

Bruno Carotti*

*Adeguato ai tempi e vivo:
il regolamento dopo le modifiche normative e la prassi attuativa*

SOMMARIO: 1. Giurisdizione e amministrazione: nodi generali. – 2. Le sfide della direttiva n. 2014/61/UE. – 3. Il decreto legislativo di recepimento (n. 33 del 2016). – 4. Il nuovo regolamento dell'Agcom tra principi sostanziali e disposizioni procedurali. – 5. Un accenno alla prassi: gli atti interpretativi. – 6. Conclusioni: una timida espansione del regolatore?

1. *Giurisdizione e amministrazione: nodi generali*

Giurisdizione e amministrazione compongono un nodo essenziale nella problematica del potere pubblico. Questo avviene non solo sul piano generale e sistematico, ma anche all'interno di singoli settori, ove dominano esigenze specifiche, come l'erogazione efficiente dei servizi pubblici. È quanto accade anche nel settore delle comunicazioni elettroniche: un tassello fondamentale è costituito, con il presidio dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom), dalla predisposizione di strumenti alternativi di soluzione delle controversie, che tendono a risolvere le difficoltà legate a una compiuta e corretta attuazione dei rimedi regolamentari posti dall'Autorità¹.

* Dottore di ricerca in Diritto amministrativo presso la "Sapienza" Università di Roma e Cultore in diritto amministrativo presso l'Università "Roma Tre". Funzionario di ruolo dell'Agcom, ha ricoperto l'incarico di Consigliere giuridico del Commissario Antonio Preto, alla cui Memoria il presente scritto è dedicato. (*Le opinioni espresse sono personali e non rappresentano necessariamente la posizione dell'Autorità*).

¹ Questo, almeno, il portato ultimo della ricostruzione dottrinarina svolta in materia, che ancora la soluzione delle controversie a una stretta e solida unione con i rimedi sostanziali. Si v. A. PRETO, *In principio è la rete. Suggestioni comunicative per una società connessa*,

Strumento di deflazione del contenzioso, la soluzione alternativa delle controversie consente anche una lettura concreta degli atti regolatori, declinati e applicati ai casi più problematici offerti dalla prassi – quando, appunto, sorgono conflitti². L'esigenza di risolvere la pretesa del singolo a un provvedimento 'di giustizia' si correla, infatti, attraverso l'applicazione dei rimedi regolatori, al raggiungimento degli obiettivi settoriali, che sono innanzitutto indicati dalla direttiva quadro³.

2. *Le sfide della direttiva n. 2014/61/UE*

Nel primo anno di vita del regolamento si è assistito a una sua importante modifica. Modifica imposta dallo scenario normativo, la cui 'temperatura' è stata particolarmente elevata, e che si appresta a salire maggiormente in considerazione delle proposte della Commissione europea per la *review* dell'intero quadro normativo, che potrebbe arrivare a un *Codice delle comunicazioni elettroniche europeo*⁴.

Marsilio, Venezia 2014, in particolare il Capitolo 18, *Le prospettive incidentali, o della legittimazione inversa tra controversie e regolazione*, p. 253 ss. Sul settore, in generale, si v. S. MANNONI, *La disciplina delle comunicazioni elettroniche*, il Mulino, Bologna 2014 e, da ultimo, E. MATHIEU, *Regulatory Delegation in the European Union: Networks, Committees and Agencies*, Palgrave, London 2016, spec. p. 127 ss., nonché, per una interessante prospettiva connessa ai diritti e alla loro dimensione 'sociale' nel settore delle comunicazioni, O. BATURA, *Universal Service in WTO and EU Law: Liberalisation and Social Regulation in Telecommunications*, Springer, Berlin 2016, p. 12 ss., 117 ss.

² Questo punto è da tenere a mente, in quanto si ricollega ad alcune vicende modificative della procedura in esame, che evidenziano tendenze di stampo generale.

³ E, precisamente, all'art. 8, il quale indica la tutela degli utenti, la promozione della concorrenza e della politica infrastrutturale, l'uso efficiente dello spettro radio, lo sviluppo delle reti, la fornitura del servizio universale, la trasparenza delle informazioni, la protezione di gruppi sociali con particolari caratteristiche, la sicurezza e l'integrità delle strutture. Su questi aspetti, sia consentito rinviare a quanto scritto in *La collaborazione tra autorità europee delle telecomunicazioni*, Esperia, London 2011, p. 26 ss.

⁴ Si v. le seguenti comunicazioni del 14 settembre 2016: COM (2016) 591 def., proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, *che istituisce l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche*; COM (2016) 590 def., proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, *che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche*. Entrambi i testi, con il materiale allegato, sono consultabili al

Nel caso di specie, si è registrato il recepimento, nell'ordinamento nazionale, delle disposizioni dell'Unione europea relative alla facilitazione della posa delle infrastrutture per le reti a banda ultra-larga. Nella costante tensione tra certezza delle regole, peculiarità dei singoli ordinamenti ed evoluzione infrastrutturale, l'Unione europea ha dettato un ulteriore corpo regolamentare, contenuto nella direttiva n. 2014/61/CE⁵.

