

Quaderni del DAE

Rivista di Diritto Amministrativo Elettronico

...

AGCOM e Ministero delle Comunicazioni:
ruoli e funzioni.

Corrado Diaco

...

2003

Nata nel 1997 sulla scorta dell'esperienza anglosassone e francese, con l'obiettivo principale di svolgere l'importante funzione di *regolazione* dell'attività amministrativa in relazione allo sviluppo delle cosiddette nuove tecnologie, l'Autorità Garante delle Comunicazioni si trova oggi a ricoprire una funzione di primissimo piano dovuta ai recenti sviluppi delle tecnologie in materia di telefonia e di telematica. Il diffondersi incredibilmente rapido della telefonia mobile e di Internet, le nuove frontiere aperte dalla videofonia e dall'UMTS aprono infatti scenari nuovi rispetto ai quali l'AGCOM sarà sempre più protagonista per la sua natura, tutta italiana, di autorità "**convergente**". La scelta del legislatore italiano è stata infatti quella di attribuire a un unico organismo funzioni di regolamentazione e vigilanza nei settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e dell'editoria. Tale scelta si dimostra ogni giorno più giustificata dai continui progressi della tecnologia digitale, che attenua, fino ad annullarle, le differenze fra i diversi mezzi di comunicazione, diventati veicolo di contenuti – immagini, voce, dati – sempre più interattivi. Telefono, televisione e computer (e ad oggi videofonini, palmari e apparecchiature wireless) sembrano infatti giorno dopo giorno integrarsi sempre più, facendo convergere sulla medesima piattaforma tecnologica una gamma sempre più ampia di servizi.

Inevitabilmente, col moltiplicarsi delle applicazioni e dei servizi oltre che degli interessi economici coinvolti nello sviluppo di tali nuove tecnologie, aumentano anche le possibilità di contenzioso che vedono l'AGCOM sempre più impegnata a svolgere l'importante e delicatissima funzione di garanzia tra potere politico e gruppi privati, nell'ottica della massima tutela dei diritti dei cittadini. Compiti dell'Autorità sono infatti quelli di garantire: l'attuazione della liberalizzazione nel settore delle telecomunicazioni, con le attività di regolamentazione e vigilanza e di risoluzione delle controversie; la razionalizzazione delle risorse nel settore dell'audiovisivo; l'applicazione della normativa antitrust nelle comunicazioni e la verifica di eventuali posizioni dominanti; la gestione del Registro Unico degli Operatori di Comunicazione; la tutela del diritto d'autore nel settore informatico ed audiovisivo, affidata a un'apposita Unità antipirateria. Oltre questi compiti, vi sono anche quelli di controllo e vigilanza sulla rete Internet, con tutte le problematiche relative alla stessa, tra cui quelle relative all'accesso (mediante l'introduzione di un modello forfetario e l'utilizzo di numerazione dedicata) ed a cui presumibilmente si aggiungeranno presto anche le questioni sull'attribuzione dei domini e sugli inevitabili abusi che coinvolgono quello che è ritenuto il mezzo di comunicazione per eccellenza del nuovo millennio.

Appare pertanto evidente l'importanza fondamentale del **carattere di indipendenza** dell'Authority sia dal potere politico, rappresentato dal Governo e dal Ministero delle Comunicazioni, che dall'interesse privato, rappresentato ad oggi soprattutto dagli operatori di fonìa ed internet. A tal proposito non si può fare a meno di sottolineare il dibattito, ad oggi non ancora del tutto esaurito, sulla natura dell'Authority, con particolare riguardo ai rapporti della stessa con gli organi dell'esecutivo. Estremamente discussa è stata infatti, soprattutto nel periodo immediatamente successivo a quello della creazione dell'Autorità, la sua natura di soggetto pubblico di diritto amministrativo. Far ricadere il campo di applicazione dell'AGCOM nella funzione amministrativa, farebbe discendere infatti la possibilità per l'esecutivo di attuare i poteri di direzione e controllo previsti dall'art.95 della Costituzione e che, ai sensi dell'art.2, comma 3, lett.p) della l. 400/88 consentirebbero finanche al Consiglio dei Ministri di annullare gli atti amministrativi illegittimi che contrastino con l'ordinamento generale. E' oltremodo evidente l'incompatibilità di tale controllo con le caratteristiche di indipendenza di un organismo che come l'AGCOM è chiamato ad espletare una funzione

