

DEMOCRAZIA PLURALISTA E POTESTÀ NORMATIVA DELLE AUTORITÀ
INDIPENDENTI*

FILIPPO DONATI **

Sommario

1. Premessa. – 2. Il problema della legittimazione dei poteri di regolazione. – 3. L'applicazione della teoria dei poteri impliciti nell'ambito del diritto d'autore. – 4. Il fondamento dei poteri regolatori secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato. – 5. Considerazioni conclusive.

Abstract

The article examines the legitimacy of the independent regulatory Agencies' power and whether it is compatible with the principle of representative democracy.

An emblematic case study is offered by the copyright protection in electronic communications networks regulation, adopted by the Communications Guarantee Agency ("AGCom") in 2013 and contested before Tar Lazio and Italian Constitutional Court.

Has the mentioned dilemma been solved by the Judges?

Suggerimento di citazione

F. DONATI, *Democrazia pluralista e potestà normativa delle Autorità indipendenti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il presente contributo è la rielaborazione dell'intervento svolto in occasione del convegno su "Crisi della rappresentanza e nuove dinamiche della regolazione. Le prospettive della democrazia pluralista in Europa", Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali, Catania, 4 aprile 2017.

** Professore Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Firenze.
Contatto: filippo.donati@unifi.it

1. Premessa

qui di seguito svolgerò alcune considerazioni sui limiti costituzionali al potere normativo delle autorità indipendenti¹.

Com'è noto, le autorità indipendenti si collocano al di fuori del circuito della legittimazione democratica ed operano sulla base di legittimazione tecnocratica². È quindi inevitabile che il riconoscimento a queste autorità di poteri normativi sollevi dubbi di compatibilità con i principi della democrazia rappresentativa³. Da qui un ampio e ancora acceso dibattito su come il riconoscimento di un potere regolamentare a queste autorità possa conciliarsi con i principi di legalità e di riserva di legge⁴.

¹ Il termine viene in questa sede utilizzato per indicare quelle autorità che, pur diversificate tra di loro sotto il profilo organizzativo e funzionale, presentano la caratteristica comune di esercitare funzioni amministrative, normative e “paragiurisdizionali” in posizione di autonomia rispetto agli indirizzi del Governo. Sulle molteplici questioni sottese alla qualificazione delle figure in questione come autorità o amministrazioni indipendenti si rinvia alle considerazioni di M. PASSARO, *Autorità o amministrazioni indipendenti? L'ambito semantico e l'identità concettuale*, in *Autorità indipendenti e principi costituzionali. Atti del Convegno di Sorrento 30 maggio 1997*, Padova, 1999, 187 ss., il quale ritiene opportuno utilizzare per esse il termine di amministrazioni, perché in linea con il carattere intrinsecamente amministrativo della loro attività. A chi scrive sembra, peraltro, preferibile parlare più genericamente di autorità indipendenti, trattandosi di organi che, pur esercitando poteri amministrativi, mal si prestino ad essere inquadrati negli schemi del potere esecutivo. Come ha giustamente osservato E. CHELI, *Le autorità amministrative indipendenti e le prospettive di una loro riforma*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 13*, Torino, 2003, 78 il termine “autorità amministrative indipendenti” esprime un ossimoro, dal momento che “la qualità naturale dei soggetti investiti di poteri amministrativi è quella di dipendere dal potere politico dei Governi” ed occorre quindi, per forza di cose, privilegiare uno dei due aggettivi che si legano al sostantivo “autorità”.

² Sul punto della legittimazione di queste autorità cfr. E. CHELI, *Le autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 11*, Torino, 2000, 130. Per G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, 30 sarebbe la particolare natura dei diritti costituzionali che rilevano in determinati settori (tutela del risparmio, privacy, concorrenza, pluralismo informativo ecc.) a legittimare una particolare attività di garanzia che non può essere svolta attraverso l'esercizio della normale azione amministrativa. Fondamento di legittimazione di queste autorità sarebbe la loro “neutralità tecnica” che esclude l'esercizio di discrezionalità amministrativa, per A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 109. Secondo altri autori, invece, non resterebbe che prendere atto della situazione esistente e riconoscere alle autorità indipendenti una legittimazione basata sul criterio dell'effettività, cfr. A. RIVIEZZO, *Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, cit., 338; cfr. altresì D. CORLETTI, *Autorità indipendenti e giudice amministrativo*, in P. CAVALIERI-G. DELLE VEDOVE-P. DURET, *Autorità indipendenti e agenzie*, Padova, 2003, 114.