La direttiva incide su aspetti centrali della materia, che ne testimoniano la perdurante attualità. Pone una serie di obblighi; incide sui titolari dei beni e sul regime degli edifici; stimola la condivisione delle infrastrutture e delle informazioni; tutela l'accesso alle reti, cercando di non minare il principio della neutralità tecnologica. L'Unione, con questa direttiva, mira al rafforzamento della politica infrastrutturale assicurando il principio di proporzionalità⁶; allo stesso tempo, rileva la necessità di superare le norme nazionali, laddove impediscano il consolidamento del mercato di accesso alle infrastrutture e, per questo, armonizza diversi aspetti – senza però pregiudicare le misure di maggior favore che gli Stati vogliano eventualmente adottare⁷.

seguente indirizzo: <<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/?fuseaction=list&n=10&adv=0&coteId=1&year=2016&number=&version=F&dateFrom=&dateTo=&serviceId=&documentType=&title=electronic+communications&titleLanguage=&titleSearch=EXACT&sortBy=NUMBER&sortOrder=DESC>> (ultimo accesso 17.11.2016). La seconda proposta è stata modificata il 12 ottobre 2016.

⁵ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, n. 2014/61/UE, recante misure volte a ridurre i costi dell'installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità, in G.U.C.E. L 155, del 23 maggio 2014, p. 1 ss.

⁶ Si v. il *considerando* n. 16 della direttiva, ai sensi del quale «è opportuno che la presente direttiva lasci impregiudicate le salvaguardie specifiche necessarie per garantire la sicurezza e la sanità pubblica, l'integrità e la sicurezza delle reti, in particolare quella delle infrastrutture critiche, e per assicurare che non vi siano ripercussioni sul servizio principale fornito dall'operatore di rete, in particolare nelle reti utilizzate per la fornitura delle acque destinate al consumo umano».

⁷ Recita ancora il citato *considerando* n. 16: «le eventuali norme generali vigenti nella legislazione nazionale che proibiscano agli operatori di rete di negoziare l'accesso alle infrastrutture fisiche con i fornitori di reti di comunicazione elettronica potrebbero impedire la creazione di un mercato di accesso alle infrastrutture fisiche. Tali norme generali dovrebbero pertanto essere abolite. Nello stesso tempo, le misure stabilite dalla presente direttiva dovrebbero lasciare impregiudicata la possibilità, per gli Stati membri, di rendere più attraente la fornitura dell'accesso».

L'Unione, nella specie, introduce un corpo piuttosto compatto di regole sostanziali. A queste misure si associano quelle procedurali, che sono di complemento e ausilio. Se questo è vero in ordine generale, per cui una lettura sistematica di un ordinamento deve necessariamente associare le diverse disposizioni – in un connubio pressoché inscindibile⁸ – nel caso di specie ciò avviene assicurando l'effettività dei diritti con la possibilità di un ricorso a organismi appositamente incaricati di risolvere le eventuali controversie insorte. «[È] opportuno», si legge nella parte motiva della direttiva, «che ciascuna delle parti possa ricorrere a un organismo di risoluzione delle controversie a livello nazionale competente a imporre una soluzione alle parti per evitare rifiuti ingiustificati di negoziare o l'imposizione di condizioni non ragionevoli»⁹.

In questa stretta unione di sostanza e dinamica, si dipana l'intervento a valle del legislatore italiano e, a cascata, quello regolamentare dell'Autorità. Il recepimento della direttiva, infatti, ha comportato l'obbligo di modifica del regolamento sulle controversie tra operatori, a poco tempo di distanza dall'aggiornamento effettuato dall'Autorità, di cui il presente volume è testimonianza. Sono state, dunque, ragioni esogene a imporre un nuovo intervento.

3. *Il decreto legislativo di recepimento (n. 33 del 2016)*

Il recepimento della direttiva è stato operato con d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 33¹⁰. La finalità della norma risiede nella «*installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità*»; a tal fine, promuove «*l'uso condiviso dell'infrastruttura fisica esistente*» nonché «*un dispiegamento più efficiente di infrastrutture fisiche nuove, in modo da abbattere i costi dell'installazione di tali reti*». Il decreto stabilisce, inoltre, «*requisiti minimi relativi alle opere civili e alle infrastrutture fisiche*».

⁸ Si v., per tutti, V. DENTI, *Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Rivista di diritto processuale*, 1964, p. 66 ss.

⁹ Si v. il *considerando* n. 19.

¹⁰ Recante «*Attuazione della direttiva 2014/61/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante misure volte a ridurre i costi dell'installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità*».

Il d.lgs. n. 33 del 2016 rivela che il conseguimento degli obiettivi è strettamente legato alla soluzione delle controversie che possono insorgere tra operatori. Il decreto individua l'Agcom quale organismo competente a svolgere tale compito¹¹. La scelta è in linea non solo con il quadro normativo generale¹², ma anche con la direttiva n. 61 del 2014 e, in particolare, con i requisiti che essa impone all'organismo competente, vale a dire imparzialità e separazione giuridica e funzionale dagli operatori¹³.

Le norme procedurali sono scarse, ma significative: si concentrano sui tempi, sulla decisione e sul rapporto con il processo. Quanto ai tempi, l'Autorità compone la controversia al massimo entro due mesi: il decreto abbrevia il termine della direttiva, che ne concede fino a quattro. Scelta saggia: la celerità nella diffusione delle nuove reti, su cui l'Italia ha già accumulato troppi ritardi, deve essere ricercata anche con simili accorgimenti. Peraltro, già per le procedure 'ordinarie' è previsto un termine di quattro mesi, per cui la differenziazione appare ancor più opportuna.

