

Pubblicato il 15/07/2019

N. 04993/2019REG.PROV.COLL.
N. 05091/2017 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5091 del 2017, proposto da Assoprovider, Associazione Provider Indipendenti - Confcommercio, Movimento Difesa del Cittadino, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Salvatore Fulvio Sarzana Di Sant'Ippolito, con domicilio eletto presso lo studio Salvatore Fulvio Sarzana Di Sant'Ippolito in Roma, Via Velletri, n. 10;

contro

Autorità per le garanzie nelle comunicazioni-Roma, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, Via dei Portoghesi, n. 12;

Società Italiana Autori ed Editori (S.I.A.E.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Mandel, Alessandra Amendola, Stefano Astorri, Aristide Police, Massimo Luciani, con domicilio eletto presso lo studio Maurizio Mandel in Roma, Viale della Letteratura, n. 30;

Confindustria Cultura Italia - Federazione Italiana dell'Industria Culturale, non costituita in giudizio;

nei confronti

Rai - Radio Televisione Italiana s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), n. 4101/2017, dell'ordinanza collegiale del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), n. 6673/2016, dell'ordinanza collegiale del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), n. 10020/2014, resa tra le parti, in tema di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni - Roma e della Società Italiana Autori ed Editori (S.I.A.E.);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 marzo 2019 il Cons. Italo Volpe e uditi per le parti gli avvocati Sarzana di Sant'Ippolito, Stefano Astorri, Massimo Luciani, Maurizio Mandel e Sergio Fiorentino dell'Avvocatura generale dello Stato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Col ricorso in epigrafe l'Assoprovider-Associazione Provider Indipendenti-Confcommercio e il Movimento Difesa del Cittadino hanno impugnato la sentenza del Tar per il Lazio, Roma, n. 4101/2017, pubblicata il 30.3.2017, che – a spese compensate – ha respinto il loro ricorso di primo grado (originariamente da essi proposto unitamente ad altri soggetti, qui non appellanti) volto all'annullamento:

- della delibera n. 680/13/CONS in data 12.12.2013 dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito "Autorità") di approvazione del "*regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70*";
- dell'Allegato A alla predetta delibera, di cui costituisce parte integrante, recante il testo del citato regolamento;
- di ogni altro atto, anche non cognito, connesso, conseguente, coordinato, precedente o successivo all'atto impugnato in via principale.

1.1. La sentenza ha introduttivamente riepilogato:

- le venti censure formulate dai ricorrenti;
- di avere, con ordinanza n. 10020 del 26.9.2014, sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 21, 24, 25, primo comma, e 41 Cost., degli artt. 5, co. 1, 14, co. 3, 15, co. 2, e 16, co. 3, del d.lgs. n. 70/2003 (di attuazione della direttiva 2000/31/CE), nonché 32-*bis*, co. 3, del d.lgs. n. 177/2005 (recante il TU dei servizi di media audiovisivi e radiofonici);
- che con sentenza n. 247 del 3.12.2015 la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili le questioni poste;
- che, in sede di riassunzione del giudizio, in particolare la difesa erariale ha insistito nell'eccezione di difetto di legittimazione passiva delle associazioni ricorrenti (alla luce segnatamente del d.P.R. 2.2.2016, di decisione di ricorso straordinario, col quale era stato dichiarato inammissibile il ricorso della società Sky Italia avverso il medesimo regolamento oggetto di questo giudizio);
- di avere quindi trattenuto la causa in decisione.

1.2. La sentenza inoltre, riepilogati i contenuti essenziali del censurato regolamento, ha deciso, in sintesi, che:

- sussisteva la legittimazione e l'interesse ad agire dei ricorrenti (per ragioni già enunciate nell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale n. 10020/2014);
- il ricorso era infondato nel merito.

2. L'appello, nel ricostruire preliminarmente i fatti, ricorda tra l'altro che:

- dopo la riassunzione del giudizio di primo grado era intervenuto il decreto del Presidente del Tar Lazio, Roma, n. 173 dell'1.12.2015 col quale, nel redistribuire le materie fra le sezioni, aveva in particolare stabilito che *“A decorrere dal 1° gennaio 2016 i ricorsi, ivi compresi quelli pendenti ed esclusi quelli per i quali sia stata già fissata la data dell'udienza di merito, sono ripartiti fra le Sezioni (...) nel modo seguente: SEZIONE TERZA A) Ricorsi avverso gli atti e i provvedimenti delle seguenti amministrazioni: (...) - Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM);”*
- conseguentemente la causa riassunta veniva chiamata davanti alla III sezione del Tar e non davanti alla I, dove essa era stata precedentemente incardinata;
- tuttavia, con ordinanza collegiale n. 6673/2016, pubblicata l'8.6.2016, la III sezione aveva declinato la competenza a favore della I sezione, ove quindi la causa aveva poi proseguito il suo *iter*;

- pertanto il gravame doveva intendersi riferito non soltanto alla sentenza primo grado n. 4101/2017 (qui introduttivamente ricordata) ma anche alla predetta ordinanza n. 6673/2016, nonché a quella n. 10020/2014, pubblicata il 26.9.2014, con la quale la I sezione aveva rimesso alla Corte Costituzione la questione di legittimità chiusa poi con la citata sentenza n. 247/2015.