³ Come da tempo ha segnalato M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994 e, più di recente, anche M. CUNIBERTI, *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in *Riv.dir.cost.*, 2002, 3 ss.; A. RIVIEZZO, *Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, in *Quad.cost.*, 2005, 321 ss. ai quali si rinvia per indicazioni sulle varie posizioni assunte dalla dottrina che si è occupata del tema.

⁴ Come ha evidenziato Paolo Caretti, l'analisi dei poteri normativi delle autorità indipendenti dimostra, tra l'altro, che anche autorità formalmente titolari di soli poteri provvedimentali (come l'autorità garante per la concorrenza e il mercato) hanno di fatto esercitato poteri sostanzialmente

In questa sede non intendo ripercorrere il dibattito sul tema della legittimazione delle autorità indipendenti⁵. Intendo piuttosto concentrarmi su alcune recenti decisioni giurisprudenziali che hanno affrontato il problema del fondamento normativo della autorità indipendenti, per verificare se esse abbiano portato un contributo per la soluzione del problema appena richiamato.

2. Il problema della legittimazione dei poteri di regolazione.

Il tema in oggetto, com'è noto, ha un forte rilievo costituzionale. Enzo Cheli ha più volte evidenziato l'esigenza di prevedere per le autorità indipendenti un'apposita copertura costituzionale volta a superare la "sfasatura" tra il modello sancito dalla Costituzione del 1948 e quello venutosi ad instaurare con la prassi⁶. In questa direzione si sono mossi vari progetti di riforma costituzionale. Il progetto redatto dalla Commissione bicamerale istituita nella XIII legislatura prevedeva la possibilità per il legislatore di istituire autorità "per l'esercizio di funzioni di garanzia o di vigilanza in materia di diritti e libertà garantiti dalla Costituzione". Una previsione analoga era contenuta nel progetto di riforma costituzionale approvato nel 2005. L'unico progetto di riforma organica del nostro assetto istituzionale che non ha affrontato il tema della copertura costituzionale delle autorità indipendenti è quello di iniziativa Renzi - Boschi.

In mancanza di una copertura costituzionale, il problema della legittimazione delle autorità indipendenti e dei poteri esercitati dalle stesse non è di

normativi e che in alcuni casi le autorità sono titolari di margini di discrezionalità così ampi da configurare vere e proprie deleghe in bianco, cfr. P. CARETTI, *Introduzione*, in P. CARETTI, (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, 2005, XIV ss. Pone in evidenza la frizione con il principio di legalità sostanziale anche L. CARLASSARE, *Regolamento (dir.cost.)*, in *Enc.dir.*, vol. XXXIX, Milano 1988, 614 ss.

⁵ Sul tema delle autorità amministrative indipendenti in Italia esiste ormai una vastissima letteratura, che ha analizzato le ragioni della loro istituzione e del loro "erompere" nel nostro ordinamento a partire dalla fine degli anni '80, i tratti caratteristici di questi organi, le questioni relative alla loro natura giuridica, alla loro compatibilità con i principi del nostro sistema costituzionale, al regime dei loro atti ed agli strumenti di tutela contro le loro determinazioni, ecc. Sul dibattito in materia, con ampi richiami dottrinali, cfr. A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; M. CUNIBERTI, *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in *Riv.dir.cost.*, 2002, 3 ss. Svolge un "bilancio" sulla attività di queste autorità M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il mulino, 2005, 15. Sul tema della loro legittimazione "è l'incidenza comunitaria la chiave per entrare nella problematica attuale delle autorità amministrative indipendenti" Cfr. F. MERUSI, *Le Autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in F.A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle autorità*, cit., 21. In questa prospettiva cfr. anche, fra gli altri, G. DE VERGOTTINI, *L'autorità di regolazione dei servizi pubblici*, in *Rass.giur.en.*, 1996, 294; E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma, 1998, 191 ss; M.V. BENEDETTELLI, *Sul rapporto tra diritto comunitario e diritto italiano della concorrenza*, in *Foro it.*, 1990, IV, 235.