Quanto alla decisione, è previsto che sia vincolante, assicuri il pieno rispetto del principio di proporzionalità, e che possa fissare termini e condizioni equi e ragionevoli. Si può intervenire anche sui prezzi che, insieme alle condizioni tecniche di accesso eventualmente fissate dall'Autorità, devono garantire che il recupero dei costi per il fornitore di accesso, in modo che questi risulti indenne da oneri dovuti alla realizzazione delle opere. Nel corso dell'istruttoria, l'Agcom può acquisire il parere delle altre autorità di

¹¹ Ai sensi dell'art. 9 dello stesso. In particolare, l'Autorità è competente per la risoluzione delle controversie tra operatori di rete e gestori di infrastrutture fisiche o tra operatori di rete in relazione ai diritti e agli obblighi previsti dagli articoli 3, 4, 5, 6 e 8 del d.lgs. n. 33 del 2016.

¹² Che prevede tra i compiti del regolatore proprio tale funzione: art. 20, direttiva n. 2002/21/CE; art. 23 del *Codice delle comunicazioni elettroniche*.

¹³ Si v. i *considerando* n. 23 e 35 della direttiva. Per il primo, «[i]n caso di controversie in merito all'accesso alle informazioni sulle infrastrutture fisiche allo scopo di installare reti di comunicazione elettronica ad alta velocità, l'organismo di risoluzione delle controversie dovrebbe essere in grado di comporre la controversia con una decisione vincolante. In ogni caso, le decisioni di tale organismo non dovrebbero pregiudicare la possibilità per le parti di adire un organo giurisdizionale». Per il secondo, più specificamente, «[è] necessario che l'autorità nazionale designata per la risoluzione delle controversie sia imparziale e indipendente nei confronti delle parti in causa e disponga delle competenze e risorse adeguate». Nell'articolo, è di rilievo l'art. 10.

regolazione «*dei settori in cui operano i gestori dell'infrastruttura fisica*». Deve ricordarsi, poi, che la decisione «*costituisce un ordine ai sensi dell'articolo 98, comma 11, del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recante Codice delle comunicazioni elettroniche*»¹⁴. Ne deriva che la violazione delle decisioni rese in sede di soluzione delle controversie, per le nuove reti, sarà direttamente riconducibile al regime sanzionatorio più severo del *Codice*, al fine di accrescerne l'efficacia ed evitare incertezze applicative.

Il portato del decreto legislativo presenta, infine, un elemento di forte evoluzione, che concerne l'ultimo aspetto menzionato, ossia il rapporto tra il procedimento amministrativo e giurisdizionale. In base al decreto, l'Autorità prevede «*in ogni caso la definizione della controversia anche in pendenza di un ricorso [in sede giurisdizionale], e disciplina i criteri e le modalità per l'attribuzione degli oneri destinati a coprire i costi di esecuzione dei compiti ad esso assegnati*»¹⁵. L'Agcom, dunque, decide anche laddove sia iniziata una azione giurisdizionale sulla medesima controversia. È, questa, una disposizione di rottura, visto che la proposizione di una domanda in sede giurisdizionale arresta la procedura in corso. Molti dubbi possono sorgere in relazione alla tenuta di una simile disposizione, in ragione del possibile contrasto con il diritto fondamentale di difesa. Il suo tenore letterale, però, non sembra intaccare i diritti presidiati dalla Carta fondamentale. L'avverbio «*comunque*», infatti, indica che l'esercizio del diritto di azione e la prosecuzione del procedimento giurisdizionale non sono arrestati o sospesi in alcun modo. Con la conseguenza che l'unica finalità ricercata è che la decisione rafforzi l'impianto regolatorio costruito dall'Autorità, senza per questo minare l'intervento del giudice. Impianto regolatorio che potrà, dunque, essere sconfessato dalla giurisdizione, se solo si pensa che la decisione finale potrà essere impugnata a sua volta¹⁶.

Il significato della disposizione si coglie, dunque, nella esigenza di funzionalità del sistema settoriale e, nella specie, nella certezza del quadro regolatorio e dei rispettivi diritti e obblighi dei soggetti interessati. Peraltro, simile disposizione era stata quasi 'anticipata' dall'Autorità, con l'adozione della delibera n. 226/15/CONS: segno che la lettura sostanzialista delle disposizioni può essere di ausilio nel comprendere i nodi maggiori e cercare di risolverli.

¹⁴ Art. 10, comma 1, d.lgs. n. 33 del 2016.

¹⁵ Art. 9, comma 7, d.lgs. n. 33 del 2016.

¹⁶ Verosimilmente, con motivi aggiunti alla controversia già instaurata.

Non si possono tralasciare, naturalmente, i possibili problemi in termini di produzione di effetti sui singoli, nonché di coerenza delle diverse decisioni. La soluzione giurisdizionale, infatti, potrebbe essere diversa da quella dell'Autorità. Ove successiva, potrebbe incidere su effetti già prodotti (per l'esecuzione della decisione di Agcom); se preventiva, potrebbe condizionare l'Autorità (in senso informale, o di *moral suasion*). Sussistono, dunque, possibilità di convivenza delle due decisioni, con la conseguente sussistenza di un ipotetico contrasto, anche solo temporaneo.

