

## **Il nuovo Regolamento Agcom per la risoluzione delle dispute fra operatori, nella simbiosi tra *regulation* e *adjudication*.**

di Paolo Rossi

29 novembre 2017

SOMMARIO: 1. La genesi anglosassone del polimorfismo funzionale dell'Agcom: le Agencies di *common law*, tra *rule making* e *adjudication*; 2. La "doppia anima" regolativa-aggiudicativa dell'Agcom, tra normativa comunitaria e disciplina nazionale; 3. Il procedimento di aggiudicazione dinanzi all'Agcom per la risoluzione delle dispute tra operatori ante delibera n.226/15/CONS; (segue) 4...e le novità regolamentari post delibera n.226/15/CONS; 5. Polimorfismo funzionale e promozione del mercato, nella simbiosi tra *regulation* e *adjudication*.

### **1. La genesi anglosassone del polimorfismo funzionale dell'Agcom: le Agencies di *common law*, tra *rule making* e *adjudication*.**

La *mission* affidata all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) dalla legge istitutiva n.249/97<sup>1</sup> - ed ulteriormente confermata dal codice delle comunicazioni elettroniche di cui al D.Gs.n. 259/03<sup>2</sup> - di governo del settore delle telecomunicazioni viene ad articolarsi in una serie composita, intrecciata e talvolta non omogenea di funzioni: infatti, l'Agcom – istituita da un ventennio nell'ambito di un profondo riassetto dei rapporti tra Stato e mercato, ove dall'approccio interventistica dei pubblici poteri nell'economia si era passati a quello regolativo<sup>3</sup>, attraverso percorsi di liberalizzazioni privatizzazioni<sup>4</sup> accompagnati

---

<sup>1</sup> - Sull'istituzione dell'Agcom si vedano i contributi critici di E.CHELI-G.D'AMATO, *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *EdD*, agg.IV, Milano, 2000, p.99 ss; E. FRENI, *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc giur. Treccani, ad vocem*, Roma, 1999, p.1 ss; L.CARLASSARE, *Gli organi di governo del sistema*, in R. ZACCARIA, ( a cura di), *Informazione e telecomunicazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, Padova, 1999, p.119 ss.; O. PORCHIA, *L'Autorità di regolamentazione nel settore delle telecomunicazioni: la dimensione nazionale e quella comunitaria*, in *Dir. ec.*, 1998, p. 181 ss.; V.ROPPO, *Note sulla costituenda Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Pol. Dir.*, 1997, p. 325 ss.; sia consentito rinviare anche a P.ROSSI, *Le Autorità di regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2004, 86 ss.

<sup>2</sup> - Sul codice delle comunicazioni elettroniche in generale, cfr., *ex multis*, MANNONI, *La regolazione delle comunicazioni elettroniche*, Bologna, 2014; MARINI BALESTRA, *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, Padova, 2016; 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.

<sup>3</sup> - Per una ricostruzione organica delle diverse concezioni di regolazione, *ex multis*, cfr. G.MAJONE, A. LA SPINA, *Deregulation e privatizzazione: differenze e convergenze*, in *Stato e mercato*, 1992; S.FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999.

<sup>4</sup> - Sui processi di liberalizzazione e privatizzazione, nell'ampia letteratura, cfr. G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2016; ID., *Privatizzazioni, ad vocem*, in *Enc giur. Treccani*, Roma, 2000; ID., *La trasformazione degli enti pubblici economici e la dismissione delle partecipazioni statali*.

dall'istituzione nuove forme di *regulation* pubblica, quali le Autorità indipendenti<sup>5</sup> – è chiamata ad esercitare una serie di poteri-funzione ora di amministrazione settoriale, ora di *regulation*<sup>6</sup>, ora di *adjudication*<sup>7</sup>; polimorfismo funzionale, il cui tratto unificante appare essenzialmente costituito, appunto, dalla preposizione al governo di un medesimo settore di mercato.

Trattasi di un modello di potere pubblico estraneo alla tradizionale continentale, che si radica nei sistemi di *common law*: ove, sin dalla risalente esperienza di *local government* - come da tempo autorevolmente colto-, le diverse funzioni pubbliche erano per così dire ricondotte alla nozione unificante di *jurisdiction*, concepita alla stregua di “attività pubblica in senso lato che riassume al suo interno, disconoscendone la distinzione, le tre tradizionali funzioni dello Stato”.<sup>8</sup>

---

*verso un nuovo ibrido: la s.p.a. di diritto pubblico?*, in *Nomos*, 1992, p. 1 e ss.; *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, L. AMMANNATI (a cura di), 1995; S. CASSESE, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Econ. Pubbl.*, 1996, n. 5; ID., *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. Giur.en. el.*, 1998, p.233; ID., *Privatizzazioni annunciate, mezze privatizzazioni e pseudoprivatizzazioni in Italia, in economia e credito*, 1992, p. 45 e ss.; ID., *Stato e mercato, dopo e privatizzazioni e "deregulation"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, p. 378 e ss.; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU., A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA, (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, p. 917; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 187; D. SORACE, *Servizi e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 371; G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 1999, p. 7; G. BERTI, *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione*, in *Jus*, 1999, p. 867; R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussione e problemi*. Milano, 1999; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; S. FOIS, *Servizi e interessi tra privatizzazioni e regolazione pubblica*, in *Dir. soc.* 2000, p. 13; V. GASPARINI CASARI, *Il servizio universale*; in *Dir. econ.*, 2000, p. 263; F. SALVIA, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione di impresa*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p.535; L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, Padova, 2001.; G. MAJONE, A. LA SPINA, *Lo Stato regolatore*, in *Riv. trim. scienze amm.*, 1991, p. 3; P. SCHLESINGER, *La legge sulle privatizzazioni degli enti pubblici economici*, in *riv. soc.*, 1992, p. 126 e ss; JAEGER, Voce *Privatizzazioni (profili generali)*, in *Enc. giur. Treccani*, roma, 1995 vol. xxiv; M. CLARICH, *Privatizzazioni*, in *Digesto pubbl.*, Torino, vol. xi, 1996, p. 568; F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996; V. COZZOLI, *Un decennio di privatizzazioni: la cessione di Telecom Italia*, Milano, 2004; G.C. SPATINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*, Torino, 2006.

<sup>5</sup> - Sul fenomeno delle Autorità indipendenti in Italia, cfr. A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, p. 400 ss.; M. D'ALBERTI, *Autorità amministrative indipendenti, ad vocem*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1995; S.AMOROSINO, *Attività regolatoria e autorità indipendenti: l'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Rass. giur. En.el.*, 1996, p.101 ss.; F. CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario verso la neutralità*, Padova, 1004, p. 212 ss.; E: CARDI, *La Consob come istituzione. Note sulla soggettività giuridica della Commissione nazionale per le società e la Borsa*, in *Studi per Giannini*, Milano, 1988, III, p.265 ss.; G. DI GASPARE-A.BARDUSCO-G.CAIA ( a cura di) *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1998; V. MEZZACAPO, *L'indipendenza della Banca d'Italia*, in  *Mercati e amministrazioni indipendenti*, 1993, p.53 ss.; sia altresì consentito di rinviare a P. ROSSI, *op. cit.*, 4 ss.

<sup>6</sup> - Sulla funzione di regolazione dell'Agcom vedasi P.ROSSI, *op. cit.* 95 ss.

<sup>7</sup> - Sulla funzione di *adjudication* dell'Agcom di risoluzione dei conflitti tra gli operatori presenti sul mercato regolato, v. *ex multis* in dottrina GAROFOLI-FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2009, p. 261; CARINGELLA, *Compendio di diritto amministrativo*, DIKE, Roma, 2010, p. 662; TONOLETTI, *La tutela della proprietà intellettuale tra giurisdizione e amministrazione*, in *AIDA*, 2013, p. 341; sia consentito anche di rinviare a P.ROSSI, *op. cit.*, 132 ss.

<sup>8</sup> - Così DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico, cit.*; ID., *Autogoverno, ad vocem*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, p.2 ss.

