

Agcom: un'autorità alla ricerca dell'indipendenza

Guido Scorza e Stefano Quintarelli¹

Le autorità in generale, e l'Agcom in particolare, sono chiamate ad applicare neutralità e indipendenza a decisioni di elevato tecnicismo. Il profilo ideale dei membri del consiglio dovrebbe essere pertanto quello di tecnici preparati, equidistanti dagli interessi in gioco, che abbiano dato prova di rigore analitico. Ma meccanismi di nomina conseguenti a una prassi costruita sulle basi dello scarno dettato normativo non assicurano la presenza di queste caratteristiche, esponendo l'Autorità a influenze politiche.

Le regole per la nomina dei membri dell'Agcom

La Legge 31 luglio 1997, n. 249 ha istituito l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (d'ora innanzi, per brevità, Agcom).

Il comma 3, dell'art. 1 della citata legge prevede che: «Sono organi dell'Autorità il presidente, la commissione per le infrastrutture e le reti, la commissione per i servizi e i prodotti e il consiglio. Ciascuna commissione è organo collegiale costituito dal presidente dell'Autorità e da quattro commissari. Il consiglio è costituito dal presidente e da tutti i commissari. Il Senato della Repubblica e la Camera dei Deputati eleggono quattro commissari ciascuno, i quali vengono nominati con decreto del Presidente della Repubblica».

Con il recente Decreto Legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in Legge il 22 dicembre 2011, n. 214, tuttavia, il numero dei componenti dell'Autorità è stato ridotto da otto a quattro, con proporzionale riduzione da quattro a due dei componenti di ciascuna delle due commissioni.

La stessa disposizione prevede che: «Ciascun senatore e ciascun deputato esprime il voto indicando due nominativi, uno per la commissione per le infrastrutture e le reti, l'altro per la commissione per i servizi e i prodotti».

A seguito dell'intervenuta riduzione dei membri dell'Autorità, con il Decreto Legge 24 marzo 2012, n. 29, convertito dalla Legge 18 maggio 2012, n. 62, si è provveduto a modificare il citato meccanismo di voto, prevedendo che ciascun senatore e ciascun deputato esprima una sola preferenza per il consiglio, dovendo, ogni Camera, provvedere alla nomina di due soli commissari.

¹ La prima parte dell'articolo (fino a pag. 87) è scritta da Guido Scorza, la seconda parte (da pag. 87 alla fine) è di Stefano Quintarelli.

Il comma 5 del medesimo art. 1 della Legge 249/97 stabilisce che: «*Ai componenti dell'Autorità si applicano le disposizioni di cui all'articolo 2, commi 8, 9, 10 e 11, della Legge 14 novembre 1995, n. 481*».

Il comma 8, dell'art. 3 di quest'ultima prevede che: «*I componenti di ciascuna autorità sono scelti fra persone dotate di alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore; durano in carica sette anni e non possono essere confermati*».

Ai fini delle considerazioni che seguono giova, infine, rilevare che i regolamenti parlamentari che disciplinano le procedure di votazione finalizzate alla nomina dei membri delle autorità dispongono che alle votazioni medesime si proceda con voto segreto così da non rendere riconducibili le preferenze espresse a favore dei candidati eletti ad alcun parlamentare e ad alcuna forza politica a garanzia, tra l'altro, dell'indipendenza degli eletti non legati agli elettori da alcun "debito di riconoscenza".

L'analisi del quadro normativo nazionale che disciplina la materia della nomina dei membri dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni consente di trarre le prime conclusioni sull'obiettivo e sulle finalità complessivamente perseguite dal legislatore italiano: l'Agcom dovrebbe essere un'autorità indipendente nominata dal Parlamento sulla base di parametri tecnici e non politici e attraverso un procedimento idoneo a far sì che nessuno dei membri dell'Authority, una volta nominato, possa avere "debiti di riconoscenza" verso uno specifico elettore o a esso risultare riconducibile o, peggio ancora, "affiliato".

Nomine Agcom. Dalla teoria alla pratica

La richiamata disciplina relativa alla nomina dei membri dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è integrata da talune prassi parlamentari ed extraparlamentari per effetto delle quali ratio e obiettivi della citata regolamentazione vengono sistematicamente elusi e traditi.

