

Comunicazioni elettroniche

Segnali di tensione tra Agcom e governo

Autorità per la Garanzia nelle comunicazioni - Segnalazione al Governo e al Parlamento circa il recepimento delle nuove Direttive comunitarie relative alle comunicazioni elettroniche, 22 febbraio 2011

Omissis.

Il commento di Lorenzo Saltari

Il Parlamento sta esaminando la legge di delega al governo per adeguare l'ordinamento interno agli obblighi comunitari conseguenti all'emanazione delle direttive di terza generazione. L'Agcom segnala che ciò sta avvenendo senza il suo coinvolgimento e in ritardo. L'esecutivo, infatti, diversamente dal passato, non sta dando all'Autorità un ruolo centrale nella trasposizione delle nuove direttive. Ciò, oltre a creare una tensione tra istituzioni dalla quale l'ordinamento di settore non trae profitto, impedisce un efficiente adeguamento dell'ordinamento interno al diritto europeo.

Le ragioni della segnalazione

La terza *Review* europea delle comunicazioni elettroniche (1) va attuata dagli Stati entro il 25 maggio 2011. La "legge comunitaria" per il 2010, ancora in discussione in Parlamento (2), delega il governo ad emanare decreti che recepiscano questa disciplina entro due mesi dalla sua promulgazione (3). Ne deriva che, nella migliore delle ipotesi, l'Italia rispetterà gli obblighi sovranazionali con un ritardo di qualche mese.

La preoccupazione circa il rispetto dei termini è la ragione per la quale l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) interviene nel dibattito riguardante la trasposizione della nuova disciplina europea. In una segnalazione al Parlamento e al governo, infatti, l'Agcom solleva tale problema insieme ad altri d'importanza pari o superiore (4). Anzi tutto, osserva che tra i principi e i criteri direttivi della delega mancano quelli del rafforzamento dell'indipendenza e dell'autonomia dell'autorità nazionale di regolazione, pur previsti dal diritto comunitario (5). Poi, lamenta che il Parlamento non intende cogliere l'occasione della revisione per riordi-

Note:

(1) Su questa disciplina, si v. *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, a cura di G. Morbidelli e F. Donati, Torino, 2009; B. Argiolas, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche*, in questa *Rivista*, 2011, 191 ss.; F. Bassan, *Diritto delle comunicazioni elettroniche. Telecomunicazioni e televisione dopo la riforma comunitaria del 2009*, Milano, 2010; R. Cassano e M. Clarich, *L'imposizioni degli obblighi regolamentari "ex ante" nel nuovo quadro normativo delle comunicazioni elettroniche*, in *Dir. inform.*, 2009, 23 ss.; I. Chieffi, *La revisione del procedimento amministrativo europeo nelle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 901 ss. e M. Orofino, *Il telecoms package: luci e ombre di una riforma molto travagliata*, ivi, 2010, 513 ss.; G.L. Tosato, *L'evoluzione della disciplina comunitaria sulle comunicazioni elettroniche*, in *Dir. ue*, 2009, 171 ss.

(2) Il testo è stato approvato dalla Camera dei deputati. Tuttavia, gli emendamenti proposti dalle commissioni senatoriali rendono assai probabile un altro passaggio a Montecitorio, con l'inevitabile dilatazione dei tempi d'approvazione della legge.

(3) Art. 11, atto Camera 4059.

(4) M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 32, osserva come spesso «i parlamentari percepiscono le segnalazioni delle autorità come interferenze, specie quando mettono a nudo i difetti di proposte di legge, frutto di mediazioni il più delle volte al ribasso, volte a curare gli interessi delle varie lobby».

(5) Art. 1, par. 3, lett. a) e b), dir. 2009/140 che modifica l'art. 3 della dir. 2002/21.

nare l'assetto delle funzioni e concentrarle sull'Autorità, ponendo così fine alla loro dispersione tra più centri amministrativi. In ultimo, rileva anche il suo mancato coinvolgimento nella predisposizione della disciplina attuativa delle nuove direttive. Questa omissione è particolarmente criticata perché, nel precedente adeguamento al diritto comunitario, all'Autorità fu riconosciuto un ruolo rilevante.

La (sempre problematica) attuazione del diritto europeo

L'inadeguata elaborazione dei principi e criteri direttivi della delega striderebbe con la rilevanza delle innovazioni europee particolarmente importanti specie rispetto alla posizione delle *Autorità nazionali di regolazione* (Anr).