Sul solco di tale tradizione, anche la successiva e più recente esperienza anglosassone delle *Agencies* appare caratterizzata da analogo polimorfismo funzionale: si pensi, ad esempio, al modello sia delle ICC (*Interstate Commerce Commission*)<sup>9</sup>, sia delle IRCs (*Independent Regulatory Commissions*)<sup>10</sup>, organismi indipendenti cui era stato affidato il *government* di una serie di settori di mercato, con compiti, oltre che di amministrazione attiva, di regolazione (*rule making*) e di risoluzione delle controversie (*adjudication*). In particolare, nell'ordinamento USA è rinvenibile un sistema integrato di funzioni di *rule making* e *quasi-judicial* sin dall'istituzione delle ICC, cui, oltre a poteri di regolazione del sistema tariffario, era stato, tra l'altro, attribuito anche il compito di risolvere le controversie sull'erogazione del servizio insorte tra le società di gestione del servizio ferroviario e gli utenti<sup>11</sup>. Analoghi poteri regolativi e aggiudicativi vennero in seguito riconosciuti a tutte le IRCs; sinchè l'attività di *adjudication* venne codificata e procedimentalizzata nell'*Administrative Procedure Act*. Se, sino a quel momento, nelle IRCs venivano nominati degli *examiners*<sup>12</sup>, con l'adozione dell'*Administrative Procedure Act* venne introdotta la figura, tuttora attiva, dell'*Administrative Law Judge* (ALJ), un funzionario interno all'Agenzia con particolari competenze nel settore, specializzato rispetto alla competenza generalista delle *Courts* ordinarie. Le decisioni dell'ALJ, che devono essere motivate in fatto e in diritto, nonchè essere collegate al *record*, ovvero agli atti della procedura raccolti dinanzi all'ALJ dai vertici dell'Agenzia, i quali possono ingerirsi solo in caso di impugnazione e nei limiti della doglianza di parte<sup>13</sup>.

Nel Regno Unito, pur non mancando una risalente tradizione di organismi con poteri regolativi e *quasi-judicial* (*quangos*), l'istituzione di *Agencies* indipendenti – quali l'OFTTEL, l'OFGAS e l'OFFER – è connessa al successivo processo tatcheriano di liberalizzazione e privatizzazione di ampi settori dell'economia, segnatamente delle *public utilities*. Peraltro, in seguito, il modello delle *regulatory Agencies* inglesi si sviluppò in modo parzialmente diverso da quello delle *Agencies* americane: infatti, soprattutto ai fini della tutela dei fruitori dei *public utilities*, fu implementato il modello di amministrazione *justiciable* degli *Administrative Tribunals*, la cui peculiarità era quella di assicurare decisioni in tempi brevi, mediante procedure più snelle, deformalizzate e comunque in grado di emettere decisioni

<sup>9</sup> - La *Interstate Commerce Commission* è pressochè coeva all'emanazione dello *Sherman Act*, vale a dire la prima legge federale *antitrust* nel 1890.

<sup>10</sup> - Sul fenomeno delle Autorità indipendenti nell'ordinamento statunitense cfr. T. K. MCCRAW, *Prophet of regulation*, Cambridge, 1984; P. L. STRAUSS, *The place of agencies in Government: Separation of power and the four branch*, in *Columbia Law Review*, 1984; R. L. RABIN, *Federal regulation in historical perspective*, in *Stan L. Rev.*, 1986; N. GRECO, *Dal "Regulatory State" all' "Administrative State". Origini, esperienze e crisi delle "Independent Regulatory Commission"*, in N. GRECO (a cura di), *L'intervento pubblico dell'economia. Modelli ed esperienze USA*, Roma, 1977; L. BARRA CARACCILO, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento USA. Profili comparativi con l'esperienza italiana*, Torino, 1999.

<sup>11</sup> - L'attribuzione di funzioni giurisdizionali alle autorità indipendenti negli USA ha sollevato perplessità sulla legittimità costituzionale di tale scelta; anche in tal caso, hanno prevalso le ragioni dell'efficienza e della *expertise* che rimettono al Congresso la possibilità di individuare le forme più consone per l'esercizio dei propri poteri, ivi incluse l'affidamento del contenzioso ad una agenzia regolativa, quale mezzo per realizzare la politica determinata solo a livello di *standards* nella legge. In proposito cfr. L. BARRA CARACCILO, *op. cit.*, p. 69 ss.

<sup>12</sup> - Cfr. RUSSEL, WEAVER, *Management of A.L.J. Offices*, in *Administrative Law Review*, 1995, p. 303 ss.

<sup>13</sup> - Cfr. PEDRESEN, *The decline of Separation of Function in the federal administrative Agencies*, in *VA LA Review*, 1978, p. 759 ss.

definitive ed esecutive<sup>14</sup>. Con la riforma del 1992 (*Competition and Service Utilities Act*) i *Tribunals* furono poi assoggettati ad un regime che impose alcune garanzie tipicamente giurisdizionali, quali il rispetto del contraddittorio e della motivazione; tuttavia, un'analogha funzione paragiurisdizionale fu affidata anche ai *Directors* delle *regulatory Agencies*<sup>15</sup>, ai quali fu attribuito il potere di risolvere le controversie tra utenti ed operatori. Tuttavia, la riforma del 1992 potrebbe indurre l'interprete a ritenere centrale, nel sistema inglese, il meccanismo di tutela dei diritti degli utenti dinanzi ai *Directors* in alternativa a quello giudiziario, in realtà da una attenta lettura del provvedimento emerge una tendenziale residualità del compito affidato ai *Directors*. Ciò in quanto, il sistema aggiudicativo è stato concepito come una struttura piramidale, che trova la propria base, che nell'intenzione del legislatore dovrebbe assorbire il maggior numero di controversie, in un primo livello di rimedi, informali affidati ai singoli esercenti il servizio, in seconda istanza è possibile il ricorso alle *Customers committee* o *Consumer Council*<sup>16</sup> e solo in ultima istanza, alla supervisione dei *Director* delle *Agencies*. In altre parole, in prima istanza le potenziali controversie devono essere indirizzate ai gestori, onde tentare di raggiungere una soluzione in modo informale e soprattutto in tempi rapidi<sup>17</sup>. In seconda istanza, è possibile il ricorso alle *Customers committee*, e, in ultima istanza, ai *Directors*, le cui decisioni motivate hanno efficacia vincolante tra le parti al pari di una pronuncia giurisdizionale; ferma restando, comunque, la possibilità di esperire il *judicial review* di fronte alla *High Court*. Non va trascurato il fatto che nella prassi applicativa, riscontrabile dalla mera lettura dei resoconti annuali delle *Agencies* inglesi, si registri il tendenziale *favor* dell'utenza per le forme di soluzione delle controversie affidate direttamente ai gestori ovvero ai *Consumer Councils*. Il che induce a ritenere che, alla prova dei fatti, la composizione di tali conflitti, pur rientrando nelle attribuzioni delle *Agencies*, sembra avere nel sistema inglese una rilevanza piuttosto marginale<sup>18</sup>. Tra l'altro, a seconda del settore, il legislatore britannico ha previsto procedure differenti ai fini del ricorso nei confronti del gestore, introducendo di fatto una certa eterogeneità procedurale.

Nel settore dell'elettricità, ad esempio, l'*Electric Act* del 1989, istitutivo dell'*Office of Electricity Regulation* (OFFER), aveva rimesso agli esercenti, d'intesa con il *Director general of Electricity Supply*, organo monocratico di vertice, l'elaborazione di un regolamento per la soluzione stragiudiziale delle controversie degli utenti, prevedendo, al contempo, che le relative procedure fossero presiedute proprio dallo stesso *Director*. Tale regolamento ha prefigurato un sistema piramidale, del tutto simile a quello descritto in precedenza. Qualora l'istanza avanzata dall'utente non fosse accolta dal gestore, la domanda può essere indirizzata al *Regional Office* dell'OFFER, che tenta la conciliazione tra le parti;

<sup>14</sup> -Cfr. GENN, *Tribunal Review of Decision Making*, in RICHARDSON, GENN, *Administrative Law and Government Action. The Courts and Alternative Mechanism of Review*, Oxford, Clarendon, 1994; McDONALD, *Administrative Tribunals*, London, 1973; E. BALBONI, *Amministrazione giusiziale*, Padova, 1986, p. 75 ss.

<sup>15</sup> -Cfr. E. BAILEY, *Council on Tribunals and Utilities*, in *Utilities Law Review*, 1993, p. 51.