di garanzia con la massima imparzialità ed autonomia. Di qui l'assoluta atipicità dell'AGCOM rispetto agli altri organi amministrativi, testimoniata anche dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato del 29.5.1998, n.988 la quale, pur ritenendo che *"l'operato delle autorità si debba uniformare a quei requisiti di concretezza, spontaneità e discrezionalità che sono propri dell'azione amministrativa"* e che la sua *"funzione di garanzia debba essere incardinata nella funzione amministrativa"*, ha esplicitamente sancito che la stessa *"debba operare in piena autonomia rispetto agli organi dell'esecutivo"*. Il tema assume particolare importanza soprattutto per quanto riguarda gli atti che incidono sulla conformazione del mercato radiotelevisivo, tra cui vi è il piano di ripartizione delle frequenze, lo schema di convenzione annessa alla concessione del servizio pubblico radiotelevisivo e i disciplinari per il rilascio di autorizzazioni e concessioni. In tali tipi di atti il rapporto tra AGCOM e Ministero sembra contraddire la piena autonomia dall'esecutivo atteso che i rapporti fra i due organi diventano spesso molto stretti: per i piani di assegnazione delle frequenze, ad esempio, ai sensi dell'art.1, comma 6, lett. a) della l.249/97 è stabilito esplicitamente che l'Autorità si avvalga anche degli organi del Ministero. Si ricordi altresì la stretta Collaborazione tra Autorità e Presidenza del Consiglio dei Ministri, in relazione alla contestata procedura di licitazione che ha portato all'assegnazione delle licenze per la telefonia UMTS o altresì le polemiche in materia di assegnazione delle frequenze televisive. Non è questa tuttavia la sede per affrontare temi estremamente scottanti soprattutto in materia di televisioni, ma quanto detto fino ad ora dovrebbe bastare per far riflettere sulla reale portata del problema.

Qualche altra considerazione va fatta in relazione alla modifica delle **funzioni del Ministero** in relazione alla nascita ed all'entrata a pieno regime dell'attività dell'Autorità. Il decreto legge 12.6.01 n.217, convertito con legge n.317 del 3.08.01, nel modificare il D.L. 300/99 e nell'istituire il nuovo Ministero delle Comunicazioni, ne ha infatti definito le competenze e le funzioni (art.32bis – quinquies, D.L. 300/99). Tra le altre *"al Ministero sono attribuite le funzioni e i compiti spettanti allo Stato in materia di poste, telecomunicazioni, reti multimediali, informatica, telematica, radiodiffusione sonora e televisiva, tecnologie innovative applicate al settore delle comunicazioni, ferme restando le competenze in materia di stampa ed editoria del Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Restano ferme le competenze dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni"* (art.32bis D.L.300/99). Come si evince dal dettato letterale della norma, le funzioni attribuite al nuovo ministero sarebbero residuali rispetto a quelle attribuite all'Autorità: non sono tuttavia mancate numerose difficoltà di carattere interpretativo sui reciproci limiti e poteri. In particolare è stato spesso necessario l'intervento consultivo degli organi del Garante per l'adozione di provvedimenti demandati al Ministero ma disciplinati da provvedimenti dell'Autorità. Per superare tali difficoltà, è stato necessario attivare numerosi tavoli di consultazione tra Ministero ed Autorità per definire gli spazi reciproci e soprattutto garantire quella funzione di imparzialità che è, come si è visto, caratteristica indispensabile di un'Autorità indipendente.

Ma le necessità di indipendenza ed autonomia del Garante, non solo nei confronti degli organi di direzione politica, bensì anche verso i soggetti economici che operano nel settore, è resa ancor più impellente dalla **funzione para-giurisdizionale** che la stessa Autorità è chiamata a svolgere. A tal proposito la legge 249/97, all'art.1 comma 11, prevede che *"L'Autorità disciplina con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro. Per le predette controversie, individuate con provvedimenti dell'Autorità, non può proporsi ricorso in*

sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità. A tal fine, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione". In esecuzione di tale disposto normativo, l'AGCOM ha emanato due regolamenti, concernenti la risoluzione di controversie tra organismi di telecomunicazioni (delibera 148/01/CONS) e la risoluzione delle controversie tra organismi di telecomunicazioni ed utenti (delibera 182/02/CONS).