I principali profili sui quali incidono le richiamate prassi possono essere riassunti nei punti che seguono.

- Le amministrazioni responsabili del procedimento di selezione dei componenti del collegio dell'Autorità e delle due commissioni che ne sono organi, ovvero la Presidenza della Camera dei Deputati e la Presidenza del Senato, non strutturano tale procedimento in modo che lo stesso preveda fasi e "luoghi" di raccolta pubblica delle candidature e dei *curricula* dei candidati, nonché di selezione di questi ultimi sulla base dell'effettivo possesso di quei requisiti di competenza ed esperienza che pure, come si è visto, sono espressamente richiamati dalla legge. A prescindere da ogni altra considerazione relativa all'asservimento di tale procedimento a interessi partitici più che politici, tale circostanza ha come logica e diretta conseguenza il

fatto che soggetti in possesso dei citati requisiti e soggetti sostanzialmente privi degli stessi abbiano eguali *chances* di essere selezionati. È, dunque, lo stesso procedimento di nomina a risultare inidoneo a garantire l'attuazione dell'obiettivo stabilito dal legislatore in termini di competenza ed esperienza dei membri dell'Autorità. Sotto questo profilo, pertanto, lo stesso esame - caso per caso - della circostanza che i membri nominati dispongano o non dispongano dei citati requisiti perde di concreto significato ai fini dell'analisi giuridica della questione in esame, giacché il possesso o meno della necessaria competenza ed esperienza finisce con il rappresentare un semplice "accidente", frutto del caso.

- La prassi parlamentare di affidare, nella sostanza, la selezione dei componenti da nominarsi ai singoli gruppi parlamentari, chiamati poi a fornire ai parlamentari loro membri le convenute indicazioni di voto, frustra, evidentemente, il carattere "segreto" del voto in assemblea, giacché ogni singolo membro nominato conosce, precedentemente all'apertura dei seggi e allo scrutinio dei voti, la parte politica alla quale deve la propria nomina. Si tratta di una circostanza efficacemente riassunta nell'espressione mediatica secondo la quale ciascun componente dell'Autorità è nominato "in quota" a questo o quel partito politico. In tale contesto risulta evidente che ogni componente dell'Autorità è legato da un "debito di riconoscenza" a uno specifico partito politico. Tale circostanza compromette alla radice la possibilità di ritenere l'Autorità nel suo complesso un soggetto autonomo e indipendente dalla politica, giacché la stessa ne risulta, al contrario, naturale propaggine ed estrinsecazione. E, infatti, innegabile che il collegio dell'Autorità così eletto finisce con il rappresentare una sorta di "parlamentino" nell'ambito del quale, peraltro, non trovano spazio né voce - complice il numero ridotto di componenti - tutte le forze politiche rappresentate in Parlamento. Se si considera che l'Autorità è, tra l'altro, chiamata a vigilare anche in materia di utilizzo dei media da parte delle forze politiche, è facile rendersi conto di quanto tale palese gap di indipendenza incida sull'autonomia di giudizio e, conseguentemente, sull'efficacia dell'azione dell'Autorità medesima.

Un regolato nomina il proprio regolatore

A prescindere dalle considerazioni sin qui svolte a proposito degli effetti prodotti dalla richiamata prassi parlamentare, occorre rilevare che la stessa costituisce una violazione - o, almeno, un'elusione - della vigente disciplina sulla procedura di nomina dei membri dell'Autorità garante.

Come si è detto, infatti, tale disciplina vorrebbe che i componenti del collegio fossero nominati a maggioranza qualificata dai singoli membri del Parlamento sulla base di un voto espresso, evidentemente, in modo autonomo e autodeterminato.

Ciò che accade nella prassi è, al contrario, che la preferenza del singolo parlamentare sia eterodeterminata attraverso la posizione del gruppo e che, per questa via, il singolo elettore sia, di fatto, espropriato del proprio diritto al voto.