<sup>16</sup> -Sul sistema inglese si veda *amplius* P. BIRKINSHAW, *Grievencies, remedies and the state*, London, 1994; P. GAGGERO, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie del Regno Unito*, in *Econ. dir.terz.*, 1995, p. 343 ss.

<sup>17</sup> -L'attribuzione del primo livello di rimedi direttamente agli esercenti il servizio appare in linea con le previsioni della *Citizen Charters* del 1991, che imponeva ai gestori l'introduzione di procedure adeguate alla gestione e risoluzione dei reclami. In caso di risposta insoddisfacente al reclamo, l'utente può rivolgersi ad un organo indipendente, denominato *Consumers Council*, con competenza settoriale e poteri decisorii, che costituiscono il filtro rispetto alle autorità di regolazione, cui pervengono quindi solo le controversie più delicate e di difficile risoluzione.

<sup>18</sup> - In tal senso, cfr. P. ROSSI, *Le autorità di regolazione*, cit., p. 138

ove neanche in tal sede la composizione della lite fosse riuscita, il tentativo poteva essere rinnovato dinanzi al *Local Consumers Committee*. Solo all'esito di tali fasi, la controversia poteva essere sottoposta al *Director General* dell'*Agency*, chiamato a risolvere la lite con decisione vincolante, avente efficacia equivalente a quella delle *County courts*<sup>19</sup>. L'assetto definito dal legislatore inglese, pertanto, si basa su un sistema articolato su più livelli, ove emerge un chiaro *favor* della via conciliativa, prima di ricorrere alla decisione vincolante del terzo. In buona sostanza, il gestore deve prevedere obbligatoriamente una procedura per la gestione dei reclami degli utenti; procedura che, oltre che essere definita previa consultazione con gli organismi rappresentativi degli utenti, deve essere approvata anche dal *Director General*. Tra l'altro, quest'ultimo, in caso di mancata composizione della lite tra gestore e utente, può con decisione discrezionale, affidarne la risoluzione ad un arbitro da lui nominato. Comunque sia, pur con sfumature diverse e tratti peculiari, nel suo complesso il sistema anglosassone appare caratterizzato dalla presenza di *Authorities* indipendenti, titolari, oltre che di compiti di regolazione, anche di poteri di risoluzione delle controversie tra operatori e tra operatori ed utenti; il che ha consentito a tali organismi di svolgere un efficace *government* del settore di riferimento, non solo ponendo le regole generali di condotta con funzione conformativa del mercato, ma anche decidendo, nell'ambito della funzione aggiudicativa, il singolo conflitto fornendo la corretta interpretazione ed applicazione delle regole adottate nell'esercizio della funzione di *rule making*; ciò anche ricorrendo, ove ritenuto necessario, alle *Courts*, per giungere a definire le regole dell'attività economica attraverso il *case law*.

In tale contesto, del resto, si radica la c.d. *regulation by litigation*, ove il conflitto opera come uno strumento nelle mani della regolazione al fine di massimizzare la *compliance* dei privati<sup>20</sup>; come dire che lo Stato litiga contro i privati per assicurare il rispetto delle regole: ciò soprattutto nei casi in cui le *Agencies* si rivolgono alle *Courts* per perseguire comportamenti ritenuti illeciti da parte degli operatori, ad esempio, in materia di *enforcement* del diritto *antitrust* e di sicurezza alimentare.

---

<sup>19</sup> - Simile al settore dell'elettricità anche quello del gas. Con il *gas Act* del 1986 il legislatore inglese aveva istituito l'*Office of Gas* (OFGAS), al cui vertice era preposto il *Director General*, e il Gas Consumers Council (GCC), i cui componenti al pari del DG, venivano nominati dal *Secretary of State for Trade and Industry*. La competenza a risolvere in via stragiudiziale le controversie tra i gestori ed utenti era ripartita tra il *Director General*, per le questioni inerenti i rapporti contrattuali della *British Gas*, ed il *Gas Consumers Council*, per tutte le altre controversie. Anche in tale settore il sistema di rimedi *quasi-judicial* prevedeva, in prima istanza, la facoltà di ricorrere al DG o al GCC solo dopo aver esperito il ricorso al gestore interessato. Inoltre il tentativo di conciliazione promosso dal GCC non fosse andato a buon fine, gli atti venivano trasmessi d'ufficio all'OFGAS, per la definizione della lite.

<sup>20</sup> - Sulla tematica della *regulation by litigation* di tradizione anglosassone cfr. A.P. MORRIS *et al.*, *Regulation by litigation*, Yale University Press, 2009. Cfr. anche *Regulation through litigation*, a cura di W.K. Viscusi, Brookings Institution Press, 2002; R.J. RYCHLAK *et al.*, *Regulation Through Litigation*, in *Mississippi Law Journal* 71.2, 2001, pp. 613-692; sulle possibili implicazioni negative derivanti dalla sovrapposizione tra strategie regolamentari e iniziative litigiose cfr. amplius A.L. WILLETT, *Litigation as an Alternative to Regulation: Problems Created by Follow-On Lawsuits with Multiple Outcomes*, in *Geo. J. Legal Ethics* 18, 2004, p. 1477 ss.; R.A. POSNER, *Regulation (agencies) versus litigation (courts): an analytical framework*, in *Regulation vs. Litigation: Perspectives from Economics and Law*, University of Chicago Press, 2010, pp. 11-26.

## **2.La “doppia anima” regolativa-aggiudicativa dell’Agcom, tra normativa comunitaria e disciplina nazionale.**

Il modello di *Autority* desumibile dalla legge istitutiva n. 249/97, essenzialmente mutuato dalla formula delle richiamate *Agencies* anglosassoni, appare caratterizzato da una rilevante integrazione tra funzione regolativa e quella di risoluzione delle controversie tra operatori e tra operatori ed utenti: in definitiva, una sorta di simbiosi funzionale tra *regulation* e *adjudication*.

In effetti, quanto alla funzione di regolazione, la legge istitutiva ha, in primo luogo, mantenuto in capo all’Agcom un significativo potere regolativo, per garantire, nella lunga - e per alcuni profili perdurante - transizione al libero mercato del settore il rispetto degli interessi di tutti gli attori coinvolti, vale a dire sia degli utenti, sia degli operatori, tenuto conto delle posizioni di monopolio di fatto, o comunque di oligopolio dei gestori. Tant’è che i compiti regolativi sono stati modulati dal legislatore in vista sia di una regolazione tecnica *ex ante* del settore, sia, in taluni casi, di un intervento correttivo *ex post* dell’autoregolazione riconosciuta ai gestori. In tal senso, ampio ed articolato appare l’ambito del potere di normazione tecnica affidato all’Agcom per definire le regole conformative dell’attività delle imprese del settore, avuto riguardo sia all’accesso al mercato ed ai rapporti tra gli operatori, sia alla qualità dei servizi erogati, sia alla disciplina del rapporto con l’utenza.

Tuttavia, come sopra rilevato, il ruolo dell’Autorità non è stato circoscritto dal legislatore alla sola funzione regolativa, ma è stato integrato con quella di tipo aggiudicativo, vale a dire di risoluzione non giurisdizionale delle controversie tra gestori e tra questi e gli utenti, attraverso forme di tipo conciliativo ed arbitrale, comunque alternative al contenzioso giudiziale; ciò, appunto, in linea con l’ispirazione di fondo di consentire all’Autorità di svolgere un efficace *government* del settore di competenza, ponendo nel singolo caso la corretta interpretazione ed applicazione delle regole poste nell’esercizio del potere regolativo. In particolare, il legislatore del ’97 ha attribuito, in sede istitutiva, all’Agcom, in uno con una serie di compiti regolativi, anche la funzione di aggiudicazione, vale a dire il potere di dirimere le controversie in materia di interconnessione e accesso alle infrastrutture di telecomunicazione entro 90 giorni dalla notifica della controversia (art. 1 comma 6 l.n.249); alla medesima Agcom è stata rimessa la disciplina delle modalità di soluzione non giudiziale delle controversie tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze, subordinando il ricorso giurisdizionale al previo esperimento della procedura di conciliazione, entro 30 giorni dalla proposizione della relativa istanza all’Autorità, vera e propria condizione di procedibilità dell’azione giudiziale (art. 1, comma 11 della l.n.249).

