti dell'A. si dovrebbero considerare addirittura nulli per carenza assoluta di potere, con conseguenze in termini di regime giuridico e di certezza del diritto. Per evitare tale esito il giurista potrà anche cercare nell'antica legge sul diritto di autore quanto occorre per dare all'A. la norma sulla produzione giuridica. La stessa A. ha tentato di percorrere questa via. Ma si tratta di un difficile esercizio ermeneutico, che lascia comunque incerto il fondamento dei poteri dell'A. In questa sede lo assumiamo come ausilio utile solo al fine di poter proseguire nell'esame della coerenza del regolamento col dettato costituzionale. Se, infatti, concludessimo per l'inesistenza del titolo, ogni altra considerazione rimarrebbe assorbita nel primo e pregiudiziale vizio di illegittimità del regolamento.

b) Incontriamo poi l'ulteriore imperativo costituzionale della riserva di legge in materia di libertà. Anche laddove si configuri come relativa, si può la stessa considerare osservata dal regolamento?

È corretto ritenere che in principio la riserva, anche nella minima accezione, imponga un inderogabile ordine di intervento tra legge e regolamento. La norma secondaria di alta amministrazione deve sopravvivere rispetto al quadro di riferimento dettato dalla norma primaria, in forza del suo essere una decisione politica. Il regolamento in esame, invece, riunisce in un unico atto la decisione politica con quella di alta amministrazione, facendo da legge di se stesso e dissolvendo la distinzione voluta dalla riserva nell'imputazione soggettiva e nella conseguente responsabilità.

Questa illegittima sovrapposizione è in parte addebitabile all'A., ma la prevalente responsabilità ricade sul legislatore, che col D.lgs. 44/2010 non ha scritto una compiuta disciplina di sistema sul *copyright* in Internet, ma ha piuttosto forgiato una rete a maglie tanto larghe da far scivolare nella competenza dell'A. ogni questione sostanziale sul *copyright*.

Il fatto però che sia stato il legislatore a non assolvere al suo compito, assecondato da un'Autorità disponibile a occupare il vuoto di potere da lui lasciato, non rende conforme a Costituzione una sequenza di atti normativi che vede il legislatore silente, laddove avrebbe dovuto disporre prima del titolare del potere

---

Il secondo alla *Delibera n. 398/11/CONS*, del 6 luglio 2011, recante "Consultazione pubblica sullo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica", in *G.U.*, del 15 luglio 2011, n. 163.

<sup>40</sup> Sono reperibili i soli interventi dei consultati riferibili alla prima delibera, quella del 17 dicembre 2011, <http://www.agcom.it/default.aspx?DocID=6595>. Al momento in cui si scrive non sono stati ancora pubblicati i contributi né della seconda consultazione, né tantomeno della terza, quest'ultima sarebbe utile leggere in modo da valutare se e in che misura l'A. abbia tenuto conto degli apporti dei consultati, come pur dichiara di aver fatto nel suo regolamento.

<sup>41</sup> 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 dell'attività televisive, in *G.U.*, 29. 3. 2010, S.O. n.73.

<sup>42</sup> Decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, recante "Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno", in *G.U.* 14.04.2003 S. O. n. 61.

regolamentare. Nel silenzio del legislatore, l'A. ha dato a se stessa indicazioni di principio, che ha poi tradotto in una disciplina specifica e precettiva del rapporto tra il titolare del *copyright* e i soggetti antagonisti, siti web, fornitori di contenuti audiovisivi e *Internet service provider* (da ora ISP).

Non è certo la prima volta che a un decisore politico inerte si contrappone un'Autorità iperattiva. Ma avvertiamo qui una novità. Finora, tra il Parlamento e le Autorità vigeva la tacita regola che in presenza di un legislatore avaro di indicazioni, le Autorità si impegnavano almeno a rispettare le poche prescrizioni imposte loro dalla fonte primaria. Assistiamo invece a quel che può considerarsi un superamento dell'ambito compe-tenziale disegnato dalla legge.

L'Autorità, infatti, disciplina anche uno spazio che non le era stato assegnato, e che poteva anzi ritenersi a lei precluso dal D.lgs. 44/10 (art. 6). In questa parte il regolamento si mostra inosservante del principio di gerarchia delle fonti, imponendo il dovere di vigilanza anticipata e generalizzata a carico degli ISP<sup>43</sup>, i quali, ai sensi del Decreto 44, non dovrebbero essere i destinatari delle sue norme, rivolte esclusivamente ai fornitori di contenuti audiovisivi.

Questa disposizione allontana il regolamento dalla compatibilità costituzionale, la cui gerarchia delle fonti non è stata rispettata, nonché da quella comunitaria, il cui esonero dal dovere di vigilanza è superato, come sarà successivamente illustrato.

c) Infine, ancora un principio desumibile direttamente dalla Costituzione corre il rischio di essere disatteso dal regolamento: il preciso ordine esistente tra diritti fondamentali e libertà economiche, in base al quale le prime meritano protezione anche in danno alle seconde. Ebbene, il nostro regolamento ignora del tutto questa gerarchia di valori, non più di fonti, perché accorda protezione preferenziale al bene secondario, sacrificando il valore che avrebbe meritato una tutela rafforzata. Ricordiamo innanzitutto gli interessi in campo: dal lato delle libertà economiche, incontriamo il diritto allo sfruttamento patrimoniale dell'opera d'ingegno, espressione della più ampia libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.; sul fronte opposto, il diritto fondamentale alla libertà d'informazione vantato dal titolare del sito o dal fornitore di servizi media audiovisivi, o quello alla segretezza della comunicazione intersoggettiva, nel caso in cui la violazione del diritto d'autore si consumi all'interno di una comunità circoscritta di utenti (Facebook o altri), e, infine, il diritto di accesso dell'utente intenzionato a visionare un sito in odore di pirateria, la cui pretesa a essere informato verrebbe parzialmente compressa, subendo una riduzione selettiva.