Tralasciando il contenzioso tra utenti ed organismi dei telecomunicazioni per questioni di brevità, è il caso ora di analizzare il regolamento sul contenzioso relativo alle **controversie tra operatori**, in quanto l'esame dello stesso che ci consentirà di svolgere alcune considerazioni sul reale ruolo dell'autorità e sui limiti della stessa.

Innanzitutto bisogna dire che il regolamento di cui alla delibera 148/01/CONS, pubblicato sulla G.U.R.I. dell'11 aprile 2001 distingue innanzitutto due tipi di controversie tra operatori: 1) quelle relative all'interconnessione all'accesso speciale alla rete, disciplinate nel capo I, e 2) quelle in cui "un organismo di telecomunicazioni lamenta la violazione, da parte di un altro organismo di telecomunicazioni, di un suo diritto o interesse protetto da un accordo di diritto privato o dalle norme che disciplinano la materia delle comunicazioni". Sia per l'uno che per l'altro tipo di controversie l'istruzione della lite è affidata al "Dipartimento garanzie e contenzioso dell'Autorità per le Garanzie delle comunicazioni" mentre la decisione è di competenza della Commissione per le infrastrutture e le reti.

In tema di interconnessione (Capo I) i poteri dell'Authority prevedono anche la possibilità di un intervento d'ufficio "per far sì che i contratti siano conclusi e applicati efficientemente e tempestivamente, siano conformi ai requisiti essenziali e garantiscano il mantenimento della qualità per l'intero ciclo di attività" e "ove ciò sia giustificato dall'esigenza di garantire un'effettiva concorrenza e interoperatività dei servizi, per definire condizioni eque, non discriminatorie e ragionevoli per entrambe le parti e per garantire il massimo beneficio a tutti gli utenti, nonché ove, ciò sia giustificato dalle medesime esigenze, per apportare modifiche alle disposizioni degli accordi già conclusi". L'avvio della procedura, d'ufficio o su istanza di parte, prevede che le parti possano produrre fino a 5 giorni prima della comparizione davanti all'autorità memorie e documenti nonché estrarre copie degli atti. Dopo la comparizione delle stesse dinanzi al Dipartimento, questo elabora e notifica agli operatori una proposta di accordo. L'adesione a tale accordo è seguita da un verbale che definisce la controversia; in caso contrario si redige un verbale di accordo mancato che viene inviato alla Commissione per le infrastrutture e le reti che decide con atto vincolante.

E' facile, pertanto, rendersi conto come la procedura di cui al capo I preveda una notevole attribuzione di poteri all'Autorità: oltre alla competenza esclusiva in materia di interconnessione, questa può iniziare infatti il provvedimento d'ufficio ed ha notevoli poteri decisorii, anche in mancanza di accordi fra le parti.

Ben diversa è invece la procedura di cui al Capo II del regolamento e relativa alle controversie su materie diverse dall'interconnessione. In quest'ipotesi il ricorso all'autorità è obbligatorio solo per quanto concerne il preventivo esperimento di un tentativo di conciliazione che è condizione necessaria per la proposizione del ricorso giurisdizionale. La procedura di conciliazione si svolge dinanzi al Dipartimento e deve essere ultimata entro trenta giorni alla proposizione dell'istanza. L'esito positivo della stessa è sancito da un verbale che costituisce titolo esecutivo, in caso contrario il Direttore del Dipartimento si limita a verbalizzare l'esperimento del tentativo. In quest'ultima ipotesi il deferimento all'Autorità della risoluzione della controversia è meramente eventuale, dovendo essere proposto "dalle parti di comune accordo" e

come alternativa al ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria. E' evidente quindi come in materie diverse dall'interconnessione il potere dell'Autorità sia del tutto inadeguato all'importanza del compito che la stessa è chiamata a svolgere. Secondo la relazione annuale sull'attività svolta dall'Autorità, pubblicata nel giugno 2002 e relativa al periodo maggio 2001 - aprile 2002 (quella relativa al periodo maggio 2002 - aprile 2003 non è stata ancora pubblicata), sulle undici controversie tra organismi di comunicazioni di cui alla delibera 148/01/CONS ben otto si sono concluse con verbale di mancata conciliazione. Delle rimanenti tre, due si sono concluse con un accordo tra le parti e una sola è stata decisa con provvedimento dell'autorità in quanto ha visto l'applicazione della procedura di cui al Capo I.