Nel frattempo, tuttavia, è sopravvenuta la Direttiva N. 2002/21/CE – c.d. Direttiva Quadro<sup>21</sup> -, con cui il legislatore comunitario ha perseguito un duplice obiettivo: offrire adeguata protezione agli operatori e, al contempo, garantire uniformità del quadro regolativo: da un lato, infatti, l’art. 20 della Direttiva ha individuato un meccanismo procedurale di

---

<sup>21</sup> - Sulla Direttiva Quadro in generale cfr *amplius* A.PACE, *L’ordinamento della comunicazione*, in *Dir. Pubbl.*,n.3/2004, 3 ss.; S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6, 2002; F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2002; G. DE MINICO, *Le direttive CE sulle comunicazioni elettroniche e la submateria delle telecomunicazioni*, in V. CERULLI IRELLI - C. PINELLI (a cura di), *Verso il federalismo*, Bologna, 2004; R. PEREZ (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004; I.CMEFFI, *L’integrazione amministrativa europea nelle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2006.

risoluzione delle dispute tra operatori del settore affidandolo ad un'Autorità indipendente, dotata di elevata expertise e in grado di decidere in modo rapido ed efficace; un meccanismo alternativo, ma non preclusivo, al ricorso al contenzioso giudiziale (*alternative dispute resolution* o ADR)<sup>22</sup>. Dall'altro lato, siffatto meccanismo di soluzione delle controversie avrebbe dovuto costituire, secondo la ratio ispiratrice del legislatore comunitario, uno strumento volto a promuovere la creazione di uno spazio regolativo europeo, affidando alle Autorità nazionali di regolamentazione il ruolo strategico di assicurare un'attuazione uniforme del diritto comunitario in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica.

Di qui si spiega il fatto che la Direttiva Quadro, nel prevedere il richiamato meccanismo di soluzione delle controversie nazionali in capo alle *Authorities* di regolazione, ha chiesto a queste ultime che, nell'esercizio di tale funzione aggiudicativa, perseguissero al contempo gli obiettivi generali di promozione del libero mercato, dello sviluppo del mercato interno e della tutela degli interessi dei cittadini dell'Unione. Come dire, in altri termini, che le Autorità di regolazione sono state chiamate dalla Direttiva Quadro a svolgere la funzione di *regulation* anche nell'espletamento della funzione di *adjudication*.

L'Autorità, quindi, ogni volta che è chiamata a pronunciarsi su una controversia tra operatori, deve assumere una decisione sul singolo caso perseguendo, attraverso di essa, anche le finalità tipiche della *regulation*.

Del resto, siffatto meccanismo di soluzione delle controversie tra operatori permette alle Autorità di monitorare il settore di mercato di riferimento, di temperare gli interessi delle imprese con gli interessi generali del settore, di svolgere, in definitiva, un intervento di regolazione anche nella fase della soluzione delle controversie.

Uno strumento, quello della risoluzione delle controversie, per così dire a "doppia anima": strumento di soluzione delle controversie alternativo alla giurisdizione e, ad un tempo, strumento volto a permettere la c.d. *regulation by litigation*.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> - Sulla tematica delle ADR cfr. G. ALPA, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione delle controversie*, in *Pol. dir.*, 1997, p. 403 ss.; M. CAPPELLETTI, *L'accesso alla giustizia dei consumatori*, in *Dir. Econ.*, 1991, p. 15 ss.; G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e tutela degli utenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, p. 14 ss.; P. GASPARRI, *Gli istituti alternativi di composizione delle liti*, in A. CORPACI, (a cura di), *La tutela degli servizi pubblici*, Bologna, 2003, p. 169 ss.; sulle radici anglosassoni delle ADR si vedano A. AUERBACH, *Justice Without Law?*, New York-Oxford, 1983; A. COHEN, *Debating the Globalization of U.S. Mediation*, in *Harvard Negotiation Law Review*, 2006, 300 ss.; F. CHASE, *ADR and the Culture of Litigation: the Example of the United States of America*, in CADIT (a cura di), AA.VV., *I metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d'America*, in V. VARANO (a cura di), *L'altra giustizia*, Milano, 2007, 129 ss; l'evento chiave è rappresentato, nel 1976, da una Conferenza, organizzata da Burger, intitolata – per ricordare la celebre relazione tenuta da Roscoe Pound nel 1906 – "*National conference on the causes of popular dissatisfaction with the administration of justice*". In quella, la soluzione alla crisi viene individuata nell'utilizzo di altri mezzi di risoluzione delle liti. Celebre è l'intervento di Sander (SANDER, *Address Before the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice: Varieties of Dispute Processing*, in *70 Federal Rules Decisions*, 1976, 111 ss), che presenta la sua proposta attraverso l'immagine suggestiva della *multi-door court house*, dove il cittadino propone la sua domanda non più ad una corte, ma ad un *dispute resolution center*, ove la domanda viene indirizzata verso il meccanismo di risoluzione per essa più adatto: il processo, ma anche la mediazione, l'arbitrato, l'*ombudsman*, il *neutral-fact facting*. In tal modo, secondo Sander, sarebbe possibile una risoluzione delle controversie efficace sotto il profilo "dei costi, dei tempi, dell'accuratezza, della credibilità e della fattibilità"; per l'Europa si vedano DUSS-VON WERDT, *Homo mediator – Geschichte und Menschenbild der Mediation*, Stuttgart, 2005; G. DE PALO, G. GUIDI, *Risoluzione alternativa delle controversie – ADR nelle corti federali degli Stati Uniti*, Milano, 1999; F. CUOMO ULLOA, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1283 ss.

<sup>23</sup> - Così F. DONATI, *Il lungo cammino della riforma*, in *Tra regolazione e giurisdizione, in ricordo di Antonio Preto*, ZOPPINI (a cura di), Roma, 2017, p.23.

In effetti, il codice delle comunicazioni elettroniche (c.c.e.), adottato con D.Lgs. n. 259/03, nel recepire la citata Direttiva Quadro, ha confermato la doppia anima dell'Agcom: infatti, l'art. 23 del c.c.e. ha statuito che dinanzi all'Agcom si svolge il procedimento aggiudicativo, di tipo paragiudiziale o giustiziale, volto alla soluzione di un conflitto avente ad oggetto obblighi derivanti dal c.c.e., caratterizzato da un vero e proprio contraddittorio e concluso con una decisione, di carattere provvedimentale, vincolante. Per tal via, l'Agcom svolge un compito aggiudicativo, nel quale la tutela degli interessi delle parti diviene un modo indiretto per tutelare interessi generali in relazione ai quali essa l'Autorità svolge la propria funzione di *regulation*.

### **3. Il procedimento di aggiudicazione dinanzi all'Agcom per la soluzione delle dispute tra operatori ante delibera n.226/15/CONS.**

In sede di autonormazione, l'Agcom aveva, per la prima volta, disciplinato il procedimento aggiudicativo con delibera n.148/01/CONS, recante "*Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra organismi di telecomunicazione*"<sup>24</sup>. Tale disciplina, invero, aveva individuato due distinti procedimenti, uno relativo all'intervento e definizione delle controversie in materia di interconnessione e accesso speciale alla rete, e l'altro per tutte le altre dispute in cui un organismo di telecomunicazione avesse lamentato la violazione da parte di altro operatore di un suo diritto, interesse protetto da accordo privato e dalle norme di settore.

Senonchè, sopravvenuto il citato art. 23 del D.lgs. n.259/03, ed essendo il *modus procedendi* dell'esercizio della funzione aggiudicativa divenuto unitario, s'imponeva il superamento delle due distinte procedure previste dalla delibera n. 148/01/CONS.

Di qui l'adeguamento operato dall'Autorità con delibera n. 352/08/Cons<sup>25</sup>, recante "*Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettronica*", con cui, nell'abrogare le pregresse regole procedurali, era stato appunto introdotto un procedimento unitario per la risoluzione delle controversie, nell'ambito del quale, anche in relazione alle dispute diverse dall'accesso e dall'interconnessione; ad ulteriore modifica del pregresso regime, non solo non era più richiesto l'accordo di entrambe le parti per far assumere la decisione all'Autorità, ma anche il tentativo di conciliazione, in precedenza obbligatorio - nel silenzio del sopravvenuto art. 23 c.c.e.-, era stato reso facoltativo per tutte le controversie ed esperibile in qualsiasi fase del procedimento.