Ebbene il regolamento A.G.Com. rende la pretesa allo sfruttamento economico dell'opera da parte dell'autore dominante su ogni altro bene protetto, perché nel caso in cui l'A. si convinca della fondatezza della supposta lesione del diritto d'autore, ordina la rimozione del materiale illecito o la disabilitazione

---

<sup>43</sup> Il tema della responsabilità dell'ISP è stato definito e trattato nelle corti - nazionali ed europee - come in sede scientifica con esiti spesso antitetici. Quanto alle prime, ricordiamo almeno due orientamenti in ragione della rilevanza dell'elemento psicologico. La prima tesi imputa all'ISP una responsabilità di tipo oggettivo, quindi più ampia di quella del direttore di una testata giornalistica (in questo senso, Trib. Napoli, ordinanza, 8 Agosto 1997, in *Dir. Inf.*, 1997, 970, che impone l'obbligo di verificare la legittimità di tutto il materiale pubblicato sul proprio server, compreso quello inviato da terzi; anche Trib. Roma, 16 Dicembre 2009, in *Foro It.*, 2010, I, 1348 che afferma addirittura la rimozione in via cautelare dai rispettivi server di tutte le immagini tratte da programmi televisivi coperti da diritto d'autore). La seconda impostazione rovescia la precedente, richiedendo la sussistenza quantomeno della colpa dell'I.S.P. *Ex multis*: Trib. Catania, sent. 29 Giugno 2004, n. 2286, in *Guida Dir.*, 2004, 32, p. 77, afferma l'irresponsabilità dell'*access provider*, che - limitandosi a fornire la sola connessione alla rete - è equiparabile al gestore di una rete telefonica e, come tale, non risponde degli illeciti degli utenti. Da ultimo: Trib. Milano, 19 Maggio 2011, 10893, in [www.leggioggi.it](http://www.leggioggi.it); Corte Cass., Sez. V penale, 1 Ottobre 2010, n. 35511, in *Dir. Infor. Inform.*, 2010, pp. 895 ss.; Trib. Milano, 12 Aprile 2010, n. 1972, in *Dir. Infor. Inform.*, 2010, p. 474; Trib. Roma, 16 Dicembre 2009, in *Foro It.*, 2010, I, p. 1348. Si ricollega alla tesi della responsabilità soggettiva del provider: L. NIVARRA, *Responsabilità del provider*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., 2003, p. 1193. In termini più generali, il tema è stato analizzato da: L. VIGNUDELLI, *Il gestore del forum: spunti su identificazione dell'utente, anonimato e (ir)responsabilità*, in *Dir. Infor. Inform.*, 2011, p. 107; P. COSTANZO, *La stampa telematica (tuttora) tra ambiguità legislative e dissensi giurisprudenziali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, n. 6, pp. 5239-5258; C. MELZI D'ERIL - G. E. VIGEVANI, *La responsabilità del direttore del periodico telematico, tra facili equiparazioni e specificità di internet*, in *Dir. Infor. Inform.*, 2010, 1, p. 91; V. FRANCESCHELLI, *Sul controllo preventivo del contenuto dei video immessi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vivi Down*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2010, p. 347; C. ROSSELLO, *Riflessioni de jure condendo in materia di responsabilità del provider*, in *Dir. Infor. Inform.*, 2010, p. 617; L. BUGIOLACCHI, *(Dis)orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità degli internet provider (ovvero del difficile rapporto tra assenza di obblighi di controllo e conoscenza dell'illecito)*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2010, p. 1568; A. MANNA, *La prima affermazione, a livello giurisprudenziale, della responsabilità penale dell'internet provider: spunti di riflessione tra diritto e tecnica*, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 1856; M. CUNIBERTI, *Disciplina della stampa e dell'informazione in Rete*, in ID. (a cura di), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione: profili costituzionali e pubblicistici*, Milano, 2008, p. 232; M. VIGGIANO, *Internet e «privacy»: immunità o responsabilità del «provider»? Un problema di diritto pubblico*, in A. PACE - R. ZACCARIA - G. DE MINICO (a cura di), *Mezzi di comunicazione e riservatezza. Ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, 2008, pp. 287 ss.; G. BELLI, *La responsabilità civile dei service providers*, in *Resp. Civ.*, 2011, 10, p. 693; S. ALVANINI, *La responsabilità dei service providers*, in *Dir. Ind.*, 2010, 4, p. 329; G. CASSANO - A. CONTALDO, *La natura giuridica e la responsabilità civile degli Internet Service Provider (ISP): il punto sulla giurisprudenza*, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 1206.

dell'accesso dell'utente. Dunque, il regolamento rovescia l'ordine tra libertà fondamentali e diritti economici, collocando per primo quel che doveva venire per secondo, alterando la scala valoriale propria della Costituzione.

In sintesi, emergono dubbi molteplici di illegittimità: l'A. ha esercitato un potere *sine titulo*; ha disatteso il principio di gerarchia; ha concorso, occupando gli spazi troppo ampi lasciati liberi dal D.lgs. 44/2010, a svuotare la riserva di legge; e, infine, ha sacrificato valori costituzionali preminenti.

#### **4.2. Una misura regolativa coerente col diritto U.E.**

In precedenza<sup>44</sup> è stata esaminata la tesi che in termini generali guarda al diritto UE per superare le perplessità sulla compatibilità costituzionale delle A.I. Quel diritto va ora assunto a parametro specifico dell'agire dell'A.G.Com., in quanto il regolamento sul *copyright* suscita dubbi anche quanto alla sua compatibilità comunitaria.

Inizierò dalla previsione di un dovere di vigilanza generalizzato imposto - sin dalla prima stesura e poi riconfermato nel testo conclusivamente approvato agli ISP, i quali ne sono invece esonerati<sup>45</sup> ai sensi delle Direttive *E-commerce*<sup>46</sup> e sul *copyright*<sup>47</sup>.