2.1. L'appello si è poi affidato alle seguenti censure:

a) nullità della sentenza n. 4101 e dell'ordinanza collegiale n. 6673/2016 dell'8.6.2016, Sezione Terza del Tar Lazio, per difetto di competenza della I sezione del Tar rispetto ad altra sezione in relazione all'art. 36, co. 1, c.p.a.;

b) *error in iudicando* - motivazione apparente, perplessa e manifestamente errata in relazione all'inesistenza dei poteri in capo all'Autorità di cui ai motivi da 1 a 6 e 15 del ricorso al Tar, come posta in luce dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 247 del 3.12.2015;

c) *error in iudicando* - motivazione apparente, perplessa e manifestamente errata in relazione al difetto di costituzionalità dei poteri regolamentari in materia di diritto d'autore, come da punto 4.1 della sentenza della Corte Costituzionale n. 247 del 3.12.2015;

d) *error in iudicando* - violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., in relazione al VI motivo di ricorso rubricato "*Violazione e falsa applicazione dell'art. 32-bis del d.lgs. n. 177/2005, in riferimento alle l.n. 633/1941 ed al codice delle comunicazioni elettroniche*" - omessa pronuncia su un punto decisivo della controversia;

e) motivazione apparente in ordine al 7 motivo di ricorso;

f) illogicità della motivazione in relazione al difetto di partecipazione procedimentale (motivo 8 del ricorso) in relazione all'eccesso di potere per violazione del principio di imparzialità e di pubblicità dell'attività della pubblica amministrazione - difetto di istruttoria - violazione del principio di partecipazione procedimentale;

g) erroneità della sentenza per carenza di motivazione e motivazione apparente, in merito al nono motivo di ricorso relativo alla mancata adozione da parte dell'AGCOM dell'analisi di impatto regolamentare;

h) illogicità della motivazione ed ingiustizia manifesta nel rigetto del 10 motivo di ricorso;

- i) illogicità nella reiezione dell'11 motivo di ricorso relativo alla contrarietà del disposto regolamentare rispetto alle norme primarie;
- l) illogicità nella reiezione del 12 motivo di ricorso relativo a norme primarie che assegnano ad altre amministrazioni i poteri di regolamentazione sul diritto d'autore;
- m) illogicità della motivazione del Tar in ordine al 13 e 14 motivo di ricorso - difetto di motivazione sulla violazione dei diritti di difesa dei soggetti titolari di siti oggetto di provvedimento di inibizione - omessa pronuncia sulla richiesta di pregiudiziale comunitaria - omessa pronuncia sulla violazione dei diritti di difesa;
- n) *error in iudicando* - violazione e falsa applicazione dell'art 112 c.p.c., in relazione al 15 motivo di ricorso, ovvero al motivo "*Usurpazione da parte di Agcom dei poteri spettanti agli organi di polizia giudiziaria ed alla magistratura ordinaria*";
- o) violazione e falsa applicazione dell'art 112 c.p.c., della sentenza in relazione al 16 motivo di ricorso - difetto assoluto di motivazione - omessa pronuncia su un punto decisivo della controversia;
- p) *error in iudicando* - violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., in relazione al 17 e 18 motivo di ricorso - difetto assoluto di motivazione - omessa pronuncia su un punto decisivo della controversia;
- q) illogicità della motivazione nel rigetto del motivo 19, omessa pronuncia sulle censure sollevate con tale motivo;
- r) illogicità della motivazione in ordine al rigetto del motivo 20 - eccesso di potere per carenza di motivazione in ordine al parziale recepimento delle censure mosse dalla UE allo schema di regolamento - difetto di motivazione - contrarietà della delibera finale ai principi contenuti nella direttiva 98/34 della UE.

2.2. Ad avviso degli appellanti i provvedimenti giurisdizionali impugnati sono nulli o da annullare perchè, in sintesi:

- a.1) la sentenza di primo grado è viziata in tema di competenza giacchè – per rispetto del principio del giudice naturale – si sarebbe dovuta pronunciare definitivamente la III sezione, non la I, per effetto del citato decreto presidenziale n. 173 dell'1.12.2015. Nel caso di specie, pur in presenza di un incidente di costituzionalità definitosi prima dell'adozione di tale decreto, non poteva ritenersi che si fosse già celebrata un'udienza di merito;

b.1) la citata sentenza n. 247/2015 ha affermato (e i primi Giudici lo hanno riportato nella loro decisione) che *“è evidente che nessuna delle disposizioni impugnate, in sé considerata, dispone specificamente l’attribuzione all’autorità di vigilanza di un potere regolamentare qual è quello esercitato con l’approvazione del regolamento impugnato nei due giudizi davanti al TAR. Esso è desunto dal giudice a quo, in forza di una lettura congiunta delle previsioni sopra esaminate, che non risulta coerentemente o comunque adeguatamente argomentata”*. La Corte Costituzionale, prima, ha però anche detto che *“Occorre preliminarmente osservare che le disposizioni censurate non attribuiscono espressamente ad AGCOM un potere regolamentare in materia di tutela del diritto d’autore sulle reti di comunicazione elettronica”*. Questo brano non è stato riportato dai primi Giudici, i quali pertanto, non valutandolo, hanno di fatto omesso di considerare (secondo la tesi degli appellanti) che la stessa Corte *“ha ritenuto (...), pur nel contesto di una sentenza di inammissibilità, non esistente il fondamento del potere regolamentare dell’AGCOM”*. Potere che invece (sempre in tesi) non può *“prescindere da un conferimento esplicito di poteri sufficientemente chiaro ed esplicito”*, pena il rischio di ipotesi di conflitto tra poteri dello Stato, dato che anche al Giudice ordinario è consentito dalla legge (con un apparato normativo che, invece, non lascia dubbi) di pronunciare inibitorie incidenti sugli stessi siti *internet* dei *providers* suscettibili di essere colpiti, ora, dagli ordini dell’Autorità. I primi Giudici, poi, non si sono fatti carico, in sentenza, di affrontare i profili di inadeguatezza segnalati dalla Corte Costituzionale relativamente alla questione ad essa posta, i quali – se affrontati – avrebbero invece fatto emergere la bontà della tesi di parte, ossia che il censurato regolamento dell’Autorità è stato privo di sufficiente base giuridica di fonte primaria. Da ciò l’esigenza di riproporre le prime cinque censure articolate in primo grado e le sottese questioni pregiudiziali comunitarie;