In ogni caso, con la delibera n.352/08 erano state ri-disciplinate puntualmente tutte le fasi dell'unico procedimento aggiudicativo: da quella di avvio, a quella istruttoria, a quella decisionale, avendo altresì cura di regolare anche la fase cautelare.

Come emerge dal dato positivo, all'esito della modifica regolamentare del 2008 il procedimento aggiudicativo era caratterizzato da un'elevata ritualità e termini paraprocedurali: ciò sin dalla fase introduttiva, potendo la procedura essere attivata solo su istanza motivata e documentata di una delle parti, che, una volta ricevuta, doveva essere

<sup>24</sup> - Cfr. AGCOM, delibera n.148/01/CONS, recante "*Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra organismi di telecomunicazione*. in [www.agcom.it](http://www.agcom.it)

<sup>25</sup> - Cfr. AGCOM, Delibera n. 352/08/CONS, recante "*Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettronica*", in [www.agcom.it](http://www.agcom.it); v. G. NAVA, *Regolamentazione e contenzioso tra operatori nelle comunicazioni elettroniche*, Torino 2012, p. 108

obbligatoriamente trasmessa dal responsabile del procedimento, entro i dieci giorni successivi, alla parte convenuta, unitamente all'avviso dell'udienza di comparizione ed all'indicazione dell'ufficio in cui prendere visione degli atti; ciò al fine di consentire alla convenuta di difendersi, secondo il principio di un contraddittorio paritario (art.5). Una volta ritualmente convocata l'udienza, le parti dovevano comparire dinanzi al responsabile del procedimento, con facoltà di contraddire oralmente in ordine alle rispettive posizioni e di farsi assistere da consulenti o da avvocati. Peraltro, nel corso di tale prima udienza il responsabile del procedimento era tenuto a tentare la conciliazione; in caso di esito positivo, doveva essere redatto apposito processo verbale della convenzione conclusa sottoscritto anche dalle parti (art.9). Invece, nel caso di esito negativo del tentativo di conciliazione, il responsabile del procedimento poteva formulare liberamente domande alle parti comparse in udienza al fine di precisare i fatti da ciascuna allegati a sostegno delle proprie domande, difese ed eccezioni, ovvero di chiarire i punti di contrasto.

In ogni caso, all'esito della prima udienza poteva essere avviata la fase istruttoria, nell'ambito della quale il responsabile del procedimento aveva facoltà di chiedere o disporre l'acquisizione di documenti, ovvero altri elementi conoscitivi anche presso soggetti terzi, nonché indagini tecniche; in tal caso, era tenuto a darne immediata comunicazione alle parti e il termine per la definizione della controversia rimaneva sospeso per il tempo necessario alla relativa acquisizione e, comunque, per non più di sessanta giorni. In tale fase istruttoria, le parti potevano nominare, dandone comunicazione, un proprio esperto per assistere a tutte le operazioni svolte dai tecnici ausiliari nominati dall'Autorità e presentare relazioni scritte e documenti. Esaurita la fase istruttoria, il Direttore trasmetteva la documentazione alla Commissione, allegando il resoconto istruttorio del responsabile del procedimento ed una propria relazione sull'oggetto della controversia. (art. 10)

Quanto, infine, alla fase decisionale, la Commissione – che, ritenuto opportuno, poteva convocare le parti dinanzi a sé per precisazioni e chiarimenti e, in tal caso, il termine di conclusione del procedimento veniva prorogato di trenta giorni - poteva o adottare decisioni parziali, ovvero restituire gli atti alla struttura per approfondimenti istruttori, ovvero assumere il provvedimento motivato, con il quale veniva definita la controversia, da adottare entro 4 mesi dalla presentazione dell'istanza. Tale decisione vincolante costituiva altresì ordine ai sensi dell'art. 98, comma 11, c.c.e. ed acquistava efficacia dalla notifica del dispositivo alle parti interessate, da avvenire entro il termine di dieci giorni dalla decisione medesima; che, completi di motivazione, doveva poi essere notificata alle parti e pubblicata nel Bollettino ufficiale e sul sito web dell'Autorità nei successivi trenta giorni. (art. 11)

Invece, in ordine alla fase cautelare, l'art. 4 del citato regolamento aveva statuito che la parte istante potesse chiedere - nella domanda introduttiva, ovvero nel corso del procedimento - l'adozione, in via d'urgenza, di misure provvisorie idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione finale, allegando un pregiudizio di natura economica di eccezionale gravità e nei casi di richieste di accesso o di interconnessione non soddisfatte. In tal caso, il Direttore era tenuto a trasmettere senza indugio gli atti alla Commissione, unitamente ad una propria relazione, per le determinazioni di competenza; da parte sua, parte convenuta aveva l'onere di depositare le proprie controdeduzioni sulla richiesta avversaria di misure cautelari nel termine di cinque giorni dalla notifica dell'avviso, scaduto il quale la Commissione, accertata la completezza del contraddittorio, decideva allo stato degli atti con provvedimento motivato.(art.4)

Peraltro, in seguito erano sopravvenute ulteriori modifiche della normativa primaria e segnatamente dell'art. 23 c.c.e., novato dal D.Lgs. n. 70/2012 per adeguarlo all'art. 20 della

Direttiva n. 2009/140/CE<sup>26</sup>, che aveva ampliato l'ambito soggettivo dei legittimati a chiedere un intervento dell'Autorità nazionale di regolazione in sede di risoluzione delle controversie; di qui l'esigenza di un nuovo intervento di adeguamento della normativa secondaria, da "aggiornare" anche avuto riguardo alle eventuali criticità emerse in sede di prassi applicativa.

#### **(segue) 4. ...e le novità regolamentari post delibera n.226/15/CON.**

Il nuovo Regolamento, approvato dall'Agcom con la delibera n. 226/15/CONS<sup>27</sup>, ha, *in primis*, ulteriormente confermato che la procedura aggiudicativa per la soluzione delle dispute tra operatori è volta a perseguire anche gli obiettivi di *regulation*: di qui sembra trovare giustificazione il disposto di cui all'art. 2, comma 3, secondo cui l'Autorità, in sede di risoluzione delle controversie, attua i principi e persegue gli obiettivi di cui agli artt. 3, 4 e 13 del c.c.e.; previsione che, pur ascrivibile alle controversie tra soggetti tenuti alla fornitura di accesso a infrastrutture di posa di reti in fibra ottica, non può non essere riferibile anche a tutte le altre controversie tra fornitori di reti e servizi di comunicazione elettronica già nel perimetro applicativo della funzione di *adjudication* dell'Agcom.

Quanto all'ambito soggettivo, come accennato, la novella regolamentare si è adeguata alle richiamate modifiche dell'art. 23 c.c.e., ma anche degli indirizzi del giudice comunitario.<sup>28</sup>

Comunque sia, iure condito l'applicazione della funzione aggiudicativa dell'Agcom *ratione personae* è stata estesa, oltre alle controversie tra operatori che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, anche altre imprese che beneficiano dell'imposizione di obblighi in materia di accesso o di interconnessione.

Ma v'è di più: si ricorderà come l'Autorità, con la delibera n. 622/11/CONS<sup>29</sup>, abbia esercitato i compiti attribuite dal c.c.e. e dalla l. n. 133/2008 in materia di dorsali e di accesso alle infrastrutture di posa per cavi in fibra ottica; in tal senso, è stata ipotizzata la possibilità di un intervento dell'Agcom per la soluzione di controversie relative alla coubicazione, ovvero all'accesso a dotti o altre infrastrutture di posa. Sul punto, l'art. 2, comma 2, del nuovo Regolamento ha esteso la funzione aggiudicativa dell'Agcom anche ai conflitti tra un operatore di comunicazioni elettroniche ed un soggetto titolare di infrastrutture di posa (quali, ad esempio, il soggetto – ente pubblico, concessionario, etc. – titolare dei diritti sull'infrastruttura medesima); in tal caso, tuttavia, occorre il consenso di entrambi le parti per l'intervento aggiudicativo dell'Autorità, dinanzi alla quale potrà essere tentata sia la conciliazione, sia – in caso di esito negativo, la procedura vera e propria di *adjudication*.

Invero, il nuovo regolamento di cui alla delibera n. 226/15 si segnala per aver introdotto una serie di ulteriori elementi di novità anche in relazione alla struttura della procedura aggiudicativa, al contraddittorio ed alle misure cautelari.