Secondo lo schema adottato dall'A.G.Com. l'ISP, nel momento in cui riceve la notifica circostanziata di una presunta violazione del *copyright*, a seguito di un sommario accertamento della sua fondatezza, deve rimuovere il contenuto illecito: diversamente diventa corresponsabile della violazione del diritto d'autore. E, infatti, l'A. lo obbliga a eseguire la disabilitazione dell'accesso. La circostanza che l'atto dell'A. sia un ordine di disabilitazione, e non una pura e semplice sanzione, non muta la sostanza: siamo dinanzi a un atto sostanzialmente punitivo e non certo premiale della condotta dell'ISP, costretto a impiegare risorse umane e materiali per ottemperare a un ordine dell'Autorità. Se nessuna violazione fosse a lui contestabile, perché mai l'ISP dovrebbe essere punito?

Qui l'A. ha disegnato un illecito per fatto altrui, introducendo una sorta di responsabilità oggettiva dell'ISP. Tale conclusione si potrebbe evitare solo considerando come violazione l'omessa rimozione volontaria del contenuto illecito come richiestogli dal ricorrente prima di adire l'A. Peraltro, se questo fosse l'illecito contestato agli ISP, dovremmo ritenere questi operatori tenuti a un generalizzato dovere di sorveglianza sui contenuti sul web, la cui osservanza sarebbe esigibile nei loro confronti.

Concludendo: se per il diritto dell'Unione gli ISP non sono obbligati a una sorveglianza generalizzata, non saranno tenuti neanche a una sorveglianza indotta dalla richiesta di rimozione da parte privata non verificata in sede giudiziaria. Pertanto, gli ISP non possono essere i destinatari di un provvedimento dell'A., il quale, nome a parte, è, e rimane, un atto ablatorio personale, i cui costi vengono ingiustificatamente imputati agli ISP. Ne segue che l'A. non avrebbe dovuto prevedere alcun obbligo a carico di questi soggetti o almeno non avrebbe dovuto scrivere il regolamento in termini così ambigui. Inoltre, l'oscurità sul punto si aggiunge a quella sulle sanzioni pecuniarie, dalla quale potrebbe intendersi che questi soggetti siano obbligati a eseguire i suoi ordini, pena il pagamento di ingenti somme di denaro.

Anche sotto il profilo dell'autorità competente a irrogare le sanzioni per violazione dei doveri imposti si segnala un possibile contrasto con la normativa comunitaria. Ricordiamo anzitutto che il diritto e la giurisprudenza UE in modo sostanzialmente univoco affermano che gli ISP sono chiamati a rispondere solo se si sottraggono al puntuale ordine di un giudice, e non a una richiesta di rimozione proveniente da un privato<sup>48</sup>. Di certo, non possiamo ritenere la richiesta individuale equivalente all'ordine giudiziario, salvo scivolare verso forme inaccettabili di giustizia privata sul web.

c) Infine, rimanendo ancora sul terreno della compatibilità del regolamento col diritto dell'Unione, sarebbe opportuno interrogarsi sulla conformità di tale atto con i limiti, scritti e non, del *balancing test*. Invero,

<sup>44</sup> Si rinvia alle osservazioni esposte nel paragrafo precedente.

<sup>45</sup> L'esonero dall'obbligo generalizzato di vigilanza conosce come uniche eccezioni gli ordini emessi da autorità amministrative o dai giudici nazionali con cui si intimano agli intermediari di adottare provvedimenti per porre fine o prevenire violazioni ai diritti di proprietà intellettuale (Corte di Giustizia, sentenze del 24 novembre 2011, *Scarlet v. Extended*, C-70/10, punto 31; del 16 febbraio 2012, *Sabam v. Netlog NV* C-360/10, punti 29-30).

<sup>46</sup> In particolare, si vedano gli artt. 16-19 della Direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno", in *G.U.C.E. n. L 178* del 17 luglio 2000.

<sup>47</sup> Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

<sup>48</sup> Conclusioni dell'avvocato generale Pedro Cruz Villalón, presentate il 26 novembre 2013, C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH contro Constantin Film Verleih GmbH e Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH*.

secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale il decisore normativo, chiunque sia, potrà comprimere un valore a vantaggio di un altro, a condizione che le limitazioni da apportare al primo siano essenziali<sup>49</sup>, cioè non altrimenti evitabili, e comunque proporzionate in termini di costi/benefici<sup>50</sup>.

Il regolamento in esame sembra non aver condotto il bilanciamento secondo il metodo comunitario. Infatti, l'A. ha deciso che il diritto di informazione del titolare delle pagine web o quello di accesso dell'internauta siano recessivi rispetto alla pretesa economica del titolare dell'opera d'ingegno. La prova si trae dalla scelta delle misure repressive, quali, la pulizia selettiva e la disabilitazione. Se i ricordati criteri fossero stati osservati, i due rimedi, estremi e irrimediabili, non sarebbero stati contemplati, perché sacrificano le libertà fondamentali senza ritorno, producendo una compressione tale da azzerarle. Al contrario, pene intermedie e graduabili avrebbero evitato l'estinzione del diritto di parola del titolare della pagina web o del diritto alla libera navigazione dell'utente. Ma della possibilità di impiegare tali diverse sanzioni l'A. non ha tenuto conto.

Questa considerazione è in linea con i rilievi già anticipati dalla Commissione Europea. Il commissario Barnier<sup>51</sup> ha già ricordato all'A. che le misure repressive della pulizia coattiva o della disabilitazione debbono a pena di illegittimità "essere effettuate nel rispetto del principio della libertà di espressione". Ma possiamo ritenere protetta quella libertà, se quanto esposto in un sito in odore di pirateria - ma non sorretto da inconfutabile certezza di essere tale dato l'accertamento sommario dell'A. - è cancellato definitivamente? È rispettato il diritto prodromico a quello di essere informato, cioè l'accesso alla rete, se coattivamente distratto dalla meta prescelta in ragione a un accertamento *prima facie* dell'illiceità della destinazione desiderata?