c.1) l’esito della sentenza n. 247/2015 è dovuto al fatto che la Corte Costituzionale non è riuscita a comprendere il quesito sottopostole, anche perché *“oscuro”*. Questo avrebbe permesso una riproposizione del quesito nel senso di stabilire se o meno il regolamento censurato avesse un’adeguata base giuridica. Male ha fatto la sentenza di primo grado a ritenere inesistenti, conclusivamente, i

presupposti per una nuova rimessione della questione di costituzionalità. Onde l'istanza a tal fine deve riproporsi in sede d'appello;

d.1) i primi Giudici hanno omesso di motivare sulla VI censura dell'originario ricorso, male facendo anche perché con esso era sottoposto a critica l'art. 32-*bis*, co. 3, del d.lgs. n. 177/2005, l'unico che esprime un minimo di base giuridica per il potere regolamentare esercitato dall'Autorità. Norma, questa, menzionata nell'ordinanza n. 10020/2014 ma poi non ulteriormente scrutinata nella decisione di primo grado;

e.1) i primi Giudici hanno anche omesso di considerare la segnalata contraddittorietà tra le enunciazioni dell'Autorità (in occasione dell'avvio della indagine conoscitiva che aveva preceduto il varo del contestato regolamento) e l'atto regolamentare impugnato. Ne emerge che non è stata colta l'aporia tra quest'ultimo e la precedente delibera n. 398/2011, dal punto di vista delle inibizioni e degli ordini di rimozione;

f.1) durante audizioni parlamentari il presidente dell'Autorità riferiva dell'esistenza di pareri di giuristi sulla sussistenza di propri poteri regolamentari. In sede di accesso veniva poi risposto che i pareri invece non esistevano. Quindi *“I partecipanti alle audizioni sono stati (...) privati della possibilità di conoscere elementi rilevanti del procedimento che, fra l'altro, avrebbero potuto determinare anche una diversa valutazione da parte degli stessi soggetti auditi.”*. Nonostante richiesta di acquisizione, i primi Giudici non vi hanno provveduto. Rileva allora il dedotto *“vizio di eccesso di potere per difetto di istruttoria e di partecipazione procedimentale”*;

g.1) il regolamento censurato non è assistito da AIR, come invece avrebbe dovuto ai sensi dell'art. 13, co. 8 e 9, del d.lgs. n. 259/2003. Di tanto non si sono fatti adeguato carico i primi Giudici;

h.1) relativamente al fatto che i costi delle rimozioni sono integralmente a carico degli *internet service provider*, mentre i titolari del diritto d'autore non contribuiscono al bilancio dell'Autorità, *“Le ricorrenti avevano evidenziato un vizio di proporzionalità secondo le quali la pubblica amministrazione deve conseguire lo scopo prefissato con il minor sacrificio degli altri interessi confliggenti e rispettando i canoni di idoneità, di necessità e di adeguatezza*

dell'azione amministrativa.”. Anche di questo non si sono fatti carico i primi Giudici;

i.1) i primi Giudici non hanno adeguatamente valutato la originaria XI censura con la quale si *“intendeva rilevare la contrarietà delle definizioni adottate con le norme positive e l'impossibilità per una autorità amministrativa indipendente di “legiferare” in difformità dalle norme primarie”*;

l.1) era stato denunciato che l’Autorità non aveva poteri in materia di diritto d’autore, i quali semmai spettavano alla Presidenza del Consiglio dei Ministri. I primi Giudici non hanno colto che la doglianza, insieme a quella ad essa successiva, era volta ad ulteriormente dimostrare che il censurato regolamento era privo di base giuridica;

m.1) i primi Giudici hanno deciso in modo illogico e contraddittorio in ordine alle originarie censure XIII e XIV ove, in sostanza, ci si doleva di una violazione del principio del contraddittorio nell’ambito della procedimentalizzazione strutturata col censurato regolamento e, più in generale, che *“il procedimento amministrativo finalizzato all'ordine di inibizione dovesse essere ritenuto (...) un procedimento sui generis rispetto ai comuni procedimenti amministrativi, in quanto l'Amministrazione è chiamata non solo e non tanto a curare un interesse pubblico concreto, ma a punire, in nome dell'interesse generale all'osservanza delle leggi”*. In particolare, non s’era dato rilievo al fatto negativo che *“solo gli istanti che si rivolgano all'Agcom possano poi devolvere la controversia alla Magistratura ordinaria secondo quanto previsto dall'art 7, comma 7 del Regolamento”*;