4. *Il nuovo regolamento dell'Agcom tra principi sostanziali e disposizioni procedurali*

L'Autorità ha adeguato il proprio regolamento con la delibera n. 449/16/CONS, del 4 ottobre 2016¹⁷. Ciò è stato fatto considerando sia aspetti generali, come l'immanenza dei principi di settore, sia specifici, più attinenti alla procedura.

Con riferimento ai primi, desta interesse la previsione relativa al recupero dei costi e all'impatto dell'accesso sul piano d'impresa¹⁸. Questa, a ben vedere, è una connessione con le esigenze del settore: le finalità generali indicate nel *framework* normativo europeo e nel *Codice delle comunicazioni elettroniche*¹⁹

¹⁷ La delibera, recante “*Modifiche e integrazioni del «Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori» di cui all'allegato A alla delibera n. 226/15/CONS*”, è stata pubblicata sul sito istituzionale dell'Agcom l'8 novembre 2016.

¹⁸ Art. 3: «[n]el caso in cui la controversia riguardi l'accesso all'infrastruttura di un fornitore di reti elettroniche di comunicazione e l'organismo nazionale per la risoluzione delle controversie sia l'autorità nazionale di regolamentazione, esso tiene conto, se del caso, degli obiettivi di cui all'articolo 8 della direttiva 2002/21/CE. Il prezzo eventualmente fissato dall'organismo competente per la risoluzione delle controversie è tale da garantire che il fornitore di accesso disponga di un'equa possibilità di recuperare i suoi costi e tiene conto dell'impatto dell'accesso richiesto sul piano d'impresa del fornitore di accesso, compresi gli investimenti realizzati dall'operatore di rete al quale è chiesto l'accesso, in particolare nelle infrastrutture fisiche utilizzate per la prestazione di servizi di comunicazione elettronica ad alta velocità». Non sono pregiudicati, ad ogni modo, «il diritto di proprietà del proprietario dell'infrastruttura fisica nei casi in cui l'operatore di rete non sia il proprietario, né il diritto di proprietà di terzi, quali i proprietari di terreni e i proprietari immobiliari privati».

¹⁹ Si fa riferimento, chiaramente, agli art. 3 e 4 del *Codice*, ai sensi dei quali il settore è

calcano l'aspetto relativo agli investimenti e alla tutela delle attività delle imprese. Qui vi sono finalità ulteriori, che si genera un'amplificazione dei fini perseguiti: la riduzione dei costi e la valorizzazione di eventuali *best practices*. L'effettività del conseguimento di questi obiettivi, ritenuta essenziale per lo sviluppo delle nuove reti, è affidata anche allo strumento di soluzione alternativa delle controversie. La direttiva, infatti, dispone che «nella fissazione dei prezzi dell'accesso detto organismo garantisca che il fornitore di accesso disponga di un'equa opportunità di recuperare i costi sostenuti nel fornire accesso alla sua infrastruttura fisica». Ciò deve essere effettuato tenendo in considerazione le «specifiche circostanze nazionali» e le tariffe volte a un «sano recupero dei costi»²⁰. L'organismo a ciò preposto, dunque, dovrà tenere necessariamente in considerazione questi elementi²¹.

Con riferimento all'accesso alle infrastrutture fisiche, gli investimenti realizzati possono contribuire, altresì, al raggiungimento degli obiettivi dell'Agenda digitale e alla promozione della concorrenza. Le misure correttive in materia, infatti, servono a evitare che la concorrenza sia «influenzata da fenomeni di parassitismo». Nel fissare obblighi di accesso, di conseguenza, si deve tenere in considerazione la sostenibilità economica degli investimenti, l'orizzonte temporale del loro ritorno, l'impatto sulla concorrenza a valle²².

presidiato dai diritti inderogabili di libertà delle persone nell'uso dei mezzi di comunicazione elettronica, la loro segretezza, il diritto di iniziativa economica e il suo esercizio in regime di concorrenza. La disciplina di settore tende, tra l'altro, alla semplificazione dei procedimenti, alla garanzia del servizio universale, alla neutralità tecnologica.

²⁰ Infatti, prosegue la direttiva, «[n]el procedere in tal modo, l'organismo di risoluzione delle controversie dovrebbe anche tener conto dell'impatto dell'accesso richiesto sul piano d'impresa del fornitore di accesso, compresi gli investimenti effettuati dal fornitore di accesso cui è richiesto l'accesso, in particolare gli investimenti effettuati nell'infrastruttura pubblica cui è richiesto l'accesso».

²¹ Del resto, sono misure imposte dallo stesso regolatore e, dunque, parte dello plesso regolamentare (da applicare anche nella soluzione delle controversie). Su questi aspetti generali della regolazione, si v. F. MARINI BALESTRA, *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, CEDAM, Padova 2016, spec. p. 103 ss. (sui rimedi).

²² E, conseguentemente, l'impatto «sui prezzi e sul ritorno dell'investimento», in base al «al deprezzamento degli attivi della rete al momento della richiesta di accesso, agli argomenti economici alla base dell'investimento, in particolare nelle infrastrutture fisiche utilizzate per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica ad alta velocità, e in base all'eventuale possibilità precedentemente offerta al richiedente di partecipare all'installazione».

Vi sono, dunque, criteri che devono orientare la procedura di soluzione delle controversie in modo sostanziale²³. Si tratta di puntuali indicazioni normative che determineranno la soluzione praticabile in sede applicativa²⁴.