Sin dall'avvio della liberalizzazione, il recepimento delle direttive sulle telecomunicazioni, è stato difficile e foriero di discussioni tra gli studiosi (6). Si pensi alle critiche alla "de-legificazione in bianco" che consentì la trasposizione di numerose direttive con il d.P.R. n. 318/1997 oppure alla prassi per la quale l'Autorità stessa applicava il contenuto di una direttiva dandone un'attuazione indiretta (7). L'emanazione, nel 2003, del *Codice delle comunicazioni elettroniche* (8), lasciava pensare che si fosse raggiunta una modalità d'attuazione equilibrata. Il Parlamento delega il governo ad emanare un decreto di trasposizione. Il governo, a sua volta, si vale dell'apparato tecnicamente più competente, l'Agcom, nella concreta predisposizione di questo decreto. L'esecutivo, in questo caso, si serve della collaborazione di un apparato indipendente nello svolgimento delle sue competenze normative (9). Invece, la segnalazione dell'Agcom mostra che questa prassi non si è sedimentata.

Suscita invero perplessità anche il meccanismo con il quale si approvò il *Codice*. Esso è farraginoso ed elude i principi della delega legislativa (10). Nella legge che autorizza il governo ad esercitare un potere normativo primario, vi sono scarse previsioni che non rispettano i limiti posti dall'art. 76 Cost. Già la direttiva reca obiettivi che devono essere perseguiti con una disciplina nazionale di dettaglio. Per questo, la cd. "delega comunitaria" si trasforma, nella migliore delle ipotesi, in una pleonastica ripetizione di quanto già disposto in sede sovranazionale (11). Per superare quest'aporia, si dovrebbe non avversare la trasposizione della disciplina europea con regolamento governativo (12), devolvendo alla legge, dove è il caso, la definizione d'oggetti riserva-

ti (13). Migliorerebbe la linearità dell'adeguamento dell'ordinamento interno a quello sovranazionale facendo corrispondere forma e sostanza (14).

Questa posizione, tuttavia, non è fatta propria dall'Autorità che pone al centro della segnalazione la necessità del suo coinvolgimento nella trasposizione delle nuove direttive. Che il nodo sia questo lo prova la seguente circostanza. Anche la legge che delegò (15) l'emanazione del decreto che sarebbe divenuto il n. 259/2003 recava criteri e principi vaghi e sintetici. Sotto questo profilo vi è una piena analogia con la legge comunitaria in corso d'approvazione. Allora, però, l'Agcom, fatta partecipare alla redazione del decreto legislativo, non ebbe nulla da eccepire.

Il ruolo da riconoscere all'Agcom

Come ricordato dall'Autorità, la direttiva 2009/140 è importante perché supera le incertezze del diritto

Note:

(6) Si v. F. Bassan, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2002, 79 ss.

(7) In passato l'Agcom si è valse del potere regolamentare anche per dare attuazione a norme comunitarie. Ad esempio con una delibera (la 3/Cir/99) fu recepita la disciplina contenuta dalla dir. 1998/61 relativa alla regolazione della preselezione. Altri episodi analoghi si sono avuti a proposito dei canali televisivi liberamente accessibili o agli obblighi asimmetrici a carico degli operatori radiomobili. Tale prassi è esaminata criticamente da F. Bassan, *op. ult. cit.*, 85 ss.

(8) Si tratta del d.lgs. n. 259/2003, intitolato appunto *Codice delle comunicazioni elettroniche* (su cui F. Quadri, *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, in *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, a cura di R. Perez, Milano, 2004, 27 ss.; N. Rangone, *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, in *questa Rivista*, 2004, 1173 ss.).

(9) È la stessa Autorità nella *Segnalazione* a ricordare che, nel recepimento del pacchetto di riforme del 2002, vi fu la sua «partecipazione alle attività di predisposizione del provvedimento delegato» (p. 2, nota 6). In generale, sul ruolo della burocrazia nell'attività di formazione delle norme, si v. S. Cassese, *Introduzione allo studio della normazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 307 ss.

(10) M. Savino, *L'amministrazione nazionale e l'Europa: l'eterna rincorsa*, in *L'amministrazioni pubbliche tra conservazione riforme*, Milano, 2008, 152.

(11) C. De Fiore, *Trasformazioni delle delega legislativa e crisi della categoria normativa*, Padova, 2001, *passim*.

(12) Art. 11, l. n. 11/2005.

(13) G. Tesauro, *Procedura di adeguamento al diritto comunitario: problemi antichi e nuovi propositi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 385 ss.