n.1) anche l’originaria XV censura (di ritenuta usurpazione di poteri da parte dell’Autorità nei riguardi degli organi di polizia giudiziaria e della magistratura ordinaria) non era stata affrontata dai primi Giudici, in particolare omettendosi di considerare la interrelazione fra gli artt. 182-bis e 182-ter della legge sul diritto d’autore;

o.1) altresì i primi Giudici *“salta[no] del tutto l'analisi e la decisione sul 16 motivo di ricorso, ovvero la Violazione di legge per contrasto delle disposizioni regolamentari Agcom con le norme primarie. Data l'esistenza di sanzioni amministrative inesistenti ed incompatibili con quanto espresso dall'Agcom.”*;

p.1) relativamente alle originarie censure XVII, XVIII e XX (riguardanti la pretesa illegittimità del censurato regolamento dal punto di vista della

contestazione e irrogazione degli ordini di inibizione, nonché la loro compatibilità comunitaria, per come disciplinate) i primi Giudici hanno praticamente omesso la motivazione (pur se per la prima di esse vi fosse stata una prospettazione di non conformità costituzionale nell'ordinanza n. 10020/2014);

q.1) è illogica la motivazione della decisione impugnata, quanto al rigetto della XIX censura relativa alla eccepita illegittimità della procedura abbreviata (art. 9 del contestato regolamento), dato che anche i primi Giudici ne avevano colto profili di criticità (nell'ordinanza n. 10020/2014) in rapporto agli artt. 21, 24 e 25 Cost.;

r.1) la stessa motivazione è illogica anche in rapporto alla originaria XX censura, che aveva ad oggetto la mancanza di recepimento delle osservazioni della Commissione europea, sullo schema di regolamento che le era stato sottoposto, ovvero di motivazione in ordine al mancato recepimento.

3. Nel giudizio d'appello si è costituita l'Autorità e la Società italiana autori ed editori (di seguito "SIAE").

4. Con memoria datata 25.2.2019 la SIAE ha partitamente replicato all'appello.

5. La causa quindi, chiamata alla pubblica udienza di discussione del 14.3.2019, è stata ivi trattenuta in decisione.

6. E' infondata la prima censura.

6.1. Il dato letterale desumibile dal provvedimento presidenziale n. 173/2015, le cui proposizioni fondamentali sono state innanzi ricordate (v. *sub* 2., primo trattino, *supra*), combinato con dati fattuali non controvertibili, è sufficiente a risolvere nel senso predetto la questione.

Questo decreto presidenziale ha inteso all'evidenza escludere dal mutamento (decorrente dall'1.1.2016) del riparto distributivo dei ricorsi tra le diverse sezioni esterne del Tar Lazio quelli "*per i quali sia stata già fissata la data dell'udienza di merito*".

L'effetto di tale clausola eccettuativa era, altrettanto evidentemente, quello di escludere dallo 'spostamento' presso la nuova e differente sezione individuata (secondo materia) un ricorso per il quale fosse stata già fissata l'udienza di merito e, soprattutto, non rilevando il fatto che tale udienza fissata fosse stata già celebrata ovvero si dovesse ancora celebrare.

L'attenzione a questa ultima considerazione non può essere trascurata giacchè, leggendo il decreto in discorso, non si rinviene alcuna puntualizzazione al riguardo. Per questo deve reputarsi che, come detto, l'udienza 'già fissata' poteva indifferentemente essere già stata celebrata ovvero si dovesse ancora celebrare.

Ebbene nel caso di specie, come emerge testualmente dalla citata ordinanza collegiale n. 6673/2016, *“il ricorso in esame risulta già trattato nel merito, presso la sezione prima di questo Tribunale Amministrativo, nella pubblica udienza in data 25 giugno 2014, in esito alla quale è stata emessa ordinanza collegiale n. 10020/14 del 26 settembre 2014, di rinvio alla Corte Costituzionale, che si è pronunciata con sentenza n. 247 del 21 ottobre 2015”*.

Dunque, alla data di adozione del decreto presidenziale n. 173/2015, per l'originario ricorso di primo grado una pubblica udienza non solo era stata già fissata ma essa si era anche già celebrata. Tuttavia, essendosi risolto l'orientamento del Collegio *pro tempore* in una remissione alla Corte Costituzionale di alcune questioni (peraltro coinvolgenti il merito della controversia), l'esito di quella udienza pubblica non è stato una sentenza sibbene una ordinanza collegiale di remissione, appunto, alla Corte Costituzionale. Decisione, questa, che naturalmente avrebbe implicato il 'ritorno' della controversia innanzi alla (medesima) sezione per la prosecuzione del giudizio (alla luce del pronunciamento della Corte Costituzionale che nel frattempo si sarebbe acquisito) e per la sua definitiva conclusione evidentemente in occasione di una nuova pubblica udienza.

Pubblica udienza, quest'ultima, che tuttavia altro non avrebbe rappresentato se non la naturale ulteriore occasione idonea a trattenere definitivamente in decisione la stessa originaria controversia.

Per le ragioni che precedono, pertanto, nella fattispecie si è proprio inverato il criterio (a finalità eccettuativa) astratto e predeterminato di cui al decreto presidenziale n. 173/2015 e di conseguenza la definitiva delibazione della controversia proprio da parte della sezione presso la quale lite s'era inizialmente incardinata esprime manifestazione tangibile di avvenuto rispetto del principio del 'giudice naturale' (e precostituito) invocato dalla parte la cui eccezione, qui, viene respinta.

7. E' infondata la seconda censura, con ciò potendosi superare l'analisi della pur denunciata inammissibilità di alcuni profili e componenti di tale motivo d'appello.