L'adeguamento del regolamento (originariamente allegato alla delibera n. 226/15/CONS, oggi, come visto, modificato dalla n. 449/16/CONS), ad ogni modo, non tocca espressamente tali aspetti, che vengono correttamente lasciati alla legislazione nazionale ed europea. In questo modo, il regolamento mantiene la sua natura procedurale, evitando inserimenti ulteriori (nonostante la specificità dei criteri generi un sottoinsieme compatto). Vi è, piuttosto, un rinvio implicito alle cennate disposizioni sostanziali. Questa scelta ha consentito una celere modifica del regolamento – visto anche il superamento del termine del 1 luglio 2016 stabilito dal decreto legislativo²⁵ – e ha inciso su un altro aspetto strettamente connesso, ossia l'assenza di consultazione pubblica. Se, in astratto, tale scelta potrebbe apparire censurabile, in concreto l'adesione sostanziale alla disciplina legislativa ha consentito di procedere senza una previa partecipazione.

Con riferimento al merito e agli aspetti specifici delle modifiche intercorse, sono quattro gli aspetti da considerare.

²³ Infatti l'art. 21, comma 4, del *Regolamento*, come introdotto dalla delibera n. 449/16/CONS, prevede che «[i]l provvedimento con il quale è definita la controversia deve essere motivato e persegue sia, in generale, gli obiettivi di cui all'art. 13 del Codice, sia, nello specifico, gli obiettivi del Decreto, attuando i criteri sostanziali dettati da quest'ultimo».

²⁴ Anche in sede di attuazione delle disposizioni europee, l'art. 3, comma 6, del decreto, stabilisce che «[l]'organismo di cui all'articolo 9 decide secondo criteri di equità e ragionevolezza, entro due mesi dalla data di ricezione della richiesta. Il prezzo eventualmente fissato dall'organismo competente per la risoluzione delle controversie è tale da garantire che il fornitore di accesso disponga di un'equa possibilità di recuperare i suoi costi e resti indenne da oneri economici conseguenti e connessi alla realizzazione delle opere necessarie all'accesso. Il prezzo fissato da parte dell'organismo competente di cui all'articolo 9 non copre i costi sostenuti dal gestore dell'infrastruttura, laddove questi siano già riconosciuti nelle eventuali strutture tariffarie volte ad offrire un'equa opportunità di recupero dei costi stessi».

²⁵ Peraltro, una prima richiesta di intervento dell'Autorità è stata avanzata da un gestore per la asserita violazione degli obblighi di accesso all'infrastruttura fisica e dei principi di trasparenza, non discriminazione, equità e ragionevolezza (ai sensi dell'art. 3, d.lgs. n. 33 del 2016), nonché di quelli generali di concorrenza, semplificazione, accesso, desumibili dal regolamento sulla installazione delle reti di comunicazione elettronica per i collegamenti dorsali e la ubicazione e condivisione delle strutture (di cui all'art. 3 della delibera dell'Autorità n. 622/11/CONS, del 22 novembre 2011).

In primo luogo, alcune definizioni. È vero che sarebbe stato sufficiente un richiamo alle disposizioni di legge ma, a fini di comprensibilità e chiarezza, è sembrato preferibile inserirne alcune nel nuovo testo. Di conseguenza, sono presenti quelle di rete ad alta velocità, opere di genio civile, infrastrutture interne ai condomini, il punto di accesso²⁶. Sembrava possibile anche aggiornare la definizione di organismo di diritto pubblico, adeguandola alla disciplina contenuta nel *Codice degli appalti e delle concessioni*, successivo al d.lgs. n. 33 del 2016, ma la estraneità della materia ha sconsigliato simile opzione²⁷.

²⁶ Si riportano le principali, contenute nel nuovo art. 1: «rete di comunicazione elettronica ad alta velocità» (*una rete di comunicazione elettronica capace di fornire servizi di accesso a banda larga ad una velocità di almeno 30 Mbit/s*); «opere di genio civile» (*il risultato di un insieme di lavori edilizi o di ingegneria civile che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica e comporti uno o più elementi di un'infrastruttura fisica*); «infrastruttura fisica interna all'edificio predisposta per l'alta velocità» (*l'infrastruttura fisica presente all'interno dell'edificio e destinata a ospitare elementi o consentire la fornitura di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità*); «punto di accesso» (*punto fisico situato all'interno o all'esterno dell'edificio e accessibile a imprese che sono autorizzate a fornire reti pubbliche di comunicazione, che consente la connessione con l'infrastruttura interna all'edificio predisposta per l'alta velocità*); «gestore di infrastruttura fisica» (*un'impresa ovvero un ente pubblico o organismo di diritto pubblico che fornisce un'infrastruttura fisica destinata alla prestazione di: 1) un servizio di produzione, trasporto o distribuzione di: 1.1) gas; 1.2) elettricità, compresa l'illuminazione pubblica; 1.3) riscaldamento; 1.4) acqua, comprese le fognature e gli impianti di trattamento delle acque reflue, e sistemi di drenaggio; 2) servizi di trasporto, compresi ferrovie, strade, porti e aeroporti*); «infrastruttura fisica» (*tutti gli elementi di una rete destinati ad ospitare altri elementi di una rete senza che diventino essi stessi un elemento attivo della rete, quali ad esempio tubature, piloni, cavidotti, pozzi di ispezione, pozzetti, centraline, edifici o accessi a edifici, installazioni di antenne, tralicci e pali. I cavi, compresa la fibra inattiva, gli elementi di reti utilizzati per la fornitura delle acque destinate al consumo umano ai sensi dell'articolo 2, punto 1, della direttiva 98/83/CE del Consiglio, non costituiscono infrastrutture fisiche ai sensi del presente decreto*).