(14) Sull'ambigua posizione del Parlamento nella trasposizione delle direttive comunitarie, si v. S. Cassese, *La regola e le deroghe. Il sistema politico amministrativo italiano e le direttive comunitarie*, in *Scritti su le fonti normative e altri temi di diritto vario in onore di Vezio Crisafulli*, II, Padova, 1985, 127 ss.

(15) Si cfr. l'art. 41, l. n. 166/2002.

europeo sull'indipendenza e sull'autonomia delle autorità nazionali di regolazione (16) e il suo recepimento avrà implicazioni rilevanti per il nostro ordinamento. Proprio gli effetti della trasposizione conferiscono ad essa risvolti politicamente delicati. E pare essere questa la ragione per cui l'esecutivo sta preferendo una gestione diretta dell'attuazione. In base ad un primo esame, si potrebbe ritenere che la nuova disciplina non produca particolari conseguenze. L'Italia, grazie alla legge n. 249/1997, possiede già un'autorità di settore. Evidentemente, il diritto europeo si rivolge agli Stati che hanno l'esigenza di rafforzare la posizione istituzionale dei loro regolatori.

Questa valutazione, viceversa, è scorretta per almeno due profili. In primo luogo, per il nostro diritto con "autorità nazionale di regolazione" deve intendersi tanto l'Agcom quanto il Ministero delle comunicazioni (17). Ne deriva una conseguenza semplice ma d'enorme impatto (anche politico). Tutte le competenze regolatorie del Ministero, prime fra tutte quelle legate alle procedure che condizionano l'accesso al mercato, andrebbero riportate all'Agcom (18). In secondo luogo, il meccanismo di designazione ed elezione dei vertici dell'Autorità non pare coerente con la nuova disciplina europea per la sua accentuata parlamentarizzazione (19).

Affermare però che l'Agcom vada coinvolta *tout court* nel processo di trasposizione delle direttive europee, implica che essa partecipi anche alla redazione delle norme che più la riguardano: quelle che ne rafforzano l'autonomia dalla politica.

Occorre chiedersi se quest'ordine d'idee sia condivisibile.

Carattere delle autorità indipendenti è l'essere connesse direttamente alla legge senza la mediazione del governo (20). Si consideri, poi, che l'art. 97 Cost. dispone una riserva di legge, ancorché relativa, in materia d'organizzazione delle pubbliche amministrazioni. Si aggiunga che, rispetto alla posizione delle Anr, la direttiva 2009/140 delinea un obiettivo, lasciando agli ordinamenti nazionali la scelta dei modi attraverso cui raggiungerlo. Su questo gli Stati possono e devono compiere valutazioni originali adattando il dettato europeo alla loro tradizione costituzionale e amministrativa (21). Alla luce di questi elementi, non solo non v'è un vincolo europeo per il quale l'Agcom debba concorrere alla redazione delle norme che ne riformano lo statuto giuridico, ma vi è anche un chiaro disfavore costituzionale.

Ciò nonostante, l'Autorità non è criticabile quando lamenta l'esiguità dei principi e dei criteri direttivi

contenuti nella legge comunitaria. Così si conferisce al governo una "delega in bianco" anche su delicati profili quali l'autonomia e l'indipendenza del Regolatore e l'allocatione delle funzioni adesso ripartite tra l'Autorità e il Ministero delle comunicazioni (22).

Diversa è, invece, la considerazione per le altre norme europee, quelle che non riguardano il profilo istituzionale dell'Autorità. Non avvalersi dell'*expertise* dell'Agcom non pare ragionevole. Si consideri, infatti, che l'Autorità, oltre a padroneggiare il Codice, ben conosce i contenuti e le finalità delle nuove direttive, anche per aver preso parte ai lunghi negoziati che le hanno precedute. Quindi, è la tecnostruttura meglio attrezzata a prefigurare le modifiche alla disciplina interna necessarie per i nuovi vincoli europei (23). Questa, però, è una valutazione sulla razionalità delle scelte dell'esecutivo.

Note:

(16) Per R. Perez, *Comunicazioni elettroniche*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Pt. spec., II, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Milano, 2007, II ed., 809, già le direttive del 2002 obbligano gli Stati ad istituire autorità dotate di indipendenza e neutralità in funzione delle quali tali autorità devono essere dotate «di risorse necessarie, sia con riferimento al personale, sia con riferimento ai mezzi in relazione ai compiti assegnati».