Tale circostanza, naturalmente, condiziona e altera il “risultato elettorale”: il candidato capace di influenzare i decisori del gruppo parlamentare e, quindi, del singolo partito ha sistematicamente la meglio - anche in assenza di un adeguato bagaglio di competenza ed esperienza - sui candidati che, su base curriculare, potrebbero risultare i preferiti da parte della maggioranza dei parlamentari se questi ultimi esprimessero una preferenza individuale.

In questo modo, una selezione tecnica ancorché affidata a un soggetto politico, si trasforma in una selezione squisitamente politica il che, ovviamente, produce l'ulteriore conseguenza per la quale un'autorità che la legge vorrebbe tecnica e indipendente è, in realtà, genericamente politica.

A quanto detto va aggiunto che la ricordata prassi parlamentare che vuole affidata ai gruppi la designazione del candidato di riferimento di ciascuna forza politica è, sfortunatamente, affiancata da un'ulteriore prassi extra-parlamentare in forza della quale i gruppi ispirano le proprie determinazioni di voto a precedenti accordi raggiunti tra le diverse segreterie di partito di modo che ogni ramo del Parlamento nomini - per ciascuna delle autorità alle quali deve, di volta in volta, procedersi al rinnovo dei componenti - un mix di soggetti idoneo a rappresentare e riflettere gli equilibri parlamentari presenti e/o eventuali alleanze elettorali future.

Per questa via, non solo il singolo parlamentare viene espropriato - come appena illustrato - del pieno diritto di voto, ma anche l'indirizzo di voto del gruppo parlamentare finisce con l'essere condizionato da preventivi accordi inter-partitici di spartizione delle cariche.

Si tratta di un ulteriore profilo che, inesorabilmente, condiziona l'indipendenza dell'Autorità, la cui “linea di azione strategica” risulta, di volta in volta, inesorabilmente tratteggiata, a tavolino, nelle segreterie dei partiti politici.

Le regole Ue

La circostanza che i denunciati limiti e vizi del processo di nomina dei suoi componenti compromettano l'indipendenza dell'Autorità garante per le comunicazioni espone il nostro Paese a possibili contestazioni da parte della Commissione Ue.

L'esigenza che ogni Stato membro sia dotato di un'autorità competente in materia di comunicazioni elettroniche dotata di adeguata indipendenza costituisce, infatti, un preciso obbligo derivante dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea.

Al riguardo merita, innanzitutto, di essere ricordato che il considerando 11 della Direttiva 2002/21/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo

2002 che istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro) prevede che: «*In conformità al principio della separazione delle funzioni di regolamentazione dalle funzioni operative, gli Stati membri sono tenuti a garantire l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione in modo da assicurare l'imparzialità delle loro decisioni.*»

Il medesimo principio è poi ribadito all'articolo 3 della direttiva laddove è previsto che le autorità di regolamentazione debbano essere competenti e indipendenti ed esercitare “i loro poteri in modo imparziale e trasparente”.

I profili di illegittimità del procedimento di nomina dell'Autorità

Alla luce delle considerazioni che precedono emergono numerosi dubbi e perplessità sulla legittimità del procedimento amministrativo utilizzato per la nomina dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni così come sulla sua idoneità e adeguatezza a garantire che i componenti nominati siano in grado di assicurare all'Autorità la necessaria indipendenza richiesta, come si è anticipato, anche dalla disciplina dell'Unione europea che regola la materia.

Il punto di partenza di tale ragionamento è rappresentato da quanto si è detto a proposito delle disposizioni, contenute nella legge istitutiva dell'Authority, a proposito del procedimento di nomina dei componenti della stessa.

Tali disposizioni non disciplinano in dettaglio il relativo procedimento, limitandosi, nella sostanza, ad attribuire la responsabilità della selezione dei componenti ai due rami del Parlamento e a individuare i requisiti essenziali dei quali ciascun componente deve, necessariamente, essere in possesso.

Tale disciplina risulta, inoltre, integrata - come detto - dai regolamenti parlamentari che si preoccupano di chiarire con quale procedura di voto si giunga alla nomina dei membri dell'Authority.

Si tratta, innegabilmente, di una disciplina scarna, essenziale e non esaustiva.

È, tuttavia, egualmente indubitabile che consente di mettere a fuoco agevolmente alcuni dati inequivocabili del procedimento che deve condurre alla selezione dei membri dell'Autorità.