²⁷ La definizione presente nel d.lgs. n. 33 del 2016, che appare meno chiara rispetto al *Codice degli appalti* quanto a costruzione linguistica, ma non a livello di semantica, è la seguente: «*gli organismi che hanno tutte le seguenti caratteristiche: 1) sono istituiti per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) sono dotati di personalità giuridica e sono finanziati integralmente o per la maggior parte dallo Stato, dalle autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico; o la loro gestione è posta sotto la vigilanza di tali autorità o organismi; o il loro organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, da autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico*».

In secondo luogo, muta l'ambito di applicazione del regolamento. Quest'ultimo ora si estende anche ai gestori di infrastrutture fisiche, ai proprietari di unità immobiliari e condomini. La novità è importante, perché in grado di variare la geometria dei rapporti tra soggetti nella collocazione dei punti finali della rete. In linea con (e in diretta applicazione de) il decreto di recepimento, l'articolato viene modificato²⁸ – nonostante già prevedesse, sin dall'adozione della delibera n. 226/15/CONS, la possibilità di definire una controversia tra operatori di comunicazione elettronica e gestori di infrastrutture fisiche. Con una differenza sola, ma di tutto rilievo, rispetto alla disciplina precedente: l'estensione soggettiva non sarà più subordinata all'accordo delle parti. È sufficiente una sola istanza affinché l'Autorità possa procedere alla definizione della controversia. Questa soluzione è coerente con l'intento di velocizzare la rimozione degli eventuali ostacoli che dovessero frapporsi alla celere installazione delle nuove infrastrutture.

In terzo luogo, viene in rilievo la disciplina dei tempi. In linea con il decreto legislativo, viene previsto un termine dimezzato rispetto alle controversie ordinarie: due mesi invece di quattro. Stante la cogenza degli impegni assunti nell'ambito dell'Agenda digitale e la necessità, per il Paese, di superare le posizioni riflesse nell'indice *Digital Economy & Society Index* (Desi) della Commissione europea, si ritiene che tale termine dovrebbe essere puntualmente rispettato²⁹. In questo senso, sarebbe auspicabile stabilirne il carattere perentorio, anche se, alla luce della prassi e di possibili complicazioni tecniche, una simile opzione non appare priva di risvolti problematici (anche per evitare una disparità di qualificazioni all'interno dello stesso regolamento, posto che il termine di quattro mesi è, come noto, ordinario). Non a caso, il testo del regolamento fa salve «*circostanze eccezionali*»³⁰.

In quarto luogo, e in modo strettamente connesso, vi sono modifiche generali di carattere – come già in parte anticipato – prettamente procedurale. L'articolato viene definito in tre titoli: definizioni; controversie ordinarie; controversie speciali³¹. Del primo si è detto. Il secondo rimane

²⁸ Si v. l'art. 2, comma 2, del *Regolamento*.

²⁹ Si v. gli ultimi dati aggiornati su <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/desi>> (ultimo accesso 17.11.2006).

³⁰ Si v. l'art. 16, comma 1, del *Regolamento*.

³¹ Rispettivamente, art. 1-2; art. 3-12; art. 13-22.

immutato. Il terzo ricalca il secondo: ciò significa che il procedimento per le controversie relative a reti ad alta velocità è identico a quello generale. Presenta, però, alcune differenze.

Innanzitutto, i tempi, già indicati³². Inoltre, le misure cautelari, che restano applicabili – anche se la loro eliminazione poteva essere una valida alternativa, in ragione delle spiegate esigenze di celerità. La scelta di mantenerle può andare a ulteriore beneficio della parte coinvolta, accelerando la produzione di effetti e sciogliendo i nodi controversi, quantomeno in via temporanea.

Scompare, poi, come anticipato, l'archiviazione per la proposizione di una domanda in sede giurisdizionale. In tal caso, in base a una scelta particolarmente significativa compiuta dal decreto legislativo n. 33 del 2016, l'Autorità è comunque chiamata a decidere. Può qui osservarsi che tale previsione ben si armonizza con quella del vigente regolamento (che ha quasi 'anticipato' la soluzione del Legislatore), relativo alle controversie tra operatori risolte ai sensi del *Codice*. Una norma introdotta con la delibera n. 226 del 2015 già prevede, infatti, che l'Autorità, a talune condizioni (quali lo stato di avanzamento e trattazione della controversia), si pronunci anche laddove una delle parti adisca il giudice, successivamente all'instaurazione di una controversia dinanzi all'Autorità, adottando un atto interpretativo generale sugli elementi regolamentari della controversia³³.

5. *Un accenno alla prassi: gli atti interpretativi*

La vita del nuovo regolamento e le novità da esso apportate non si sono fatte attendere, sin dalla delibera n. 226 del 2015. La prassi ha fatto segnare alcuni episodi di interesse, con particolare riferimento alla possibilità di 'atti interpretativi generali'.