(17) Si v. l'art. 7, c. 3, d.lgs. n. 259/2003, ove si legge che «l'Autorità, in quanto autorità nazionale di regolamentazione, ed il Ministero per la parte di propria competenza, adottano le misure espressamente previste dal Codice [...]. Le competenze del Ministero, così come quelle dell'Autorità, sono notificate alla Commissione europea» (I. Chieffi, *Competenze dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e la Commissione nel quadro normativo comunitario e italiano per le comunicazioni elettroniche*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 385 ss.).

(18) R. Perez, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Milano, 2002, 130 ss.; F.M. Salerno, *Soggetti, funzioni e procedure della regolazione*, in *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, a cura di M. Clarich e G.F. Cartei, Milano, 2004, 84 ss.

(19) R. Perez, *op. ult. cit.*, 109; A. La Spina-S. Cavatorto, *Le Autorità indipendenti*, Bologna, 2008, 222 ss.

(20) *Ex multis*, G. Amato, *Autorità indipendenti*, in *Storia d'Italia. Legge diritto giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, 1998, 369 ss.; M. Manetti, *Autorità indipendenti (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, 1997, ad vocem; F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, 171 ss.

(21) Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali, a cura di G. Falcon, Padova, 2005; L. Torchia, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2006.

(22) Sulla tensione e rivalità tra autorità indipendenti e burocrazie ministeriali, si rinvia a M. Clarich, *op. ult. cit.*, 34 s.; N. Ragnone, *L'assetto organizzativo nel settore delle telecomunicazioni*, in *questa Rivista*, 2002, 853 ss.

(23) S. Cassese, *La regola e le deroghe*, cit., rileva come la lentezza del processo di adeguamento al diritto comunitario dipenda proprio da una scarsa partecipazione dell'amministrazione italiana alla fase ascendente: quella in cui si formano le decisioni europee.

Da una prospettiva propriamente giuridica, può notarsi come la decisione collida col principio europeo di leale cooperazione. L'ordinamento sovranazionale prevede la creazione delle autorità nazionali di regolazione. Le immette in un orbito organizzativo e procedimentale "comune" (24) al fine di garantire l'unità della regolazione (25). Rende queste autorità nazionali enti che agiscono in funzione dell'Unione europea (26). Dunque, l'Agcom va considerata nella sua peculiare co-dipendenza dall'ordinamento nazionale, dove è incardinata, e da quello sovranazionale di cui è emanazione funzionale (27). Del secondo, l'Agcom è portatrice dell'interesse a che, anche in Italia, sia attuata la terza *Review* in modo tempestivo e coerente.

Non è difficile notare che il mancato coinvolgimento dell'Agcom mal si concilia con l'art. 4, par. 3, del TUE che sancisce il principio europeo di leale cooperazione (28). Meno facile è immaginare come questa previsione possa essere dotata della necessaria effettività nel caso di specie. Ancora una volta emerge il carattere "performativo" della disposizione sulla lealtà (29). Essa realizza la sua normatività se conforma da sola l'azione dei pubblici poteri. Se è ignorata - come sembrerebbe nella vicenda in commento - non pare vi siano strumenti facilmente azionabili per imporne la precettività.

Lo prova la reazione dell'Agcom alla sua marginalizzazione. L'Autorità ha fatto emergere pubblicamente un conflitto sotterraneo con l'intenzione di attrarre l'attenzione e la solidarietà degli *stakeholders*. Essi condividono con essa l'interesse alla corretta e rapida attuazione delle nuove direttive. Dunque, l'auspicio è che facciano pressione sul governo perché ridia centralità all'Autorità. Si comprende come qui il potere di *advocacy* ha una dimensione spiccatamente politica. Intende incidere nella relazione tra Autorità, governo e Parlamento. Ciò conferma che la leale cooperazione, se non è spontanea, può essere perseguita più con la persuasione che con le armi del diritto.

Una catena d'imperfezioni e i rischi per l'ordinamento

La segnalazione dell'Agcom consente di mettere a fuoco una catena d'eventi dai quali può derivare un deterioramento dell'ordinamento delle comunicazioni elettroniche.

La prima osservazione riguarda il ritardo con cui è stato affrontato il recepimento delle nuove direttive. Il secondo rilievo concerne il modo in cui lo si sta facendo. La "delega comunitaria", oltre ad esse-

re farraginoso, fa sì che il Parlamento si spogli della facoltà di ridefinire le condizioni che dovrebbero rafforzare l'indipendenza e l'autonomia dell'Agcom. In ultimo, l'esecutivo, probabilmente preoccupato dalla volontà dell'Autorità di riprendersi compiti persi e di allentare il suo condizionamento politico, sta tralasciando di coinvolgerla nel processo di trasposizione.