---

<sup>26</sup> - Cfr. Direttiva n.2009/140/CE, recante modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)

<sup>27</sup> - Cfr. AGCOM, Delibera n. 226/15/CONS, recante Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori, in [www.agcom.it](http://www.agcom.it).

<sup>28</sup> - Cfr. Corte Giust. CE, sentenza *Telia Sonera* (causa C-192/08), in [www.curia.eu](http://www.curia.eu).

<sup>29</sup> - Cfr. AGCOM, delibera n. 622/11/CONS, in [www.agcom.it](http://www.agcom.it).

Quanto alla struttura del procedimento aggiudicativo, tre sono le soluzioni procedurali ipotizzate dalla novella regolamentare, ovvero che l'esito sia l'inammissibilità dell'istanza, ovvero l'ammissibilità, o, infine, la manifesta fondatezza.

Quanto alla prima ipotesi, si segnala il fatto che al direttore della direzione reti e servizi sia stato attribuito il filtro di ammissibilità attraverso una valutazione allo stato degli atti, avuto riguardo sia alla manifesta infondatezza, sia all'incompetenza. Il provvedimento del direttore deve essere, naturalmente, motivato e, pur potendo definire il procedimento, non è necessariamente finale, atteso che la novella consente all'istante la possibilità di presentare, entro 10 giorni, opposizione alla Commissione; la quale, ove riformasse la pronuncia direttoriale, dovrà procedere alla convocazione delle parti alla prima udienza.

Quanto, invece alla eventuale improcedibilità dell'istanza, l'art. 3, commi 3 e 4, prevede che sia adottata ove per il medesimo oggetto e tra le stesse parti sia stata già attivata l'azione in sede giudiziale; del pari, l'art. 8, comma 4, ha previsto l'improcedibilità ove dai documenti depositati emerga che le parti, con atto scritto, avevano pattuito una soluzione al conflitto insorto in modi diversi dal ricorso all'Agcom.

In ogni caso, l'ipotesi più significativa d'improcedibilità è quella introdotta dall'art. 3, comma 5, ove l'azione sia proposta in via giudiziale dopo che il procedimento dinanzi all'Agcom abbia condotto ad una valutazione esaustiva dei fatti e delle questioni giuridiche sottese: in tal caso, infatti, l'Autorità può comunque pronunciarsi sulle relative questioni con un atto interpretativo generale, ove trattasi di profili di particolare rilievo e la loro definizione contribuisca al perseguimento degli obiettivi stabiliti dal codice. Trattasi di un'evidente riprova della rilevanza attribuita dall'Agcom all'integrazione funzionale tra procedimento aggiudicativo e funzione di regolazione, laddove il primo non è volto solo alla soluzione di una disputa tra privati operatori del settore, ma può essere suscettibile di assumere anche una finalità regolativa generale. Sul punto, non può sottacersi che, ove la decisione giudiziale fosse successiva e diversa da quella dell'Autorità, potrebbe incidere su effetti già prodotti dall'eventuale esecuzione della decisione dell'Agcom; se invece fosse preventiva, potrebbe condizionare indirettamente la decisione dell'Autorità; in entrambi i casi, potrebbero determinarsi ipotetici contrasti tra decisioni, componibili solo in sede giurisdizionale, essendo, in ogni caso, la decisione dell'Agcom impugnabile dinanzi al giudice amministrativo. Quanto, invece, al procedimento ordinario, le modifiche introdotte dalla novella regolamentare sembrano confermare sia le esigenze di celerità<sup>30</sup>, sia la separazione tra compiti istruttori, affidati all'ufficio (al responsabile del procedimento, prima, e al direttore, che formula la propria relazione alla commissione di accompagnamento del resoconto istruttorio del responsabile) e compiti decisionali rimessi alla Commissione.

Nondimeno, pare degno di nota, in primo luogo, il fatto che l'art. 9 della novellata disciplina regolamentare rimarchi la rilevanza del tentativo di conciliazione, facoltativo, ma esperibile in ogni momento della procedura aggiudicativa, anche avuto riguardo ai risultati della prassi applicativa<sup>31</sup>; in tal senso, le modifiche introdotte dal regolamento sembrano mirare solo all'ottimizzazione del ruolo dell'ufficio nell'individuazione di una soluzione conciliativa.

---

<sup>30</sup> - In tal senso depono l'espressa indicazione che il termine di 20 giorni fissato dall'art. 5, comma 2, vale solo per la prima udienza, sicché le successive è da attendersi che vengano disposte in ossequio al principio di concentrazione.

<sup>31</sup> - Ciò avviene a giusta ragione, se si considera che – come è emerso in sede di consultazione – circa il 50% dei procedimenti degli ultimi tre anni si è concluso con un accordo conciliativo.

In secondo luogo, l'art. 7 riconferma sostanzialmente il contenuto del previgente regime in punto di diritto delle parti di accesso agli atti del procedimento, avendo mantenuto in capo al direttore sia la discrezionalità nel bilanciamento tra esigenze di riservatezza e diritto di difesa, sia la facoltà, ove risultassero inconciliabili le esigenze contrapposte all'esito di detto bilanciamento, di privilegiare una delle due sulla scorta di un parametro di proporzionalità.<sup>32</sup> Tuttavia, siffatta scelta suscita delle perplessità, atteso che la giurisprudenza ha ritenuto prevalente il diritto di difesa.<sup>33</sup>

In terzo luogo, malgrado la novella regolamentare, nell'espungere l'ipotesi della decisione delegata al direttore prevista dal previgente art. 11, comma 4, abbia enfatizzato il ruolo decisionale della Commissione, il comma 1 ha ribadito che la discussione ante decisione [L] è solo eventuale e comunque rimessa ad una valutazione di opportunità dell'organo decidente, senza alcuna garanzia procedurale per le parti; ciò determina un *deficit* di contraddittorio orale, con pregiudizio per le parti di poter rappresentare le proprie rispettive posizioni al collegio incidendo con maggior efficacia in limine della decisione finale.

Infine, quanto alla fase cautelare, va segnalato come l'ambito oggettivo della tutela cautelare sia stato esteso oltre il perimetro del pregiudizio di natura economica e come il rito ne assicuri meglio l'esigenza di celerità, avuto riguardo al fatto che la pendenza della fase cautelare sospende i termini del procedimento ordinario. Peraltro, anche in sede cautelare è previsto un sistema di competenze tra direttore e Collegio specie in caso di rigetto (art. 4, comma 4 e, soprattutto, comma 6), nonchè un contraddittorio rimesso all'ufficio ante adozione del provvedimento da parte della Commissione (art. 4, comma 5); nei casi di estrema gravità e urgenza che incidano sui diritti dell'utenza, con particolare riferimento alla continuità dei servizi è stato previsto un procedimento presidenziale accelerato: il che induce a ritenere che ci si vada orientando verso una fase cautelare sempre più sommaria, con conseguente compressione delle prerogative della difesa.

In sede di prima applicazione, è sopravvenuta l'adozione del D.lgs. n. 33/2016<sup>34</sup>, di recepimento della Direttiva n. 2014/61/CE, in materia di facilitazione della posa delle infrastrutture per le reti a banda ultra-larga.<sup>35</sup>

In particolare, nel d.lgs. n. 33/2016 è ulteriormente ribadito che il conseguimento degli obiettivi del c.c.e. è strettamente legato alla soluzione delle controversie che possono insorgere tra operatori, affidato ancora una volta *ratione materiae* all'Agcom.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> - Peraltro l'art. 7, comma 8, in relazione ai documenti che forniscano elementi probatori decisivi restringe il potere di bilanciamento accordando una prevalenza di principio al diritto di difesa, giacché consente la compressione di esso solo ove l'ostensione del documento segretato determinerebbe grave e irreparabile pregiudizio all'impresa interessata, manifestamente sproporzionato rispetto all'oggetto della controversia.

<sup>33</sup> - Cfr. Cons. Stato, VI, 3 febbraio 2011, n. 783, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it), che tra gli interessi opposti, ha ritenuto che dovesse privilegiarsi la protezione effettiva del diritto di difesa nella forma dell'accesso c.d. difensionale.

<sup>34</sup> - Cfr. D.Lgs.n. 33/2016, 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", in [www.governo.it](http://www.governo.it)

<sup>35</sup> - La Direttiva n. 2014/61/CE, in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu), 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 proporzionalità; 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 vogliono eventualmente adottare.