Anche il criterio di un equilibrato rapporto costi-benefici, per cui al sacrificio della libertà di parola del titolare della pagina deve corrispondere un vantaggio almeno pari per l'autore dell'opera, non è rispettato perché al sicuro costo, di cui si è detto prima, non corrisponde un vantaggio quantomeno equivalente e certo. Invero, stante l'architettura della rete, la pulizia di un sito contenente materiale illecito non assicura la definitiva eliminazione dalla realtà virtuale di quel file, che potrebbe essere ancora scaricato, copiato modificato in dispregio di quel diritto d'autore, che la severa misura repressiva intendeva invece tutelare<sup>52</sup>. Ed è peraltro chiaro che l'argomento della possibile ineffettività in tutto o in parte della sanzione non sanerebbe l'eccessiva compressione della libertà prima rilevata.

d) Conclusivamente, i punti sopra elencati integrano gli estremi di un illecito comunitario e potrebbero costituire titolo idoneo per l'apertura di una procedura di infrazione contro lo Stato. L'A. però, ancorché autrice dell'atto normativo contestato, non sarebbe chiamata a rispondere dell'illecito commesso, perché l'*infringement* è una violazione dell'impegno concluso dallo Stato verso la comunità sovranazionale, e di esso, pertanto, risponderà solo quest'ultimo, pur non essendo nella sua disponibilità giuridica evitarlo. Se, infatti, lo Stato volesse rimuovere il regolamento o l'ordine dell'A. in ottemperanza al diritto europeo, non potrebbe farlo, in quanto gli strumenti, quali l'annullamento in autotutela o in sede di controllo, non sarebbero attivabili sugli atti normativi o amministrativi delle A., sottratti in nome dell'indipendenza a ogni sorta di riesame amministrativo.

---

<sup>49</sup> Significativo in proposito è il *Report on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and Expression*, di Frank La Rue, 16 Maggio 2011, all'Assemblea Generale dell'ONU, reperibile al seguente indirizzo: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27\\_en.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf).

<sup>50</sup> Da ultimo, K. HELLER, *European human rights and proportionality principle*, Relazione tenuta al *Mentor Seminar for the European Union Judiciaries*, 28 Gennaio 2011, al <http://www.astrid-online.it/Giustizia-1/Studi-ric/supreme-court-of-latvia-European-human-rights-...pdf>, dove l'Autore ricorda che i test di necessità e proporzionalità, pur condotti separatamente da talune Corti nazionali, confluiscono per la Corte europea dei diritti dell'uomo in un unico parametro perché «There is hardly any difference between a restriction that is totally ineffective to meet the legitimate aim and one whose effect is so low that the interest of the applicant obviously prevails».

<sup>51</sup> Come dalla risposta ufficiale di Michel Barnier a nome della Commissione, Interrogazioni scritte: E-010183/13, E-010741/13, in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2013-010741&language=IT>, 11 novembre 2013.

<sup>52</sup> Commission des Affaires Économiques (Assemblée Nationale), Rapport d'Information, n°3336 sur la neutralité de l'Internet et des réseaux, in <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i3336.asp>, sottolinea l'inefficacia del blocco dinanzi alle tecniche elusive della misura: quale, ad esempio, il *server proxy*.

P. LESCURRE, *Mission 'Acte II de l'exception culturelle? Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, Mai, Paris, 2013, (p. 421), supera la critica dell'inefficacia, parlando addirittura di una dannosità della misura della disabilitazione dell'accesso, comunque venga attuata (IP, nome a dominio, o "deep packet inspection"). Il rapporto, infatti, enumera tra i limiti insuperabili della misura: "les coûts et délais de mise en oeuvre; les effets négatifs sur la performance des réseaux; les possibilités de contournement, notamment à travers la création de « sites miroirs »; les risques de sur-blocage, c'est-à-dire de blocage non désiré de sites non concernés par la mesure; la persistance des contenus filtrés ou bloqués".

## 5. L'A.G.Com. dinanzi a un decreto di dubbia costituzionalità

Da quanto fin qui argomentato si può trarre che l'A. avrebbe dovuto interpretare il decreto *secundum Constitutionem*, determinandosi nel senso di non disciplinare la materia mancando di un titolo certo attributivo del potere.

In via subordinata, cioè nel caso in cui l'A. si fosse ritenuta investita dal legislatore del necessario potere, sarebbe stato quanto meno opportuno evitare qualsiasi *enlargement of power*. Correttezza e cautela avrebbero consigliato di non dilatare l'ambito oggettivo di un conferimento comunque incerto.

Tale contenimento avrebbe significato, solo per fare un esempio, che gli ISP non dovevano diventare i destinatari del suo potere regolativo, e, come tali, i debitori del dovere di rimozione postuma dei contenuti illeciti o della disabilitazione all'accesso. Non si sta qui esprimendo un giudizio favorevole alla regola europea della generalizzata irresponsabilità degli ISP, ma solo ribadendo che il binomio funzione di indirizzo politico/responsabilità impone l'imputazione delle scelte di politica normativa al legislatore, il quale come le compie, le può disfare e quindi cambiare la regola precedentemente posta con la prescrizione dell'uso responsabile della rete, ammesso che il diritto comunitario lo consenta. Qui è invece l'Autorità a parlare in sostituzione del legislatore nazionale, ma anche di quello comunitario, pur essendo priva della necessaria legittimazione politica, e nonostante l'esclusione di un obbligo generalizzato di vigilanza a carico degli ISP. Non si vuole qui contestare l'opportunità o meno di quest'ultimo precetto, ma affermare la necessità di ricondurre il relativo dibattito in un'aula parlamentare, cioè in un luogo trasparente e politicamente responsabile verso i cittadini. Al contrario, la discussione si è svolta e si è esaurita in assenza di consapevolezza collettiva, essendo avvenuta nel segreto delle stanze di un'Autorità, che ha superato il limite invalicabile del diritto europeo in un clima di poca visibilità,<sup>53</sup> coperta dalla irresponsabilità per quanto deciso.

## 6. Tornare alla riserva di giurisdizione

Una questione di particolare complessità interessa l'osservanza della riserva di giurisdizione da parte del decreto 44, che ha rimesso all'A. la vertenza sulla lesione o meno del *copyright*.

Nell'attuale stesura del regolamento, modificato rispetto alla sua versione iniziale, il rimedio amministrativo non è più preclusivo del trasferimento della lite in sede giudiziaria. Tale correttivo si può considerare sufficiente ad assicurare la compatibilità del regolamento con la riserva di giurisdizione, pur lasciando invariata l'addizione dei mezzi?