Due i casi cui fare riferimento. Nella prima controversia, *Vodafone c. Fastweb*, l'Autorità ha applicato la norma appena citata³⁴ al fine di dettare i criteri che presidiano la materia dei KO. Aldilà della scelta di non adottare un provvedimento sanzionatorio (che sembrava, in astratto, ammissibile),

³² Sono, infatti, proporzionalmente ridotti numerosi termini previsti dalla delibera n. 226/15/CONS, come quelli relativi alla convocazione o alla presentazione di memorie.

³³ Si tratta dell'art. 3, comma 5, del *Regolamento*.

³⁴ Si v. la nota precedente.

è interessante notare come, per ragioni di questioni di natura tecnica, sia stata ritenuta più opportuna l'adozione di un provvedimento di carattere generale, teso a orientare il mercato.

Come si legge nella delibera n. 121/16/CONS, infatti, anche a fronte della impossibilità di giungere a una diffida (o forse in ragione di questa scelta), l'Autorità ha deciso di inviare un segnale agli operatori. Nella parte motiva del provvedimento si legge che *«nel corso della controversia di cui alla determina n. 11/16/DRS, l'Autorità ha affrontato temi di rilevante interesse regolamentare e con notevole impatto sull'assetto concorrenziale, quale quello dell'uso corretto delle causali di scarto previste nell'ambito delle procedure di migrazione, ed in particolare della causale per servizio mai richiesto, anche alla luce degli accordi tra operatori»*. Pertanto, si stabilisce che *«[g]li operatori autorizzati ai sensi del Codice alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche utilizzano la causale di scarto per servizio non richiesto nel solo caso in cui il cliente intestatario del contratto dichiara espressamente di 'non aver mai richiesto' il servizio»*³⁵.

Le finalità generali sono ben esposte nella parte motiva, che rappresenta una piena valorizzazione della forte novità introdotta dalla delibera n. 226/15/CONS. La delibera n. 121 del 2016, infatti, sottolinea come, *«in ragione della rilevanza della fattispecie che assurge a tema di interesse regolamentare e contribuisce al perseguimento degli obiettivi stabiliti dagli articoli 3, 4 e 13 del Codice»*, sia opportuno *«provvedere ad emanare un atto di indirizzo interpretativo di portata generale che possa migliorare le dinamiche concorrenziali e di mercato»*.

Vicenda analoga, quanto a soluzione, ma diversa quanto a fattispecie, è quella decisa con la delibera n. 85/16/CIR, adottata in materia di contributi *wholesale ADSL naked* (in relazione ai quali si è chiarito che non sono dovuti quelli *una tantum* richiesti in data antecedente al 2008). Era in discussione una controversia pluriennale tra *Eutelia* e *Telecom Italia* e sussisteva la competenza del giudice fallimentare, per l'azione avviata in quella sede, ma il nuovo regolamento ha comunque consentito di giungere a una conclusione del caso, quantomeno in termini generali.

³⁵ Art. 1, comma 1, della delibera n. 121/16/CONS; si v. anche il punto 40 della parte motiva: *«[i]n altri termini la causale per servizio mai richiesto è stata introdotta per garantire il rispetto della volontà del cliente e non per essere attivata laddove un operatore Donating 'presuma' che il contratto non è ancora concluso secondo i requisiti previsti dal Codice del Consumo»*. Quindi, *«laddove il cliente esprima un 'ripensamento' non sarà possibile utilizzare la causale per servizio mai richiesto»*.

Per quanto interessa in questa sede, l'Autorità ha rilevato che Telecom Italia, «*dopo che il procedimento, avviato ai sensi dell'articolo 6, [aveva] condotto ad una valutazione esaustiva dei fatti e delle questioni giuridiche sottese*», ha devoluto la medesima questione al giudice ordinario. Dinanzi a una istruttoria svolta in maniera completa e al fatto che la questione dei contributi *wholesale ADSL naked* era stata affrontata più volte in diverse controversie, si è comunque ritenuto di giungere a una decisione 'di principio'³⁶. Quindi, in ragione della rilevanza della fattispecie, «*che assurge a tema di interesse regolamentare e contribuisce al perseguimento degli obiettivi stabiliti dagli articoli 3, 4 e 13 del Codice*», la Commissione ha deciso di «*emanare un atto interpretativo di portata generale che possa garantire le corrette dinamiche concorrenziali e di mercato*». Questo senza minare i diritti di difesa³⁷.

Per comprendere appieno la rilevanza dell'applicazione della nuova norma, si deve tenere in considerazione che, in una precedente – e sostanzialmente analoga – vicenda, l'Autorità aveva archiviato la richiesta di *Eutelia* volta a ottenere una pronuncia sulla materia, in considerazione della sottoposizione al giudice delle medesime questioni.

La novità introdotta con la delibera n. 226/15/CONS, dunque, non si è fatta attendere: ha ravvivato il plesso regolatorio vigente e chiarito la portata dei rimedi e dei suoi principî, lanciando un segnale al mercato e contemperando gli interessi delle parti.

6. Conclusioni: una timida espansione del regolatore?

La breve analisi condotta sulle modifiche al regolamento a valle del d.lgs. n. 33 del 2016 e dai casi esaminati, mostra che, in relazione al binomio generale amministrazione e giurisdizione, si scorga una ventilata ridefinizione della prima, quasi una parziale prevalenza.

³⁶ Mediante «*una completa acquisizione degli atti e dei fatti oggetto della lite, nel pieno rispetto del principio del contraddittorio, così da determinare una piena ed esaustiva valutazione dei fatti e delle questioni giuridiche sottese*».