⁶ Cfr. E.CHELI, *Le autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 11*, Torino, 2000, 130.

facile soluzione⁷. Il problema sussiste anche quando sono le istituzioni rappresentative a delegare poteri sostanzialmente normativi alle autorità indipendenti, come è accaduto ad esempio con l'art. 213 del nuovo Codice dei contratti pubblici⁸, che ha attribuito all'ANAC ampi poteri di regolazione. Ovviamente, però, le difficoltà sono maggiori in presenza di un esercizio *extra ordinem* di poteri normativi da parte delle autorità indipendenti. Non è infatti sufficiente ipotizzare una sorta di tacito consenso da parte delle istituzioni rappresentative ritenendo che le stesse, astenendosi dal legiferare nel settore regolato dalle autorità indipendenti, ne avrebbero avallato l'operato. In questo caso, infatti, lo scostamento rispetto al modello costituzionale è ancora maggiore di quello che si verifica in presenza di una apposita delega di potere da parte delle istituzioni rappresentative.

Un esempio emblematico dei problemi appena richiamati è offerto dal regolamento sulla tutela del diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica, adottato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ("AGCom") con delibera 680/13/CONS⁹. Il provvedimento è stato accompagnato da un'accesa contrapposizione tra coloro che ricavano dai principi costituzionali in materia di libertà di informazione un divieto per il legislatore di limitare la circolazione dei dati sulla rete, che dovrebbe rimanere uno spazio libero da interventi del potere pubblico, e chi al contrario sottolinea l'esigenza di porre limiti alla libertà di informazione e di comunicazione a tutela del diritto di proprietà intellettuale garantito dall'art. 42 Cost.

Il regolamento adottato dall'AGCom è difficilmente contestabile nel merito, perché mira giustamente a combattere forme di pirateria in rete affidando all'AGCom la possibilità di adottare in tempi brevi e nel rispetto del diritto di difesa provvedimenti a tutela del diritto d'autore, lasciando ferma la possibilità per gli interessati di chiedere l'intervento dell'autorità giudiziaria.

Non è dubbio però che la sede più appropriata per adottare una disciplina del genere, che effettua un delicato bilanciamento tra contrapposti diritti costituzionali, sarebbe stata il Parlamento. In questa prospettiva il TAR del Lazio, dinanzi al quale era stato impugnata la delibera dell'AGCom che ha approvato il regolamento in questione, ha sollevato la questione di legittimità

⁷ Mette in evidenza V. CERULLI IRELLI, *Aspetti costituzionali e giuridici delle autorità*, in F.A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle autorità*, cit., che il costante rapporto tra le autorità indipendenti e le sedi democratiche rappresentative (si pensi alle relazioni annuali al parlamento sull'attività svolta o alle frequenti audizioni dei componenti delle autorità presso le commissioni parlamentari) può attenuare la violazione del principio democratico, ma non vale certo ad eliminare i problemi derivanti dall'inserimento di queste figure nell'assetto istituzionale delineato dalla Costituzione.

⁸ Cfr. art. 213, Decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, Codice dei contratti pubblici, GU n.91 del 19-4-2016.

⁹ Delibera n. 680/13/CONS del 12 dicembre 2013.

costituzionale delle disposizioni di legge sulla cui base lo stesso è stato adottato¹⁰. Tali disposizioni sono state ritenute in contrasto con i principi di legalità sanciti dagli artt. 21 e 41 Cost., perché ingiustificatamente limitative della libertà di manifestazione del pensiero e di iniziativa economica privata.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 247 del 2015¹¹, dopo avere escluso la possibilità di desumere dalle disposizioni di legge impugnate¹² il riconoscimento all'AGCom di un potere normativo a tutela del diritto d'autore contro le violazioni commesse on line, ha tuttavia dichiarato la questione inammissibile. La Corte ha infatti ritenuto di non poter intervenire in materia, essendo alla stessa preclusa l'adozione sia di una sentenza di accoglimento ablativa (perché la disciplina impugnata riguarda anche aspetti sostanziali della disciplina delle comunicazioni elettroniche e poteri dell'AGCom che non sono in discussione) sia di una pronuncia additiva, volta ad estendere alle comunicazioni in rete le garanzie previste dall'art. 21 Cost. per la stampa.

La Corte ha, quindi, lasciato irrisolto sia il problema relativo alla possibilità per il legislatore di delegare a un'autorità indipendente l'esercizio di poteri sostanzialmente normativi, sia quello relativo alla possibilità di un intervento normativo delle autorità indipendenti anche in assenza di una esplicita base legislativa.