Questa serie d'imperfezioni mostra che non si è ancora giunti ad un ottimale sistema di attuazione del diritto sovranazionale delle comunicazioni elettroniche. Oltre al mancato rispetto dei termini, da ciò scaturirà una duplice illegittimità della disciplina interna di attuazione. Per un verso, essa si pone in contrasto col parametro rappresentato dagli artt. 76 e 97 Cost., dando luogo ad un eccesso di delega e

Note:

(24) Sui "sistemi comuni europei", si cfr. M.P. Chiti, *L'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte gen., I, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Milano, 2007, II ed., 461 ss.

(25) S. Cassese, *Il concerto regolamentare europeo*, in questa *Rivista*, 2002, 341 ss.; F. Merusi, *Il diritto amministrativo comune nelle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1269 ss.

(26) Su questa nozione, si v. S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, VI ed., 434ss. e, da ultimo, G. della Cananea e C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 155 ss. e B. Brancoli Busdraghi, *I regolatori delle comunicazioni elettroniche: finalmente agenti comunitari?*, in questa *Rivista*, 2010, 589 ss.

(27) L'Agcom è inquadrata come "ente autarchico comunitario" da F. Merusi, *Le autorità indipendenti fra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in Id., *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002, 89. Chi scrive, in *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007, 264, ha suggerito di ricorrere allo schema concettuale della "doppia dipendenza" elaborato nel diritto internazionale da G. Scelle (su cui A. Cassese, *Remarks on Scelle's Theory of 'Role Splitting' (dédoublement fonctionnel) in International law*, in *EJIL*, 1990, 210 ss.).

(28) L'Agcom nella *Segnalazione* sottolinea come essa costituisce «l'Istituzione di riferimento per l'implementazione nazionale della disciplina comunitaria per la regolazione e vigilanza nel settore delle comunicazioni elettroniche» (p. 1) e «il referente istituzionale nazionale chiave per l'intero sistema legislativo comunitario di settore», ragione per cui «parrebbe pertanto logico e opportuno che il provvedimento legislativo di delega riconoscesse tale impostazione comunitaria e ponesse l'Autorità al centro del quadro istituzionale nazionale di settore» (p. 4).

(29) Per A. von Bogdandy, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011, 99, «Gran parte del diritto europeo, e in particolare le norme giuridiche che disciplinano la condotta degli Stati membri, non è sorretto ad alcuna forma di coercizione, neppure di tipo simbolico. Si tratta sempre, in fondo, di ottemperanza volontaria. In breve, si fa leva sulla lealtà. La lealtà ha un ruolo centrale, o meglio, fondativo, nel diritto europeo. Intesa come principio giuridico, essa ha un ruolo direttamente performativo nell'ambito delle diverse molteplici relazioni che intercorrono tra le autorità coinvolte».

ad un'elusione della riserva di legge. Per l'altro, se non si dovesse incrementare effettivamente l'indipendenza e l'autonomia dell'Agcom, si avrebbe anche un'antinomia col diritto sovranazionale.

Quest'ultima previsione non pare azzardata. L'Autorità, se ha manifestato la propria preoccupazione, è perché evidentemente nutre gli stessi dubbi. D'altro canto, scelte come quella di istituire un'agenzia e non un'autorità indipendente nella regolazione del settore postale, confermano le difficoltà dei regolatori indipendenti nel nostro ordinamento. Non resta da constatare come la tendenza europea stia procedendo in direzione opposta a quella nazionale (30). Più sul piano sovranazionale si afferma il modello della regolazione indipendente, presupposto dei "sistemi a rete europei" (31), meno solida diviene la posizione delle autorità nazionali. Esse corrono il rischio di essere trasformate in agenzie governative (32) o di venire private di competenze importanti (33).

Questo episodio di tensione tra Agcom e governo non può giovare al buon funzionamento dell'ordinamento di settore. Esso, viceversa, trarrebbe vantaggio dalla forza di tutti gli attori istituzionali che concorrono alla più efficace regolazione delle comunicazioni elettroniche.

Note:

(30) F. Donati, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Dir. Ue*, 2006, 27 ss.

(31) M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, II ed.; V.M. Sbrescia, *L'amministrazione a rete come strumento della regolazione europea*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2009, 921 ss.

(32) Che anche l'Agcm corra questo rischio, anche a causa dei dubbi sull'efficacia dell'antitrust sollevati dalla crisi economica, è rilevato da G. Amato, *La legge antitrust venti anni dopo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 936.

(33) F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, 33 ss.; G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2006, 97 ss.