Tali aspetti possono così essere riassunti:

- la nomina dei membri dell'Autorità è un atto amministrativo affidato a soggetti politici (n.d.r. i due rami del Parlamento), ma non è un atto politico, giacché la discrezionalità della quale gli elettori dispongono è tecnicamente vincolata: devono necessariamente eleggere soggetti in possesso di determinati requisiti individuati *ex lege*;
- le amministrazioni responsabili del processo di nomina sono, quanto ai componenti, le Presidenze di Camera e Senato e, quanto al Presidente, la Presidenza del Consiglio dei Ministri;

- la legge stabilisce dei requisiti di eleggibilità la cui sussistenza deve necessariamente essere valutata;
- in questa come in ogni altra analoga ipotesi le amministrazioni responsabili del procedimento restano libere di darsi delle regole di governo del procedimento, ma sono poi obbligate a rispettarle.

Tali regole dovranno, ovviamente, essere compatibili con la disciplina della materia e coerenti con gli obiettivi perseguiti attraverso il procedimento.

Alla luce delle considerazioni che precedono è almeno lecito dubitare che il procedimento di nomina cui la Presidenza della Camera dei Deputati e quella del Senato fanno ricorso per la selezione dei componenti del collegio dell'Authority per le garanzie nelle comunicazioni sia legittimo.

Innanzitutto tale procedimento è inidoneo a consentire ai parlamentari chiamati a procedere al voto una valutazione sulla sussistenza in capo ai candidati dei requisiti di eleggibilità previsti dalla norma.

Il procedimento, infatti - anche laddove (come accaduto in occasione dell'ultima tornata elettorale) le amministrazioni procedenti avviino una raccolta di curricula dei candidati - non prevede la predisposizione e la tempestiva messa a disposizione dei parlamentari chiamati a votare di un elenco dei candidati "leggibili", completo di schede contenenti *curricula* e/o informazioni necessarie a valutare la sussistenza dei richiamati requisiti di eleggibilità e, eventualmente, una valutazione comparativa tra i profili dei diversi candidati.

In tale contesto la circostanza che il candidato eletto sia in possesso di tali requisiti è un mero "accidente".

Come si è anticipato, peraltro, il procedimento di selezione dei candidati rende, di fatto, lecito un voto di gruppo e palese laddove la disciplina vigente attribuisce la nomina dei membri dell'Authority ai singoli parlamentari, prevedendo, peraltro, uno specifico quorum deliberativo, da raggiungersi attraverso scrutinio segreto.

È sin troppo evidente che la prassi del voto di gruppo e quella della palese - ancorché non formale - manifestazione di voto del gruppo e/o del partito politico di riferimento inficiano entrambe le regole procedurali, alterando, per un verso, i meccanismi elettorali in termini di raggiungimento e composizione delle necessarie maggioranze e, per l'altro verso, consentendo la nomina di membri "in quota" a specifiche forze politiche con un inammissibile sacrificio dell'indipendenza dei membri dell'Authority e di quest'ultima nel suo complesso.

L'illegittimità del procedimento di nomina del quale si discute sembra, d'altro canto, trovare un'importante conferma in una recente decisione del Consiglio di Stato, il quale in un contesto analogo, dopo aver chiarito che atti di nomina del genere costituiscono atti amministrativi sottoposti al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo e non meri atti politici, ha dichiarato l'illegittimità di un provvedimento adottato all'esito di un procedimento avente le medesime

caratteristiche di quello sin qui utilizzato per selezionare i membri dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.²

In particolare nella propria decisione il Consiglio di Stato ha stabilito che *«l'ampia discrezionalità nell'individuazione dei componenti "de quibus" (che pure deve essere riconosciuta alla P.A.) non può risolversi in un arbitrio che prescinda dalla dimostrazione della sussistenza, in concreto, dei requisiti normativamente richiesti per l'incarico in testa ai soggetti designati»*.

Ciò, tuttavia, sembra esattamente quanto accaduto, ancora di recente, in occasione delle ultime nomine dei membri dell'Authority per le comunicazioni. Tali nomine, dunque, al pari di quella all'origine della richiamata decisione, appaiono censurabili e illegittime.