3. L'applicazione della teoria dei poteri impliciti nell'ambito del diritto d'autore

La decisione della Corte costituzionale, che ha escluso la possibilità di considerare le disposizioni individuate nell'ordinanza del giudice *a quo* come fondamento del potere regolamentare dell'AGCom, lasciavano presagire l'annullamento del regolamento in questione, per mancanza di una base normativa e quindi violazione del principio di legalità. Invece il TAR Lazio, di fronte al quale i ricorrenti avevano riassunto il giudizio, ha ritenuto di poter desumere da un'interpretazione sistematica di altre disposizioni di legge una base legale che giustifica l'adozione del regolamento in oggetto e, quindi, ha respinto i ricorsi volti ad ottenerne l'annullamento¹³.

Il TAR ha richiamato a tal riguardo l'art. 1, comma 6, lett. b), n. 4-*bis* della legge n. 249 del 1997, che affida all'AGCom i compiti previsti dall'art. 182 *bis* della legge sul diritto d'autore (legge n. 633 del 1941). La norma attribuisce ad AGCom e Siae "nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge", e al fine di prevenire ed accertare le violazioni della legge sul diritto di

¹⁰ Tar Lazio, Sez. I, ordinanze nn. 1 e 2 del 26 settembre 2014.

¹¹ Corte cost., 3 dicembre 2015, n. 247.

¹² Artt. 14, comma 3, 15, comma 2, e 16, comma 3, del d.lgs. n. 70 del 2003 e art. 32-bis del d.lgs. n. 177 del 2005, introdotto dal decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 44.

¹³ Cfr. Tar Lazio, Sez. I, sentenze nn. 4100 e 4101 del 30 marzo 2017.

autore, precipui compiti di vigilanza. Secondo il Tribunale, una lettura coordinata del citato art. 182-*bis* con le disposizioni normative del d.lgs. n. 70/2003 porta a ritenere che “tali compiti si estendano anche al settore delle comunicazioni via internet”. Il d.lgs. n. 70 del 2003 stabilisce infatti che il prestatore di servizi, quando viene a conoscenza di illeciti, deve informare l'autorità giudiziaria e quella di vigilanza. In definitiva, secondo il TAR, “una visione sistematica delle norme richiamate fa emergere la sussistenza in capo ad AGCom di compiti di regolamentazione e di vigilanza nel settore del diritto d'autore che possono anche consentirle di impedire l'accesso a determinati contenuti resi disponibili sulla rete internet per il tramite di un prestatore di servizi”.

Il TAR Lazio ha così fatto applicazione della teoria dei poteri impliciti, assai utilizzata ai fini della ricostruzione dei poteri delle autorità rispetto alle quali il legislatore non specifica nel dettaglio i poteri conferiti ma si limita ad enunciare generici obiettivi da perseguire. Questa teoria permette il riconoscimento di competenze che, se pure non espressamente attribuite, sono ritenute implicite perché strumentali, necessarie e consequenziali rispetto agli obiettivi prefissati.

Riconosciuta l'esistenza della base legale che giustifica il potere regolamentare dell'AGCom, il TAR ha ritenuto di non poter sollevare una questione di legittimità costituzionale analoga a quella già sollevata, per l'impossibilità “di superare il profilo di inammissibilità rilevato dalla Corte”. Del resto, aggiunge il TAR, la protezione dell'opera di ingegno è posta anche a presidio della libertà d'espressione (art. 21 Cost.) e del diritto di sfruttare economicamente il frutto della propria creatività (art. 41 Cost.), ed ha pertanto un fondamento costituzionale.

La teoria dei poteri impliciti, se permette di individuare una base legale che giustifica l'esercizio dei poteri delle autorità indipendenti, non è però ancora sufficiente per giustificare la deroga ai principi della democrazia rappresentativa che discende dal riconoscimento di poteri normativi alle autorità indipendenti. Il mancato coinvolgimento della Corte costituzionale, che sul punto avrebbe potuto fornire importanti indicazioni, lascia dunque il problema ancora aperto.

4. Il fondamento dei poteri regolatori secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato ritiene da tempo, con una giurisprudenza consolidatissima, che l'esercizio del potere regolatorio da parte delle autorità indipendenti si giustifica in forza dell'esistenza di un procedimento partecipativo, “inteso

come strumento di partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria della struttura rappresentativa”¹⁴.

Più precisamente, due sono le condizioni che secondo questa giurisprudenza giustificano l’esercizio del potere regolamentare da parte delle autorità indipendenti: l’indicazione da parte del legislatore degli scopi di interesse pubblico da perseguire e la garanzia di partecipazione dei soggetti interessati¹⁵. In altri termini, “la dequotazione del principio di legalità sostanziale, giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire, impone il rafforzamento del principio di legalità procedimentale il quale si sostanzia, tra l’altro, nella previsione di forme più incisive di partecipazione degli interessati”¹⁶.