La questione merita un esame attento. Se riserva significa affidamento in esclusiva al giudice della decisione su A, B e C, su quei punti nessun altro potrà interloquire, e un eventuale cumulo dovrà necessariamente partire da D.

Riserva e cumulo sono in un rapporto di incompatibilità reciproca. Né il divieto appare superabile con l'argomento che il privato con la scelta del rimedio amministrativo implicitamente rinuncia alla tutela fornita attraverso la riserva. Questa protegge non un bene individuale e, come tale, disponibile, ma il valore oggettivo delle libertà fondamentali. Connotando la forma di Stato, le libertà ne sono attribuiti ineliminabili, intangibili nel loro nocciolo duro anche dalla volontà normativa di revisione costituzionale o sovranazionale, e limitabili solo su decisione motivata dell'autorità giudiziaria alle condizioni poste dalla legge.

Ci sono ordinamenti, come quello statunitense o francese che, senza riconoscere esplicitamente in Costituzione la riserva di giurisdizione, hanno affermato – quello francese a seguito di una pronuncia del *Conseil Constitutionnel*<sup>54</sup> – il monopolio del giudice sul complesso intreccio tra libertà di parola in Internet e

<sup>53</sup> Si pensi ai pareri di taluni costituzionalisti, richiesti dall'A. nel corso della procedura diretta all'emanazione del regolamento in esame. Tali pareri non sono acquisibili e questa inaccessibilità si mostra censurabile in quanto atti endoprocedimentali, sui quali si snoda l'iter argomentativo dell'A. Quindi, gli stessi in quanto parametro di relazione dovrebbero poter essere conosciuti ai fini della valutazione delle regole formulate successivamente ai pareri medesimi.

<sup>54</sup> Conseil Constitutionnel, *Décision n° 2009-580 DC* du 10 juin 2009, sur projet de loi «favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet», del 10 Giugno 2009, in *AJDA*, 2009, p. 1132 (con osservazioni di S. BRONDEL), (oppure si consulti il sito istituzionale del Conseil: <http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseil-constitutnel/francais/lesdecisions/accespardate/decisionsdepuis1959/2009/2009580dc/decisionn2009580dcdu10juin2009.42666.html>).

Dottrina sterminata, tra i tanti, almeno: L. COSTES, *La loi "Creation et Internet" partiellement censurée par le Conseil constitutionnel*, in *Rev. Lamy Dr. Immatériel*, n. 50, 2009, p. 3; F. CHALTIEL, *La loi Hadopi devant le Conseil Constitutionnel*, in *Les Pet. Aff.*, n. 125, 2009, p. 7; J. P. FELDMAN, *The Conseil Constitutionnel, la loi "Hadopi" et la présomption d'innocence*, in *La Sem. Jur. Éd. Gen.*, n. 28, 2009, p. 25; A. GAUTRON, *La "réponse graduée" (à nouveau) épinglée par le Conseil constitutionnel. Ou la*

diritto d'autore<sup>55</sup>. Noi, che disponiamo di una privativa costituzionalmente dettata, preferiamo rinunciarvi a favore di un provvedimento amministrativo di un'Autorità indipendente, la quale, per posizione istituzionale e regime giuridico dei suoi atti, non appartiene al potere giudiziario<sup>56</sup>. Siamo dinanzi a un'irragionevolezza, o piuttosto a un frammento di un disegno ragionato tendente a indebolire la tutela delle libertà<sup>57</sup>?

Il regolamento si limita a chiarire che l'azione amministrativa non prevale su quella giudiziaria, esepribile in ogni momento. Quindi, se interpretiamo questa previsione in modo da configurare un diritto di azione esente da condizioni di proponibilità, uno dei due motivi di incostituzionalità viene a cadere: quello connesso alla diretta e immediata azionabilità del diritto di adire il giudice naturale<sup>58</sup>. Stando a quanto detto, spetterà al cittadino l'opzione tra l'uno o l'altro strumento, e la scelta del rimedio amministrativo non precluderà un'azione giudiziaria con il trasporto dell'intera *querelle* dinanzi al giudice. Insomma, qui l'Autorità dimostra di aver studiato bene la giurisprudenza in tema di ricorso straordinario al Capo dello Stato, perché ripropone un modello di rapporto tra il primo e l'azione giudiziaria secondo la regola dell'alternatività dei due rimedi con preferenza per quello giudiziario, benché le garanzie che presidiano il ricorso al Capo dello Stato, incrementate dalla recente novella normativa, non si ritrovino nei simmetrici procedimenti dinanzi all'Autorità.

Si può concludere dunque che un iniziale motivo di illegittimità, presente nella prima stesura dello schema di regolamento, sia stato effettivamente cancellato nella versione conclusivamente adottata dell'atto, come più volte sottolineato dal Presidente dell'Autorità nel corso dell'audizione alle Commissioni riunite VII e VIII del Senato del 21 luglio 2012<sup>59</sup>.

Possiamo con questo ritenere che il problema sia superato? È ben vero che esiste nel d.lgs. 44/2010 un riferimento, che l'A. ha inteso di cogliere costruendo su di esso la propria funzione. Ma la riserva di giurisdizione in materia di libertà è un dato costituzionalmente indiscutibile. Dunque, se il legislatore assegna, a dispetto della riserva, la funzione definitoria della lite a un potere diverso da quello giudiziario, tale assegnazione andrebbe comunque interpretata, ove possibile, *secundum Constitutionem*.

Il che nel nostro caso avrebbe richiesto all'Autorità di costruire il procedimento dinanzi a sé, non come un rimedio alternativo al giudizio, benché destinato a recedere in caso di preferenza di quello giudiziario, ma come una fase preventiva e non decisoria della futura lite, affidata alla solitaria competenza dei giudici<sup>60</sup>. In altri termini, l'A. avrebbe dovuto disegnare questa fase come un tentativo di conciliazione stragiudiziale rispetto al quale il suo ruolo sarebbe stato quello di un *facilitator*, che, forte della sua competenza e terzietà,

---

*délicate adéquation des moyens aux fins*, in *Rev. Lamy. Dr. Immatériel*, n. 51, 2009, p. 63; M. VERPEAUX, *La liberté de communication avant tout. La censure de la loi Hadopi 1 par le Conseil constitutionnel*, in *Sem. Jur. Éd Gen.*, n. 39, 2009, p. 45.