7.1. Preliminarmente occorre considerare che la richiamata sentenza della Corte Costituzionale n. 247/2015 è stata, sia formalmente sia obiettivamente, una pronuncia in rito (ossia di dichiarazione di inammissibilità delle questioni ad essa poste) e pertanto non è possibile tentare di dilatarne le affermazioni motivate sino al punto di trasformarle in enunciazioni valide a dirimere questioni di merito (quanto alla sussistenza o meno, in capo all'Autorità, di suoi determinati poteri).

Che poi, se anche per un tratto si volesse indulgere in un esercizio di estrapolazione, da brani della sentenza, di affermazioni apparentemente suscettibili di risolvere il merito della questione basilica che qui sta a cuore alla parte appellante, se da un lato si può credere di individuarne alcune utili a questo fine (e si considerino, al riguardo, i segmenti di proposizioni innanzi richiamate), dall'altro però non si può ignorare che la citata sentenza della Corte Costituzionale ne reca anche altre di segno tuttavia opposto (ad esempio, lì dove si afferma che l'Autorità è dotata "*di funzioni e poteri che non solo non sono in discussione, ma che devono essere [ad essa] attribuiti, conformemente a quanto previsto dalla direttiva europea*").

7.2. Quanto poi alla questione centrale affrontata dalla censura in argomento (*i.e.*, se ricorra una sufficiente ed idonea base giuridica occorrente a sostenere l'attribuzione all'Autorità di poteri normativo-regolamentari validi a farle assumere provvedimenti quali quello qui in contestazione), è possibile ritenere ciò che segue.

7.2.1. In merito alle fonti di formale rango primario, non possono non sovvenire le seguenti norme:

a) la l.n. 249/1997 (recante l'istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo), il cui art. 1 (dedicato all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni), co. 6, lett. b), n. 4-bis, dispone che "*Le competenze dell'Autorità sono così individuate: (...) la commissione per i servizi e i prodotti: (...) svolge i compiti attribuiti dall'articolo 182-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni*";

b) la l.n. 633/1941 (recante disposizioni in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio), il cui art. 182-*bis* (introdotto dall'art. 11, co. 1, della l.n. 248/2000) dispone in ordine alle funzioni di vigilanza dell'Autorità, da esercitare in coordinamento con la SIAE, volte a prevenire infrazioni alle norme in tema di diritto d'autore. Al riguardo, vale sottolineare che non merita indulgere sul fatto che tale norma possa non citare espressamente i servizi *internet* quali ambiti formalmente rientranti nel proprio ambito oggettivo di applicazione. Ciò si spiega, per un verso, in funzione anche della risalenza temporale sia della norma principale sia della sua novella e, per altro verso, della non indispensabilità di una tale espressa menzione, palese essendo che la né norma medesima né altre indicano l'esistenza di 'zone franche' entro le quali il diritto d'autore non gode di tutela e protezione. Se ne deve pertanto inferire che naturalmente, nell'ordinamento, il principio della salvaguardia e protezione del diritto d'autore gode di una sua dinamica capacità espansiva a misura che dinamicamente si espandano le forme e gli strumenti di veicolazione di prodotti o servizi relativamente ai quali vige ed opera il diritto in questione;

c) il d.lgs. n. 70/2003 (recante l'attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico):

c.1) i cui artt. 14, co. 3 (in tema di responsabilità nell'attività di semplice trasporto-*mere conduit*), 15, co. 2 (in tema di responsabilità nell'attività di memorizzazione temporanea-*caching*) e 16, co. 3 (in tema di responsabilità nell'attività di memorizzazione di informazioni-*hosting*), ripetono identicamente – così iterando il concetto – che *“L'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui (...), impedisca o ponga fine alle violazioni commesse”*, chiaro essendo che in tale contesto per autorità amministrativa dotata di funzioni di vigilanza debba intendersi l'Autorità;

c.2) il cui art. 17, co. 3 (in tema di assenza dell'obbligo generale di sorveglianza), nel dire quando il prestatore di servizi è civilmente responsabile, indica il caso in cui lo stesso sia richiesto dall'autorità amministrativa avente funzioni di vigilanza, in tal guisa ribadendo per implicito che essa è dotata di correlati poteri inibitori;

d) il d.lgs. n. 177/2005 (recante il testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici), i cui artt. 3 (in tema di principi fondamentali) e 32-*bis* (in tema di protezione dei diritti d'autore) dispongono, rispettivamente:

d.1) che *“Sono principi fondamentali del sistema dei servizi di media audiovisivi e della radiofonia la (...) tutela dei diritti d'autore e di proprietà intellettuale (...)”*;

d.2) che (co. 2) *“I fornitori di servizi di media audiovisivi operano nel rispetto dei diritti d'autore e dei diritti connessi, ed in particolare: (...) si astengono dal trasmettere o ri-trasmettere, o mettere comunque a disposizione degli utenti, su qualsiasi piattaforma e qualunque sia la tipologia di servizio offerto, programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi, o parti di tali programmi, senza il consenso di titolari dei diritti, e salve le disposizioni in materia di brevi estratti di cronaca.”* e (co. 3) *“L'Autorità emana le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti di cui al presente articolo.”*;

e) la l.n. 481/1995 (recante, in principalità, norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità), il cui art. 2, co. 5, dispone tra l'altro che *“Le Autorità (...) sono preposte alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza.”*, così di fatto – col parlare di potere di 'regolazione' – sancendo la loro attribuzione di funzioni dispositive sia meramente amministrative (ad esempio, atti amministrativi generali) sia più propriamente normative (*i.e.*, regolamenti).