³⁷ Prosegue, infatti, la parte motiva della delibera affermando che «*nel corso del procedimento, incluso la fase di opposizione, l'istruttoria procedimentale si è svolta attraverso una completa acquisizione degli atti e dei fatti oggetto della lite, nel pieno rispetto del principio del contraddittorio, così da determinare una piena ed esaustiva valutazione dei fatti e delle questioni giuridiche sottese*».

È un paradosso? Una conclusione affrettata? Una provocazione? Nulla di tutto questo. Il maggior peso della giurisdizione – per ragioni costituzionali e di principî fondamentali – è fuori discussione. Ma vi è un *favor*, evidente nelle ultime modifiche normative, che consente all'amministrazione regolatrice di spingersi aldilà dei confini tradizionali, arrivando a lambire ambiti che fino a poco fa erano irraggiungibili. Si tratta, come visto, delle decisioni che si sovrappongono a quelle giurisdizionali. Toccandole, almeno temporaneamente. È un tocco gentile, che non mina i capisaldi dell'ordinamento (non potrebbe farlo). Ma è un tocco che indica come settori specifici possono avere l'esigenza di procedere a decisioni basate sull'attività di un soggetto istituzionale che cura costantemente gli interessi dei soggetti regolati, e che fa vivere l'ordinamento settoriale con la sua posizione neutrale e le sue regole.

Sullo sfondo, la necessità di amministrare in modo attivo, forte e presente. Che, nella specie, non deve sfociare in una attività quasi-giurisdizionale (esclusa in radice dalla Cassazione³⁸), assecondando pretese sproporzionate, ma deve svolgere la funzione regolatoria anche attraverso il fondamentale tassello della soluzione delle controversie, illuminando eventuali coni d'ombra.

Questo conferma che, in generale, c'è bisogno di un decisore, soprattutto nei settori più evolutivi³⁹. Naturalmente, ciò non minimizza o riduce la necessità del controllo, soprattutto di quello del giudice. Che serve a ristabilire equilibri, laddove questi siano alterati. In un'ottica fisiologica, che a volte potrebbe mancare, un dialogo fruttuoso serve a correggere gli inevitabili errori, o gli eccessi in cui si può sconfinare.

È vero ed estremamente attuale, infatti, che «[i] settori sensibili, come quello in cui opera l'Autorità, non devono temere le voci della giustizia, considerandole voci estranee e avulse dalla materia; al contrario, occorre dare ad esse il dovuto ascolto, traendone spunti e, ove necessario, insegnamenti». È un discorso che presenta, «un fine specifico: tutelare i soggetti interessati dall'attività di regolazione. Una garanzia del singolo, dunque: dell'impresa come della persona. È un piccolo passo nel grande cammino della conquista della civiltà giuridica, anche in settori altamente specializzati e complessi, intrisi di scienze

³⁸ Cass. civ., Sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2680.

³⁹ Si v. l'editoriale di S. CASSESE, *Eppur si deve decidere*, in *Corriere della Sera*, del 14 aprile 2016.

economiche e ingegneristiche, come quello delle comunicazioni elettroniche e dell'audiovisivo. La complessità non deve essere un filtro per rallentare le forme di tutela effettiva. Se l'Autorità osserverà le risultanti che derivano dall'esercizio di tale diritto e utilizzerà in modo costruttivo i preziosi insegnamenti che ne derivano, potrà solo accrescere – e non certo diminuire – la propria indipendenza di giudizio»⁴⁰.

La strada del regolamento mostra, dunque, non solo prospettive particolari, ma anche un cammino generale, denso di significati. Un cammino intrapreso fin dalla delibera che ha approvato la riforma del regolamento sulla soluzione delle controversie tra operatori.

Una riforma fortemente voluta, e di cui è stato Relatore, il Commissario Antonio Preto.

⁴⁰ Lo scriveva, ancora A. PRETO, *In principio è la rete. Suggestioni comunicative per una società connessa*, e, in particolare, il Capitolo 16, *Legittimazione e indipendenza dell'Autorità: tre percorsi narrativi*, p. ss. spec. p. 238-239: «[s]e il regolatore sarà capace di cogliere gli spunti offerti dalla giurisprudenza, potrà pervenire a un assetto più efficiente dell'intero settore, migliorando la regolazione, svolgendo in modo coerente la propria funzione e rispettando i diritti degli interessati. È questo, in estrema sintesi, il portato del rapporto – piuttosto complesso – scaturito dal sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità. È in gioco il miglioramento delle regole settoriali, mediante un intervento pluridirezionale, in cui ci si osservi reciprocamente e si dialoghi. Un'ultima notazione. Il controllo giurisdizionale, a ben vedere, risulta in linea con un sistema moderno di giustizia, di cui un Paese, per essere civile ed efficiente, ha estremamente bisogno. Ricordiamolo: l'assicurazione dei diritti, attraverso il sistema giudiziario, è fondamentale per lo stesso Stato di diritto. I diritti non devono essere solo proclamati: occorre anche l'applicazione e la garanzia della tutela effettiva». Se ne deduce, prosegue lo scritto, che «quello stesso sistema che chiede l'indipendenza del regolatore, infatti, chiede ora che quest'ultimo sia sottoposto al controllo di un organo 'competente'».