<sup>55</sup> Che per la cultura francese la materia non sia irrilevante ai fini dell'intervento esclusivo del giudice lo dimostra una successiva pronuncia del *Conseil Constitutionnel* (*Décision n°2011-625 DC du 10 mars 2011*), che ammette infatti la legittimità di un ordine di blocco impartito da un'autorità amministrativa a condizione che "qu'en instituant un dispositif permettant d'empêcher l'accès aux services de communication au public en ligne diffusant des images pornographiques représentant des mineurs, le législateur n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation", e sempre che "ces mesures de blocage administratif peuvent être contestées devant le juge, il juge que la conciliation opérée par le législateur entre l'objectif de sauvegarde de l'ordre public et la liberté de communication n'est pas disproportionnée".

<sup>56</sup> Aderisce, invece, alla tesi secondo la quale le A.I. svolgerebbero attività para-giurisdizionali M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna 85 ss. *Contra* con convincenti argomenti R. MANFRELOTTI, *Autorità indipendenti e funzione sociale del mercato*, Torino, 2012, 137 ss. Tale tesi non modifica i termini della questione principale in merito alla riserva di giurisdizione in quanto, anche ad ammettere la riferibilità alle A.I. di un'attività assimilabile a quella giudiziaria, le stesse continuerebbero a rimanere estranee al plesso organico del potere giudiziario e, come tali, escluse dall'imputazione in via esclusiva della funzione giurisdizionale sulle libertà.

<sup>57</sup> Sviluppa la medesima linea argomentativa esposta nel testo lo *special rapporteur* Frank La Rue, il quale non esita a valutare illegittima la sostituzione del regolamento A.G.Com. alla legge, anticipando quanto in forma più organica ha dichiarato di consegnare all'ONU nella sua Relazione ufficiale sull'Italia, in <http://www.articolo21.org/2013/11/liberta-di-espressione-antitrust-querelle-temerarie-le-speciali-raccomandazioni-allagcom-di-frank-la-rue/>

<sup>58</sup> In linea con una risalente giurisprudenza della Corte in tema di diritti patrimoniali del lavoratore – sentt. 39/69; 242/76; 93/79 e 113/97 - da ultimo superata da pronunce - ord. 51 /2009 e sent. 403/2007 – che ammettono la costituzionalità dei tentativi obbligatori di conciliazione nelle controversie tra un gestore di un servizio di telecomunicazione e l'utente in virtù di un interesse pubblico prevalente idoneo a giustificare la deroga all'art. 24 Cost.

L'argomentare delle ultime pronunce, integralmente risolto nell'efficacia deflattiva dei rimedi extra-giudiziali sul contenzioso, ci convince meno delle prime motivazioni, in cui la Corte affermava che le azioni paragiudiziarie "non possono risolversi in attentati al diritto di proporre l'azione in giudizio".

<sup>59</sup> Presidente C. Calabrò, *Audizione* resa alle Commissioni riunite VII e VIII del Senato sulle "Recenti problematiche emerse nel settore internet in materia di diritti d'autore", il 21 luglio 2012.

<sup>60</sup> Spunti in questa direzione sono offerti dal rapporto della Commission des Affaires Économiques (Assemblée Nationale), *Rapport d'information, n°3336 sur la neutralité de l'Internet et des réseaux*, in <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i3336.asp>, in cui si propone come azione positiva la preferenza verso una procedura unica (proposta n°4) "passant systématiquement par le juge plutôt que par une décision administrative de blocage contestable ensuite devant le juge".

avrebbe potuto agevolare l'incontro delle parti intorno a una soluzione di comune interesse, senza però orientare in una direzione piuttosto che in un'altra la *querelle*, ma solo limitandosi a favorirne la conclusione, ove ve ne fossero gli estremi. Con la conseguenza che l'accordo negoziale di chiusura della lite non avrebbe dovuto assumere la forma degli atti tipici dell'autorità, e al pari di una composizione stragiudiziale della lite rimanere impugnabile secondo la disciplina propria degli atti di tal genere.

## 7. Una possibile riscrittura del regolamento sul *copyright* secondo Costituzione e diritto dell'Unione

All'intera ipotesi regolatoria si propone un'alternativa, sempre assumendo convenzionalmente in premessa che il titolo attributivo del potere all'A. sussista e sia adeguato. Come disegnare un coerente apparato sanzionatorio?

Ricorrere a una sanzione pecuniaria dalla struttura composita: in parte compensativa del danno subito dal titolare del diritto d'autore; in altra parte punitiva dell'autore dell'illecito nella misura di un *quid pluris* aggiuntivo alla somma ristorativa del danno economico. Detta sanzione conseguirebbe l'effetto afflittivo-deflattivo, indisponibile invece alle sanzioni ripristinatorie al momento preferite dall'A.