7.2.2. Non si può ignorare la nota e riconosciuta elaborazione in materia di c.d. poteri impliciti (anche) delle autorità quali quella di cui qui si tratta, grazie alla quale si è pervenuti a condividere il fatto che sono configurabili funzioni normative in capo a tali soggetti giuridici.

7.2.3. Se ne deve allora trarre la conclusione che nel caso in discorso il censurato provvedimento dell'Autorità è stato adottato in legittimo e corretto esercizio di attribuzioni proprie dell'Autorità medesima.

8. Le considerazioni che precedono conducono altresì ad una conclusione d'infondatezza pure della terza censura.

A ciò va aggiunto che il ricordato giudizio espresso dalla Corte Costituzionale, in ordine al fatto che il quesito sottoposto al suo esame dal Tar Lazio è risultato oscuro, non è sufficiente per ciò solo a dover indurre ad una riproposizione della questione di costituzionalità.

Piuttosto, a ben vedere, è la stessa sentenza n. 247/2015 a recare in sé gli elementi per una valutazione di non sussistenza, al fondo, dei presupposti per una rimessione alla Corte Costituzionale di una questione di sua competenza in rapporto alla materia in discorso.

La Corte ha già segnalato (cfr. par. 4.2 e seguenti della decisione) che le fonti del potere dell’Autorità (in concreto esercitato col censurato suo provvedimento) sono sparse, non organiche e frutto di una sommatoria progressiva di segmenti di attribuzione di poteri, onde nella specie non varrebbe né una sua pronuncia demolitiva né una sua pronuncia additiva.

Varrebbe piuttosto l’intervento dell’unico potere – quello legislativo – effettivamente in grado di assestare ordinatamente la materia, equilibrando tra loro interessi di natura e calibro diversi. E, ancor meglio, l’intervento di una fonte normativa a livello eurounitario, tenuto conto della forte componente transfrontaliera percepibile nella circolazione sulle reti informatiche di prodotti o servizi in relazione ai quali può manifestarsi l’esigenza di tutela del diritto d’autore.

Peraltro, per quanto si dirà, già a cospetto della legislazione vigente è possibile aderire al nocciolo essenziale delle tesi difensive della parte appellante.

9. La quarta censura è infondata.

Non può dirsi, valutando *per tabulas* il materiale oggetto di giudizio, che i primi Giudici non abbiano scrutinato l’originario sesto motivo di ricorso.

Basta invero leggere, al riguardo, quanto la sentenza impugnata espone ai punti 6. e seguenti della sua motivazione.

Né vale sostenere che la norma primaria di riferimento (v. *sub d*) e d-2) *supra*) non contempra espressamente poteri d’intervento dell’Autorità a questo specifico riguardo.

10. La quinta censura – di sostanziale mera riproposizione dell’originario settimo motivo di ricorso di primo grado – è infondata.

I primi Giudici, al riguardo, hanno motivato dicendo che “*La censura è infondata, in quanto 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. A propria volta, lo schema di delibera elaborato in tale ambito non può essere considerato una sorta di provvedimento anticipato sul quale gli operatori possano maturare un legittimo affidamento e sufficiente a generare di per sé l'illegittimità delle eventuali difformità del provvedimento finale.”.

Le argomentazioni così svolte possono essere qui riprese sia perché sostanzialmente condivisibili sia, e soprattutto, perché l'atto d'appello, a questo proposito, non mostra di enunciare critiche proprie alla sentenza di primo grado, che per definizione è l'atto prioritariamente oggetto di un giudizio di revisione del processo di prime cure, il quale per essere sindacato deve essere quanto meno espressamente denunciato (dalla parte che ha interesse) per sue specifiche manchevolezze.

11. Analogamente è infondata la sesta censura.

La questione segnalata (*i.e.*, preteso mancato esame dell'ottavo originario motivo di ricorso) è stata trattata al punto 13. della sentenza impugnata, con la condivisibile motivazione che *“Trattasi di doglianze, ancorché solo formali, prive di fondamento, non essendovi un obbligo di acquisizione al procedimento delle riflessioni di carattere scientifico rilasciate a titolo personale, che al contrario ben possono essere valutate dall'interprete della legge, al pari di ogni altra circostanza, al fine di valutare l'opportunità e la stessa legittimità del procedimento impugnato.”.*

12. E' infondata la settima censura.

Va in primo luogo osservato che le norme segnalate dalla parte appellante, come asseritamente violate (*i.e.*, art. 13, co. 8 e 9, del d.lgs. n. 259/2003), recitano così: *“8. L'Autorità si dota, conformemente alle indicazioni recate dalla direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 marzo 2000, attuativa della legge 8 marzo 1999, n. 50, di forme o metodi di analisi dell'impatto della regolamentazione. 9. Ogni atto di regolamentazione dell'Autorità deve recare l'analisi di cui al comma 8 ed essere conseguentemente motivato.”.*

Ebbene, ove pure ammesso che nella specie l'Autorità non abbia adempiuto a tali disposizioni, non è chi non veda che le stesse sono norme *minus quam perfectae*, giacchè non corredate di sanzione per l'eventualità della loro infrazione.

Non se ne può dunque inferire un'eventuale illegittimità del provvedimento qui contestato.