Il citato D.lgs. n. 33/16 dedica alcune norme ai profili procedurali, avuto soprattutto riguardo ai tempi, alla decisione ed al rapporto con il processo. Quanto ai tempi, l'Autorità è chiamata a dirimere la controversia entro il termine massimo di due mesi, dimezzando quello concesso dalla Direttiva; ciò evidentemente tenuto conto dell'esigenza di recuperare il ritardo del Paese nella diffusione delle nuove reti.

In relazione alla decisione dell'Agcom, la stessa deve essere vincolante – concretando, peraltro, un ordine ex art. 98 c.c.e. -, assicurando il rispetto del principio di proporzionalità, con termini e condizioni equi e ragionevoli. L'Agcom, peraltro, può intervenire anche sui prezzi sì da assicurare il recupero dei costi per il fornitore di accesso, onde manlevarlo da oneri connessi alla realizzazione delle infrastrutture.

Significativo, infine, quanto previsto in relazione al rapporto tra procedimento e processo, essendo stabilita in ogni caso la definizione da parte dell'Agcom della controversia anche in pendenza di un ricorso giurisdizionale<sup>37</sup>. L'Agcom, in buona sostanza, è tenuta ad assumere una decisione anche ove sia nel frattempo stata attivata l'azione giudiziale sulla medesima lite. Trattasi, all'evidenza, di una novità rilevante nel quadro di riferimento normativo primario – ancorchè fosse stata in qualche modo anticipata dall'Autorità nella delibera n. 226/15, dando la possibilità all'Agcom di adottare, in tale ipotesi, un atto interpretativo generale - con lo scopo di pervenire, attraverso l'adozione della decisione da parte dell'Autorità, ad un consolidamento delle regole da questa poste, senza tuttavia minare alcuna *chance* di difesa giudiziale.

L'entrata in vigore del D.lgs. n. 33/16 ha imposto un'ulteriore rivisitazione del regolamento introdotto appena un anno prima con la citata delibera n.226/16; in effetti, l'Agcom è dovuta di nuovo intervenire con la delibera n. 449/16/CONS<sup>38</sup>, che, in primo luogo, ha esteso l'ambito soggettivo di applicazione del regolamento ai gestori di infrastrutture fisiche, ai proprietari di unità immobiliari ed ai condomini: trattasi di novità non marginale, in quanto in grado di ampliare la sfera d'azione dell'Agcom ad ambiti inesplorati, quali privati proprietari e condomini, tanto più che l'estensione soggettiva non sarà più subordinata all'accordo delle parti, essendo sufficiente una sola istanza per consentire all'Autorità di procedere alla definizione della controversia.

In secondo luogo, viene previsto il termine dimezzato di due mesi rispetto alle controversie ordinarie, anche se non appare del tutto chiaro se trattasi di un termine perentorio, tenuto conto di possibili complicazioni tecniche, tant'è che sono fatte salve circostanze eccezionali (art. 16 comma 1).

Infine, quanto al procedimento, si segnalano alcune peculiarità del rito riguardante le controversie relative a reti ad alta velocità: oltre ai tempi dimezzati, le misure cautelari, ben applicabili, e, nel caso di attivazione dell'azione giudiziale - in linea con la scelta richiamata del D.lgs. n.33/16 - l'adozione di una decisione; peraltro, quest'ultima previsione ben si compendia con quella del vigente regolamento, in cui l'Agcom, in presenza di talune condizioni, si deve pronunciare anche laddove una delle parti si rivolga al giudice

---

<sup>36</sup> - La scelta è in linea non solo con il quadro normativo generale, 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 operatori.

<sup>37</sup> - Cfr. art. 9, comma 7, d.lgs. n. 33 del 2016.

<sup>38</sup> - Cfr. AGCOM, delibera n.449/16, recante "*Modifiche e integrazioni del «Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra operatori» di cui all'allegato A alla delibera n. 226/15/CONS*", in [www.agcom.it](http://www.agcom.it)

successivamente all'instaurazione di una controversia dinanzi all'Autorità, adottando un atto interpretativo generale (art. 3 comma 5).

## **5. Polimorfismo funzionale dell'Agcom e promozione del mercato, nella simbiosi tra *regulation* a *adjudication*.**

Si è avuto modo di rilevare che pur essendo quello anglosassone il modello di riferimento della legge istitutiva dell'Agcom, il legislatore comunitario e nazionale, nell'attribuire ad un'unica Autorità di settore funzioni di *regulation* e di *adjudication*, ha conformato in modo parzialmente diverso la funzione di risoluzione delle controversie nell'ambito del settore di competenza, individuando dei procedimenti *quasi-judicial*, da celebrarsi dinanzi alla stessa Autorità, che, nel risolvere la singola disputa, è chiamata anche ad assicurare il rispetto di regole da essa stessa adottate.

Si è venuto così sviluppando un modello domestico in parte diverso dalla richiamata *regulation by litigation*, definito di *regulation and litigation*<sup>39</sup>, basato su una sorta di *file rouge* continuo tra regolazione e aggiudicazione e sulla loro reciproca complementarietà<sup>40</sup>, ove gioca un ruolo per così dire simbiotico la posizione delle regole e la gestione *quasi-judicial* dei conflitti che insorgono tra i privati sul rispetto dei diritti e degli obblighi discendenti dalla regolazione.

In altri termini, la celebrazione del conflitto tra operatori del mercato e tra questi e gli utenti dinanzi all'Autorità non ha soltanto una funzione deflattiva rispetto al contenzioso giudiziario, ma consente all'*Authority* stessa di consolidare la regolamentazione, accrescendone l'efficacia e l'efficienza.

Per tal via, si realizza una sorta di virtuoso meccanismo circolare tra *regulation* e *adjudication*, tra regola posta, *enforcement* e revisione della regola all'esito delle eventuali criticità emerse in sede aggiudicativa dinanzi allo stesso Regolatore.

Il che appare del tutto coerente con la ratio ispiratrice della citata Direttiva quadro nonché della disciplina nazionale attuativa e segnatamente dell'art. 23, comma 3, del c.c.e., secondo il quale nella risoluzione delle controversie l'Autorità persegue gli obiettivi di cui all'art. 13, vale a dire gli stessi obiettivi dell'attività di regolazione, id est lo sviluppo del mercato interno, la tutela degli interessi dei cittadini dell'Unione, la promozione del libero mercato. Ciò implica che anche quando l'Autorità si trova a dirimere una controversia tra operatori del settore di competenza, essa è chiamata a svolgere un'attività anche sostanzialmente regolatoria, ergo ad adottare una decisione che non potrà limitarsi, come quella di un giudice, solo a stabilire quale sia la disciplina applicabile al singolo caso, ma dovrà al contempo garantire il soddisfacimento delle finalità perseguite nell'esercizio della funzione di *regulation*.

Il che è stato da ultimo confermato anche dal giudice comunitario, secondo il quale l'attività di soluzione di controversie può sinanco estendersi all'adozione di decisioni che, per natura e contenuto, assumono *ex se* carattere *regolativo*; ragion per cui, anche alla luce di tale

---

<sup>39</sup> - Così G.NAPOLITANO, *Regulation and Litigation. La linea continua tra regolazione e soluzione delle controversie, in Tra regolazione e giurisdizione, in ricordo di Antonio Preto, ZOPPINI (a cura di), Roma, 2017, p. 139 ss.*

<sup>40</sup> - Cfr. J. SCHWARTZSTEIN, A. SHLEIFER, *Regulation and Litigation*. Workingpaper, Harvard University, 2008

pronunciamento, l'azione dell'Autorità potrebbe spingersi, in sede aggiudicativa, sino porre direttamente regolazione *ex ante*.

Ora, pur apparendo in parte diverso dalla tradizione anglosassone - ove ancora permane, in conformità alla tradizione, una *regulation by litigation*<sup>41</sup>, in cui la prima è demandata alle *Agencies* amministrative e la seconda alle Corti - il "verso" impresso in sede comunitaria e nazionale al polimorfismo funzionale delle Authorities di regolazione appare più coerente all'evoluzione degli ordinamenti europei continentali a tradizione amministrativa: caratterizzati, come già rilevato, nell'ultimo scorcio del secolo scorso, da un riposizionamento dello Stato nel mercato, attraverso privatizzazioni e liberalizzazioni di numerosi settori, e dal conseguente affidamento del governo di tali settori ad Autorità indipendenti, dotate di particolare *expertise* tecnica, con compiti di regolazione e di risoluzione delle controversie, *ergo*, con un ruolo, per certi aspetti, anche alternativo alle Corti giudiziarie.