Questa soluzione avrebbe avuto altresì il pregio di proteggere il diritto d'autore senza sacrificare almeno in prima battuta le libertà fondamentali: tanto il diritto di parola dell'impresa di comunicazione quanto quello degli utenti di acquisire informazioni in rete, cioè rispettivamente l'aspetto attivo e passivo della stessa libertà consegnata nell'art. 21 Cost., evitando così l'introduzione surrettizia di forme illegittime di censura sul web<sup>61</sup>. Non a caso il *Digital Millennium Copyright Act*<sup>62</sup> - cui il regolamento presta un omaggio verbale come modello normativo di riferimento - prevede in via preliminare la sanzione pecuniaria, mentre costruisce quella ripristinatoria come rimedio di ultima istanza. Questa corretta gradazione tra sanzione pecuniaria e ripristinatoria può tornare utile anche nel nostro caso, perché essa rispetta la gerarchia tra valori posta in Costituzione e, al tempo stesso, apre a un'accorta *policy* pubblica in difesa dell'opera d'ingegno in quanto quella somma di danaro aggiuntiva servirà a scoraggiare il potenziale trasgressore. Se, infatti, quest'ultimo, in base a un calcolo economico, dovesse ritenere più oneroso pagare la somma di denaro piuttosto che rispettare la normativa sul *copyright*, convertirà la sua inclinazione alla pirateria in una condotta conforme al diritto<sup>63</sup>. In altri termini, la sanzione pecuniaria, se opportunamente calibrata nel suo ammontare, certa nel *quantum*, pronta nella sua definizione, non scontabile, proporzionata alla gravità dell'illecito e alle capacità economiche del trasgressore, nonché rispettosa del *balancing test* dei costi/benefici, si presenta come la vera misura di prevenzione a disposizione di un legislatore illuminato, che non volesse limitarsi a ristorare il danno patrimoniale in via pecuniaria o con rimedi di *reductio in pristinum*, ma fosse attento a scoraggiare analoghe condotte in futuro, almeno secondo gli insegnamenti del diritto dell'Unione.

Un legislatore, dunque, che usi la sanzione tipica dei rapporti civilistici al di là dei confini del diritto privato, perché la impiega come leva per conseguire un risultato sul piano oggettivo del rispetto futuro della legalità. Qui la sanzione è senza dubbio una misura *pro-activa* sui regolati, nel senso che orienta le loro condotte verso il bene comune incentivando il rispetto delle regole del gioco, anche se solo con la minaccia di pagare di più di quanto costerebbe loro il riconoscimento dei diritti all'autore dell'opera d'ingegno.

Si consideri infine che una simile sanzione si rivelerebbe capace di proteggere anticipatamente l'opera d'ingegno in misura maggiore di quanto possano fare le sanzioni ripristinatorie. In primo luogo, perché anticipare un illecito è sempre più opportuno che reprimerlo e in secondo luogo perché quando la violazione comporta la lesione irreversibile del bene - come nel caso in esame - la prevenzione non è solo op-

<sup>61</sup> WWWF, *Web Index report*, 22 November 2013, 31 ss, <http://thewebindex.org/wp-content/uploads/2013/11/Web-Index-Annual-Report-2013-FINAL.pdf>.

<sup>62</sup> Digital millennium copyright act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998). Si veda in particolare il § 1203 *subsection C, (2) Actual damages* "The court shall award to the complaining party the actual damages suffered by the party as a result of the violation, and any profits of the violator that are attributable to the violation and are not taken into account in computing the actual damages, if the complaining party elects such damages at any time before final judgment is entered".

<sup>63</sup> Si veda il recente caso Spotify, che, a detta di taluni analisti - O. POLLICINO, *Creatività e contenuti in rete*, slide del Workshop "Il diritto d'autore online: modelli a confronto", Roma, 24 maggio 2013, Sala del Mappamondo, Camera dei Deputati, organizzato dall'A.G.Com. - avrebbe ridotto la pirateria *online*. Non sono però mancate voci dissonanti in ragione del fatto che gli alti costi del servizio non hanno disincentivato l'uso illecito di musica in rete.

L. LESSIG, *Code Version 2.0*, Perseus Books Group, NY, 2006, già anticipato in *Free culture*, Penguin Group, NY, 2004, 116 ss., studiò l'offerta legale di servizi *online* con l'accortezza di non trovarvi un'utilità maggiore di quella che avrebbe potuto dare, perché rimedio necessariamente concorrente con altri a comporre la pluriarticolata *policy* statunitense di contrasto alla pirateria.



portuna, ma diventa l'unica sanzione efficace, visto che il bene una volta aggredito non è più restituibile alla sua originaria condizione. Si può ben ritenere che il diritto d'autore corra questo rischio in caso di aggressioni *on line*, per le quali, stante la atterritorialità della rete e la memoria indelebile della stessa, non c'è al momento sanzione idonea a determinare una pulizia a fondo della rete o un'inaccessibilità assoluta al sito. Allora, prevenire è l'unica concreta possibilità di difendere un valore che, se aggredito, subirebbe una violazione irreversibile.

Conclusivamente, possiamo porre un interrogativo: c'è stato davvero con il regolamento da ultimo adottato un ravvedimento operoso, e la riconduzione a legittimità di un atto illegittimo? Appare corretto rispondere che ciò è avvenuto solo in parte. Nella riformulazione del testo l'A. ha certo dimostrato di essere consapevole dell'errore giuridico in cui era incorsa, ma non è giunta a correggerlo compiutamente. Alla fine, ancora una scelta essenzialmente politica da parte di un soggetto per sua stessa natura politicamente non responsabile.

## 8. La risposta: *unicuique suum*

Rispondiamo alla terza domanda posta in apertura del presente lavoro: a chi rivolgere il nostro bisogno di protezione e quali compiti rimettere alle A.I., ricondotto il loro mandato nei giusti confini?

Sembrirebbe di poter rinvenire una risposta agevole partendo dal riconoscimento esplicito in Costituzione delle Autorità. Come abbiamo già ricordato, la proposta è stata da tempo avanzata, e può anche apparire semplice ed efficace. Ma in realtà non è così. Proprio la riflessione qui svolta indica che il mero richiamo all'esistenza e al ruolo delle A.I. lascerebbe indefinito e conclusivamente irrisolto il complesso problema del rapporto tra gli atti del decisore politico rappresentativo e quelli dell'autorità non rappresentativa. Al tempo stesso, si dimostra che la scelta di costituzionalizzare le A.I. potrebbe solo irrigidire il sistema, definitivamente e compiutamente sottraendo al circuito della decisione democraticamente adottata nella sede della rappresentanza politica scelte che incidono profondamente su punti cruciali dell'architettura costituzionale, quali sono le libertà e i diritti. Scelte in cui il rapporto tra individuo e potere necessita di fondarsi sul solido terreno di una partecipazione democratica reale e non su quello ingannevole di un tecnicismo apparente, soprattutto considerando le sempre mutevoli condizioni create dall'incessante innovazione tecnologica.