Peraltro, l'analisi dell'impatto della regolamentazione non presuppone forme vincolate ed assolute, onde la stessa può essere validamente sopperita – come in casi quali quello in discorso – da un'ampia fase di pubblica consultazione in ordine all'oggetto della regolazione che si sarebbe poi adottata.

13. Anche l'ottava censura è infondata – per le condivisibili ragioni già espresse dai primi Giudici (punto 15. della sentenza impugnata) e non sottoposte col ricorso in epigrafe a critiche idonee a demolirle – oltre che connotata da alcuni tratti di singolarità.

Al fondo, con essa si contesta il fatto che non vi sarebbe simmetria (nel provvedimento censurato) tra soggetto beneficiato da un ordine di rimozione eventualmente assunto dall'Autorità e concorso dello stesso alle spese conseguenti a detto ordine.

Astraendo dal caso concreto, l'assunto retrostante la censura in argomento poggia sul fatto che la vittima di un illecito dovrebbe (in tesi) concorrere anche lei alle spese conseguenti alla rimozione delle conseguenze della condotta antigiuridica, così rientrando su un piede di parità (quanto ad oneri economici) con l'autore di tale condotta.

L'argomento, tuttavia, non pare corredato da sufficiente base logica. Per analogia, invero, dovrebbe allora ritenersi che chi ottiene un legittimo ordine di demolizione di un abuso edilizio commesso da un terzo sarebbe tenuto quanto meno a concorrere in quota agli oneri connessi alla rimozione di tale abuso.

Conclusione, questa, che tuttavia non riesce a persuadere.

14. La nona censura è infondata.

Ci si duole di una difformità tra le definizioni contenute nella legge sul diritto d'autore e quelle di cui al provvedimento impugnato, con particolare riguardo alla definizione di «opera digitale».

I primi Giudici hanno condivisibilmente affermato, al riguardo, che *“La censura non risulta, peraltro, particolarmente pregnante, in quanto il principale disallineamento, ovvero la limitazione all'opera “diffusa su reti di comunicazione elettronica”, è semplicemente dovuta all'esigenza di delimitare i confini dell'ambito d'intervento dell'Autorità, allineandoli al suo ambito di vigilanza.”*.

Sotto altro profilo, non può dirsi motivo di invalidità di un atto sublegislativo, per quanto di natura regolamentare, la circostanza per cui lo stesso assuma – ai propri esclusivi fini, come appunto nella specie – formule definitorie di perimetro più contenuto rispetto a quelle ammissibili sulla base di norme di rango primario.

S'è già detto, poi, in tema di sufficienza della base giuridica sulla cui scorta l'Autorità ha nella specie operato.

15. La decima censura è infondata in quanto la questione centrale del presente giudizio non è tanto quella se il provvedimento in contestazione dovesse essere adottato da altra autorità del Governo centrale, in virtù di sue proprie competenze concorrenti in materia, quanto piuttosto quella – diversa – della legittimità o meno di tale provvedimento in funzione della sfera di attribuzioni proprie dell'Autorità.

Aspetto, quest'ultimo, sul quale s'è già invero detto sopra.

16. Non condivisibile e pertanto infondata risulta anche l'undicesima censura.

Le obiezioni formulate in argomento col ricorso in epigrafe non superano, invero, le condivisibili argomentazioni dei primi Giudici secondo le quali quello in discorso è *“un procedimento di natura meramente amministrativa, caratterizzato dal meno pregnante principio della partecipazione procedimentale, che va ponderata con le eventuali ragioni d'urgenza”*, relativamente al quale non è dato invece *“lamentare la violazione del principio del contraddittorio, che contraddistingue il processo o al più un procedimento amministrativo di natura contenziosa”*.

Peraltro parte appellante non adduce quella che potrebbe costituire una sorta di 'controprova' a sostegno dei propri assunti, ossia il fatto che, sebbene noti, anche altri soggetti oggettivamente interessati alla partecipazione procedimentale potrebbero finire per essere pretermessi dal 'dialogo' procedimentale di cui tratta il contestato regolamento.

Di contro, lo stesso risulta sufficientemente strutturato al fine di consentire detto dialogo, e la relativa partecipazione dialogica, a tutti i soggetti interessati ed effettivamente noti, cui pertanto può essere estesa la possibilità di intervenire nel procedimento in tal guisa regolamentato.

La brevità di termini procedimentali, pur ricorrente, non si sottrae poi ad una valutazione pur sempre positiva, tenuto conto dell'obiettiva esigenza di rapidità nel procedere che in taluni casi – previsti dal regolamento – si manifesta.

17. E' infondata la dodicesima censura.

Gli originari motivi sesto e quindicesimo sono invero presi in considerazione al punto 6. e seguenti della sentenza impugnata, mentre il settimo è trattato al punto 12. della stessa.

Dunque nessuna loro pretermissione, dato che il fatto che gli stessi non siano stati affrontati dai primi Giudici nello stretto ordine numerico di rispettiva formulazione non può costituire motivo di illegittimità della pronuncia qui in scrutinio.

Quanto al merito delle corrispondenti obiezioni articolate in primo grado e riprese con l'atto d'appello valga nel complesso osservare che, per un verso, la base giuridica di primario livello del contestato regolamento è già stata sopra rinvenuta e, per altro verso, che la previsione di misure inibitorie amministrative – a cospetto di condotte antiggiuridiche in danno del diritto d'autore – altro non costituiscono che il logico e naturale corollario di completamento della disciplina regolamentare che l'Autorità ha inteso dare con l'atto in discorso, in assenza delle quali lo stesso atto risulterebbe di fatto vuoto e privo di strumenti per assicurarne l'osservanza..