Qui viene in rilievo il fatto, peculiare rispetto all'esperienza anglosassone, che, per tal via, l'Autorità non ricorre alle Corti per disciplinare un settore, ma può utilizzare la funzione aggiudicativa anche a fini regolativi.

Ora, di là dalla *vexata quaestio* della natura e dei poteri delle Autorità indipendenti in relazione alla funzione aggiudicativa - variamente definita quasi-giurisdizionale o semicontenziosa, ovvero meramente amministrativa<sup>42</sup> -, sembra di poter ritenere che ci si trovi di fronte ad una sorta di zona di confine tra l'amministrazione e la giurisdizione, caratterizzata da un legame con la funzione di *regulation*.

Del resto, in tale ottica sembra ispirarsi la soluzione prefigurata nel nuovo regolamento Agcom del rapporto tra funzione aggiudicativa e giurisdizione: come rilevato, secondo la

---

<sup>41</sup> - A.P. MORRIS *et al.*, *Regulation by litigation*, Yale University Press, 2009. Cfr. anche *Regulation through litigation*, a cura di W.K. Viscusi, Brookings Institution Press, 2002; R.J. RYCHLAK *et al.*, *Regulation Through Litigation*, in *Mississippi Law Journal* 71.2, 2001, pp. 613-692.

<sup>42</sup> - Sulla natura paragiurisdizionale della funzione aggiudicativa cfr. M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in *I garanti delle regole*, S.CASSESE-C.FRANCHINI (a cura di), Bologna, 1996, p. 159; ID., *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 103, che configura tale autorità come organo «*formalmente amministrativo ma sostanzialmente giurisdizionale*»; G. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, S.CASSESE-C.FRANCHINI, *cit.*, p. 47; in questa prospettiva cfr. anche, con riferimento all'attività di aggiudicazione svolta dall'AGCM, M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna 2005, pp. 96, 110 ss., 177 ss., il quale osserva che tale Autorità, in sede di verifica circa il rispetto delle regole in materia di concorrenza e di pubblicità ingannevole, pone in essere un'attività che «*non è affatto diversa da quella che viene svolta dal giudice civile o penale chiamato a qualificare o sussumere una fattispecie concreta in una fattispecie normativa*»; invece, per la tesi secondo cui i poteri giustiziali affidati alle autorità indipendenti costituiscono un'attività amministrativa volta alla mera applicazione della legge per la tutela dei diritti dei cittadini cfr. G. SCARSELLI, *La tutela dei diritti dinanzi alle autorità garanti. I. Giurisdizione e amministrazione*, Milano 2000, p. 253 ss.; sul punto, v. anche Corte Cassazione, Sez. III, 12 ottobre 2012, n. 17408, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), la quale ha escluso la natura giurisdizionale o paragiurisdizionale del potere di soluzione delle controversie affidato alle autorità indipendenti precisando che queste, quando esercitano funzioni 'giustiziali', non svolgono un'attività assimilabile a quella di un giudice, ma provvedono «*in considerazione di un interesse pubblico generale, la cui forza talvolta attenua la stessa protezione della posizione soggettiva*». La valorizzazione del contraddittorio, ha osservato la Corte, si iscrive nella «*diffusa tendenza alla introduzione nel procedimento amministrativo di momenti di partecipazione effettiva da parte degli interessati al suo esito*» e non significa affatto «*abbandono del procedimento in favore del processo*». Più in generale sulla riconducibilità dei poteri giustiziali delle autorità indipendenti ad una funzione di regolazione cfr. L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino 2002, p. 343 ss.

novella regolamentare, laddove l'azione sia proposta avanti all'autorità giudiziaria dopo che il procedimento abbia condotto ad una valutazione esaustiva dei fatti e delle questioni giuridiche sottese l'Autorità può comunque pronunciarsi sulle relative questioni con un atto interpretativo generale, qualora le stesse siano di particolare importanza e la loro definizione contribuisca al perseguimento degli obiettivi stabiliti dal codice.

Peraltro, in sede di prima applicazione, l'Agcom è già ricorsa all'adozione di alcuni atti interpretativi generali, tra cui appare particolarmente significativo il caso della controversia, *Vodafone c. Fastweb*, in cui l'Autorità, per tal via, ha individuato i criteri che presidiano la materia dei KO, onde orientare il mercato. Il che appare ben desumibile dal tenore della decisione<sup>43</sup>, ove l'Autorità, nell'intento di inviare un imput regolativo agli operatori, ha evidenziato 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*»; infatti, «*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, «*gli 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*»<sup>44</sup>.

Del pari significativa anche la decisione assunta tra Telecom Italia ed Eutelia<sup>45</sup> in materia di contributi *wholesale* ADSL; infatti, nell'ambito di una disputa incardinata dapprima dinanzi all'Agcom su cui, in seguito, si era giustapposto un giudizio in sede fallimentare, l'Agcom, in forza della novella regolamentare, ha assunto una decisione di carattere interpretativo generale: muovendo dal presupposto che Telecom aveva avviato sulla stessa controversia un'azione dinanzi al giudice ordinario «*dopo che il procedimento, avviato ai sensi dell'articolo 6, aveva condotto ad una valutazione esaustiva dei fatti e delle questioni giuridiche sottese*» e che la questione dei contributi *wholesale* ADSL *naked* era stata affrontata più volte in diverse controversie, l'Autorità, stante il rilievo del caso scrutinato «*che assurge a tema di interesse regolamentare e contribuisce al perseguimento degli obiettivi stabiliti dagli articoli 3, 4 e 13 del Codice*», ha deciso di «*emanare un atto interpretativo di portata generale che possa garantire le corrette dinamiche concorrenziali e di mercato*».

Trattasi di evidente riprova della rilevanza attribuita dall'Agcom alla simbiosi tra *regulation* e *litigation*, in un rapporto integrato tra procedimento aggiudicativo e regolazione: laddove il primo non è volto solo alla soluzione di una disputa tra privati operatori del settore, ma può essere suscettibile di assumere anche una finalità regolativa generale: tant'è che l'Agcom più volte ha sottolineato come, «*sebbene nel quadro giuridico vigente il provvedimento di*

<sup>43</sup> - Cfr. AGCOM, delibera n. 121/16/CONS, in [www.agcom.it](http://www.agcom.it)

<sup>44</sup> - Art. 1, comma 1, della delibera n. 121/16/CONS; si v. anche il punto 40 della parte motiva: «*in 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*».

<sup>45</sup> - Cfr. AGCOM, delibera n. 85/16/CIR, in [www.agcom.it](http://www.agcom.it)

*definizione della controversia ha valenza attuativa solo tra le parti in causa nella stessa, lo stesso è in grado di produrre effetti sul mercato, in termini di esempio o moral suasion, orientando le negoziazioni su fattispecie analoghe quanto agli aspetti tecnico-economici e giuridici". Inoltre, "sulla base del quadro normativo succitato, la definizione delle condizioni economiche di interconnessione nel mercato in oggetto rientra a pieno titolo nell'ambito dei poteri dell'Autorità esercitabili in ambito controversiale, purché sia svolta avendo come ambito soggettivo di applicazione le parti coinvolte nella controversia. La decisione certamente costituirà un elemento di orientamento per il mercato"<sup>46</sup>.*

Il che sembra indurre ad una riflessione conclusiva: il rafforzamento del ruolo regolativo dell'Agcom può derivare dall'*enforcement* del ruolo aggiudicativo, che potrebbe consentire di far fronte alle carenze regolative; come dire, in definitiva, che l'Autorità potrebbe colmare le carenze di regolazione attraverso la funzione aggiudicativa, onde pervenire, per tal via, non solo alla soluzione dei singoli conflitti intersettoriali, ma anche, in via induttiva, ad una ridefinizione, ove necessario, della regola posta, ovvero alla definizione di una nuova regola da porre, in un'efficace simbiosi tra *regulation* e *adjudication* per la promozione del mercato.

---

<sup>46</sup> - Così AGCOM, Delibera 63/14/CIR, § 31, in [www.agcom.it](http://www.agcom.it)