Questi principi, elaborati con riguardo all’esercizio del potere regolatorio da parte dell’Autorità dell’energia elettrica e del gas, sono applicabili anche alle altre autorità indipendenti come recentemente confermato dal Consiglio di Stato nei pareri sul codice degli appalti¹⁷ e sul correttivo allo stesso¹⁸ con specifico riferimento all’ANAC.

Il principio di partecipazione implica alcune conseguenze. La prima è l’obbligo dell’autorità di tenere conto, nella motivazione del provvedimento, di quanto è emerso nella consultazione¹⁹. La seconda conseguenza è che l’osservanza degli obblighi partecipativi rappresenta un presupposto necessario per la conformità a Costituzione del modello regolatorio; non è quindi ammissibile una valutazione contro-fattuale circa gli esiti che la partecipazione (in concreto omessa) avrebbe prodotto se fosse stata svolta²⁰. L’inadeguatezza del documento di consultazione rende illegittimo il provvedimento finale²¹. Infine l’autorità è chiamata a svolgere un’analisi di impatto della regolazione idonea ad analizzare le criticità operative sulla base di un adeguato lasso temporale e di sufficienti dati statistici.

¹⁴ Cfr., *ex multis*, Cons. di Stato, Sez. VI, sentenza n. 7972 del 2006.

¹⁵ In dottrina cfr. sul punto M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996, 245 ss.; Id., *Autorità o amministrazioni indipendenti? L’ambito semantico e l’identità concettuale*, in *Autorità indipendenti e principi costituzionali. Atti del Convegno di Sorrento 30 maggio 1997*, cit., 203 ss.; M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir.cost.)*, cit., 12. L’esercizio del potere delle autorità indipendenti troverebbe legittimazione proprio nel metodo del contraddittorio finalizzato a garantire la democrazia nell’ambito delle relazioni economiche secondo F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo “quasi” giallo*, Bologna, 2000, 26 ss.; Id., *Eguaglianza e legalità nelle autorità amministrative indipendenti*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 463 ss.

¹⁶ Cfr. Cons. di Stato, Sez. II, sentenza 30 giugno 2016, n. 1629.

¹⁷ Cfr. Cons. di Stato, comm. spec., parere 1 aprile 2016, n. 855.

¹⁸ Cfr. Cons. di Stato, comm. spec., parere 30 marzo 2017, n. 782.

¹⁹ Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, sentenza n. 7972 del 2006.

²⁰ Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, sentenza n. 1532 del 2015.

²¹ Cfr. Cons. di Stato, Sez. II, sentenza n. 1629 del 2016.

Il TAR Lazio, nelle richiamate decisioni, ha però seguito una diversa impostazione. La delibera dell'AGCom che ha approvato il regolamento per la tutela del diritto d'autore *on line* era stata impugnata anche sotto il profilo dell'eccesso di potere, in quanto il provvedimento finale adottato non ha tenuto conto dell'esito della consultazione pubblica svolta precedentemente dalla medesima autorità. Il TAR ha respinto la censura, osservando che “la lunga ed articolata consultazione avviata dall'AGcom resta un'attività di sostegno, ausiliaria rispetto alla competenza amministrativa svolta, diretta ad analizzare un dato settore al fine di individuarne le criticità ed i possibili strumenti di intervento, e non può né confermare né negare le competenze di legge (e le responsabilità) dell'amministrazione”²².

5. Considerazioni conclusive

E' il momento di tirare le fila di quanto sin qui esposto. Non vi è dubbio che, ormai, esiste un generalizzato consenso sulla possibilità di riconoscere anche alle Autorità indipendenti l'esercizio di un potere normativo, a condizione che la perdita in termini di legalità sostanziale venga controbilanciata da una valorizzazione della cosiddetta legalità procedimentale.

La valorizzazione del momento partecipativo sembra però essere stata messa in discussione proprio dalle recenti decisioni del TAR Lazio, che pure hanno giustificato l'esercizio da parte dell'AGCom di un potere normativo su una materia di indubbio rilievo costituzionale, pur in assenza di una esplicita disposizione di legge attributiva del potere.

Il problema del fondamento costituzionale dei poteri normativi delle Autorità indipendenti, in definitiva, non ha ancora trovato una soluzione a livello giurisprudenziale.

²² Cfr. Tar Lazio, Sez. I, sentenza n. 1401 del 2017, punto 12 del considerato in diritto.