18. E' infondata la penultima censura in quanto, ad onor del vero, anche in ragione di quanto sopra già detto, le valide ragioni della celerità nel procedere – in presenza di determinati presupposti – sono state esaminate dai primi Giudici e trovate convincenti (punto 20. della sentenza impugnata).

Condivisibilmente gli stessi hanno al riguardo motivato col dire che *“il procedimento abbreviato previsto dall'articolo 9 del Regolamento risponde all'esigenza di rapidità dell'azione a tutela del diritto d'autore online, considerato anche che, in accoglimento delle osservazioni della Commissione europea, oltre che sulla spinta delle istanze presentate nel corso della consultazione pubblica, tutti i termini previsti nell'iniziale schema di regolamento approvato il 25 luglio 2013 sono stati estesi nella versione finale”*.

Non si può allora non cogliere anche il tratto positivo dato non solo dal fatto che i termini procedurali sono stati, in fine, dilatati rispetto ad una loro originaria previsione ma anche, e soprattutto, che ciò è avvenuto in adesione a specifiche osservazioni della Commissione europea, ad ulteriore testimonianza della circostanza che una interlocuzione con questo Organo sovranazionale c'è stata ed

è stata anche proficua, al punto che di suoi rilievi è stato fatto tesoro in occasione del confezionamento finale del provvedimento regolamentare contestato dalla parte ricorrente.

19. E' poi infondata l'ultima censura.

E questo sia per le ragioni appena sopra esposte sia perché, notoriamente, le osservazioni della Commissione europea (nei casi in cui è prevista una interlocuzione tra gli organi di uno Stato membro e quelli del plesso ordinamentale sovranazionale), qualora non vengano da essa formulate (nei casi strettamente previsti) in termini necessariamente 'condizionanti' la valida approvazione di atti d'interesse anche sovranazionale, valgono quali meri contributi od avvisi, cui non è indispensabile attenersi.

E non è un caso che, nella fattispecie, neppure venga riportato che la Commissione europea abbia paventato nei riguardi dell'Italia infrazioni procedurali per il semplice mancato recepimento di tutte le sue osservazioni formulate in occasione della formazione del provvedimento censurato dalla parte ricorrente.

20. Mostrano profili di fondatezza, invece, la tredicesima e quattordicesima censura articolata con l'appello in epigrafe, quanto meno dal punto di vista del rigoroso rispetto del principio di legalità.

Il regolamento (v. artt. 8, 13, 14) invero contempla sanzioni amministrative pecuniarie in danno di coloro che tengono condotte antigiuridiche (lesive del diritto d'autore) perché, in pratica, consentono la veicolazione su canali informatici di prodotti e servizi relativamente ai quali non risultino pienamente rispettate le disposizioni vevoli a tutela del diritto d'autore.

Ora, se per l'insieme delle ragioni che precedono è consentito ritenere legittimo che, attraverso il contestato regolamento, l'Autorità possa – a fronte di tali condotte antigiuridiche – adottare misure strettamente amministrative volte a prevenire od inibire dette condotte non è altrettanto lineare ed automatico (proprio per rispetto del principio di legalità) ammettere che, a fronte dell'inosservanza di tali misure amministrative, colui che non vi ottemperi per ciò solo debba scontare l'onere di una sanzione pecuniaria in mancanza di una norma primaria che tanto espressamente e preventivamente preveda.

La teoria dei c.d. poteri impliciti neppure sopperisce, a tal riguardo, sia perché figlia di una fonte di sua produzione non legislativa sia perché di per se stessa inidonea a giustificare una espansione applicativa di tali poteri fino al segno di poter addirittura configurare la produzione di norme (all'evidenza subprimarie) idonee a produrre (sotto le spoglie di sanzioni amministrativa pecuniarie) conseguenze sul fronte patrimoniale del privato.

E non può dirsi sufficiente la base normativa primaria che, in via generale ed astratta, configura sanzioni amministrative pecuniarie per il mancato rispetto di ordini legittimi dell'Autorità.

A completamento del rispetto stringente del principio di legalità occorrerebbe ancora che tale base normativa prevedesse esplicitamente la conseguenza di una sanzione amministrativa pecuniaria per il mancato rispetto di un ordine dell'Autorità impartito proprio e direttamente per prevenire o inibire la veicolazione su canali informatici di prodotti o servizi assistiti dalla tutela del diritto d'autore.

Cosa che nella specie, tuttavia non risulta ricorrere.

21. In conclusione, l'appello è fondato nei soli limiti innanzi detti, e pertanto merita d'essere perciò accolto per quanto di ragione con corrispondente annullamento parziale – in parziale riforma della sentenza impugnata – del regolamento impugnato, mentre è infondato nel resto per le altre ragioni sopra illustrate.

22. Tenuto conto dei tratti di novità delle questioni trattate, anche le spese di questo grado di giudizio meritano di essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie per quanto di ragione nei soli limiti di cui in motivazione, con conseguente riforma parziale della sentenza impugnata e corrispondente annullamento parziale degli atti originariamente impugnati, e lo respinge nel resto.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Bernhard Lageder, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Italo Volpe, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Italo Volpe

IL PRESIDENTE

Sergio Santoro

IL SEGRETARIO