È invece possibile e opportuno ricondurre le Autorità a un disegno compatibile con la Costituzione vigente. E la risposta in fondo è semplice: *unicuique suum*. Il che significa restituire al legislatore la funzione politica in senso pieno<sup>64</sup>, chiamandolo ad assegnare all'autorità un potere regolamentare non limitato alla stretta esecuzione, ma sufficientemente conformato nell'oggetto, nei fini, nei criteri e nelle condizioni. In altri termini, la nostra esperienza di riferimento è quella francese<sup>65</sup> che ha saputo riconoscere agli atti normativi delle A.I. un ruolo intermedio tra quello svolto dalla legge e quello assegnato al regolamento esecutivo, senza arrivare al punto di non ritorno rappresentato dal regolamento indipendente. Infatti, secondo le parole di un attento *Conseil Constitutionnel*<sup>66</sup>, si deve trattare di un potere che si muove entro un quadro definito dalla legge.

Indicazioni interessanti si possono trarre anche dalla vicenda del *Datagate*, che ha recentemente scosso l'opinione politica mondiale. È stato presentato nel Senato degli Stati Uniti un disegno di legge volto a disciplinare il rapporto tra privacy e sicurezza<sup>67</sup>. È difficile al momento prevedere quale potrà esserne la

<sup>64</sup> La Presidente della Camera, on.le Laura Boldrini, nel corso della giornata "Dialogo sulla libertà d'informazione", ha sollecitato un intervento tempestivo del Parlamento sul tema del diritto d'autore: "Auspico che il legislatore, noi parlamentari, sappiamo fare la nostra parte [...]. Spero che in un tempo ragionevole possa venire dai diversi gruppi politici, alcuni dei quali hanno già presentato proposte, una risposta all'esigenza di aggiornare la normativa tenendo insieme diritti e interessi", discorso riportato per stralci in <http://daily.wired.it/news/politica/2013/11/15/agcom-boldrini-nicita-327849.html>.

<sup>65</sup> La dottrina ritagliò alle Autorità un compito inedito e intermedio "entre la détermination des politiques – laquelle relève des autorités élues – et les tâches proprement administratives de gestion" (così: M.Y. CANNAC - F. GAZIER, *Études sur les Autorités administratives indépendantes*, in *Conseil D'Etat*, cit., 982-85, voll. 34-36, 30 ss.).

<sup>66</sup> Parlava il medesimo linguaggio della dottrina francese il *Conseil Constitutionnel*, *Décision 86-217*, 153, che, nel contestare la legittimità del potere regolativo della *Commission Nationale de la Communication et des libertés*, apriva a un intervento regolamentare delle A. da contenersi entro "un domaine déterminé et dans le cadre défini par la loi et réglementes, des normes permettant de mettre en oeuvre une loi".

<sup>67</sup> Senator Patrick Leahy and Representative Jim Sensenbrenne, S. 1599 - USA FREEDOM Act, 113th Congress (2013-2014), called "Bill, called the Uniting and Strengthening America by Fulfilling Rights and Ending Eavesdropping, Dragnet-collection, and Online Monitoring Act (USA FREEDOM Act)", in <http://beta.congress.gov/bill/113th/senate-bill/1599>. Al momento sono ovviamente disponibili solo articoli di quotidiani, ho trovato utile la consultazione soprattutto della stampa britannica, tra le testate, si veda *The Guardian*, tra

sorte. Ma si nota che l'impianto legislativo proposto vuole ridare centralità al Congresso, riducendo in misura sostanziale il ruolo e i poteri della NSA, potente agenzia governativa di intelligence<sup>68</sup>. La NSA, strettamente legata al Dipartimento della difesa, non è assimilabile a un'Autorità indipendente. Non sono quindi a essa esattamente trasponibili i termini dell'analisi qui svolta. Ma qual è il senso di recuperare la centralità del Congresso? Essenzialmente uno: quando sono in gioco diritti e libertà, il luogo appropriato per le scelte è l'istituzione più immediatamente e direttamente rappresentativa. Il governo degli Stati Uniti, in tutte le sue articolazioni, è certamente legittimato democraticamente. Ma quando si discute di libertà e diritti, e viene percepito il rischio di una loro inaccettabile compressione, si preferisce il trasparente dibattito di un'assemblea elettiva e di una decisione politica assunta sulla base di una chiara assunzione di responsabilità. E qui ritroviamo in pieno il senso del difficile rapporto tra decisione politica, responsabilità e rappresentatività che si manifesta nella tematica delle Autorità indipendenti.

Per le conclusioni possiamo ritornare all'idea iniziale. Conferire deleghe in bianco alle Autorità non appare la migliore e più efficace protezione di diritti e libertà perché al pericolo eventuale di scelte affidate al decisore politico, rappresentativo e responsabile, si sostituisce il danno certo di scelte politiche dettate da Autorità autoreferenziali e non responsabili.

Quindi, a ciascuno il suo: assegnare competenze in linea con la regola dell'*institutional balance* e con la natura stessa delle istituzioni è la via migliore per assicurare effettività a diritti e libertà fondamentali in un corretto equilibrio tra tutti i valori costituzionali coinvolti.

---

cui: Dan ROBERTS, *USA Freedom Act: a look at the key points of the draft bill*, in <http://www.theguardian.com/world/2013/oct/10/the-usa-freedom-act-a-look-at-the-key-points-of-the-draft-bill>; Dan ROBERTS, *Congressional duo launch NSA overhaul bill and urge 'meaningful reform'*; Spencer Ackerman and Dan Roberts, *Senate committee backs bill that would allow NSA data collection to continue*, al medesimo indirizzo del *Thursday 31 October*. A sostegno del suindicato *Bill* anche gli *Over the top*, in *An open letter to Washington*, in <http://reformgovernmentsurveillance.com/>, 9 December 2013.

<sup>68</sup> Sia consentito il rinvio a una nostra riflessione coeva al *Bill* di cui sopra, *Conflitto apparente tra sicurezza e riservatezza*, in *Il Sole 24 ore*, 17/11/2013, 23.