Da questa statistica è facile comprendere come nella maggior parte dei casi l'Autorità si sia limitata soltanto a prendere atto della mancata conciliazione tra le parti e solo in un caso abbia potuto concretamente esercitare i poteri decisorii che la legge le attribuisce. Sebbene infatti, a differenza del garante per la privacy, all'Autorità per le Comunicazioni sia consentito comminare e mettere in esecuzione, anche sanzioni amministrative pecuniarie, oltre che la sospensione, autorizzazione o revoca dell'attività nei confronti del titolare di licenza o autorizzazione, è un dato di fatto che solo in rare ipotesi la stessa Autorità abbia esercitato tale potere. Su questo è assolutamente innegabile l'influsso del fatto che nelle materie diverse dall'interconnessione la possibilità di adire l'Authority in fase decisoria sia soltanto un'alternativa al ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria. Non si può tuttavia fare a meno di constatare che vi sia anche un certo atteggiamento da parte degli organi della stessa Autorità a interpretare nel modo più restrittivo possibile le disposizioni di cui al capo I che prevedono una competenza esclusiva della stessa sulle controversie. L'insieme di questi due fattori ha quindi portato in concreto il Garante ad una trasformazione da organo para-giurisdizionale ad un ruolo di mera constatazione della mancata conciliazione tra le parti. A tal proposito non si può che sottolineare l'occasione perduta per dare al mondo delle telecomunicazioni una definizione uniforme delle possibili controversie da parte dell'unico organo dotato della competenza necessaria per pronunciarsi su questioni che richiedono spesso anche un notevole bagaglio di nozioni tecniche. Inoltre, si deve anche sottolineare che l'intenzione del legislatore che traspare da più parti nella normativa vigente in materia sia stata quella di affidare la soluzione delle possibili controversie ad organi stragiudiziali. Lo stesso tentativo obbligatorio di conciliazione, ma anche l'inserimento nei contratti di clausole volte a regolare la risoluzione non giudiziale delle controversie, previsto esplicitamente dal D.M. 23.4.1998 (art.6 comma 2, lett.g) sembrano infatti evidenziare un orientamento che appare contrastare con quello che è stata l'attività del Garante nei primi due anni. Ne discende l'auspicio di un cambio di orientamento o, in mancanza, una statuizione dell'obbligo, magari stabilito con legge ordinaria, che le controversie attribuite all'Autorità per le Comunicazioni vengano definite dalla stessa con provvedimenti decisorii indipendentemente anche in materie diverse dall'interconnessione. Questo consentirebbe, oltre a dare una concreta attuazione alla ratio della normativa vigente, anche di evitare i sempre più frequenti contrasti giurisprudenziali in materia di competenza, che di certo non sono di aiuto né allo sviluppo procedurale di una materia nuova e così delicata, né all'esigenza, indiscutibile, di certezza del diritto.

Concludendo, non si può che ribadire che lo sviluppo delle tecnologie di cui si è avuto modo di accennare all'inizio di questo breve intervento non sembrano lasciare spazio ad ulteriori indugi, se si vuole che l'Autorità continui ad espletare il ruolo di vigilanza ed imparziale regolamentazione per il quale è stata

istituita, atteso anche il notevole e prevedibile sviluppo che il contenzioso in materia avrà nei prossimi anni.

Napoli, 17.06.2003

Bibliografia

1. S. Labriola *"Le Autorità indipendenti dei fattori evolutivi ed elementi nella transizione nel diritto pubblico italiano"*
2. L. Arcidiacono *"Governo, Autorità indipendenti e Pubblica amministrazione"*
3. P. Bilancio *"Attività normativa delle Authorities"*
4. E. Freni *"Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni"*
5. sito istituzionale dell'Autorità: www.agcom.it