Dall'analisi sin qui svolta dal punto di vista giuridico circa i meccanismi di nomina dei membri di Agcom, per come disciplinati dalla legge e dai regolamenti parlamentari, ma soprattutto, per come si sono determinati nella prassi, potrebbe sorgere qualche dubbio sull'effettiva indipendenza del lavoro svolto in passato da Agcom e del livello di "accountability" del suo operato. Se, infatti, come si è visto, i commissari Agcom vengono riferiti come "in quota" a questo o a quel partito, a chi rispondono del loro operato? Al Parlamento? Come vorrebbe la legge istitutiva dell'Autorità o - di nuovo - alle segreterie di partito? Al lordo della relazione annuale, evento e rito attraverso il quale l'Autorità riferisce ogni anno in Parlamento dell'attività svolta, pare lecito ritenere che i membri di Agcom siano portati a rispondere anche a chi ha contribuito a nominarli (il fenomeno per cui l'indipendenza del regolatore è minata da un rapporto favorito con un soggetto, sia esso partito politico o lobby di settore, viene chiamato in letteratura "regulatory capture").

La questione non è di poco conto se è vero, come vedremo meglio di seguito, che l'Agcom dovrà giocare un ruolo sempre più importante nella crescita economica e sociale del Paese.

Il ruolo dell'Agcom rispetto alla competitività del Paese

Un primo aspetto rilevante riguarda certamente la promozione degli investimenti e l'ammodernamento delle infrastrutture. Il tema è di non facile soluzione, considerata la pluralità di punti di vista e il livello degli investimenti in gioco. Il Consiglio dei Ministri dello scorso 25 maggio ha assegnato ad Agcom l'implementazione del principio di neutralità tecnologica, oltre al potere di imporre la condivisione delle infrastrutture di comunicazione elettronica, allo scopo di promuovere gli investimenti nelle reti a banda ultralarga, ottimizzandone le risorse e minimizzandone di conseguenza i costi.

² CdS, Ordinanza del 22 novembre 2011, nel procedimento n. 8522/2011.

Un'iniziativa che potrebbe contribuire alla focalizzazione della discussione a tale riguardo potrebbe essere la realizzazione di un catasto delle reti di nuova generazione, che fornirebbe un'importante base informativa. In questo ambito, non va trascurato nemmeno il bilanciamento di interessi tra remunerazione degli investimenti e servizio universale, sulla cui auspicabile ridefinizione in termini di accesso a Internet e non più di telefonia illustri studiosi si stanno interrogando in molti Paesi.

In un mercato internazionale competitivo uno dei temi fondamentali è, infatti, quello dell'accesso e dell'interconnessione tra operatori, ma nel nostro Paese le relative regolamentazioni non sono oggi finalizzate a favorire l'ingresso al mercato di "nuovi" operatori anche di modeste dimensioni, ma solo a garantire nuovi servizi e modalità di servizio a quelli già presenti sul mercato. La Commissione europea ha espresso a tal riguardo una preferenza per i negoziati su base commerciale. Pertanto il ruolo delle autorità come Agcom è di favorire negoziati diretti e trasparenti, intervenendo, all'occorrenza, con meccanismi efficaci di gestione delle controversie.

Occorre perciò distinguere tra politiche di tutela della concorrenza, proprie delle autorità antitrust, e politiche settoriali di promozione della concorrenza, a cui le autorità indipendenti di settore come Agcom possono concorrere solo su mandato del legislatore nazionale: è proprio su tale distinzione di ruoli, regolazione *ex post* le prime, regolazione *ex ante* le seconde, che esse possono e devono dimostrare la loro "indipendenza".

Il ruolo di un'autorità come Agcom consiste, quindi, nel promuovere la concorrenza dei settori regolati, anche e soprattutto nelle problematiche tecniche a essa associate: un'autorità realmente indipendente non può rimanere estranea di fronte a possibili comportamenti anticoncorrenziali basati su espedienti di natura tecnica e la sua competenza ricomprende necessariamente anche il dettare ed esaminare specifiche tecniche e formati, che consentano di aumentare l'efficienza concorrenziale del mercato, sempre che siano rispettate le condizioni di totale separazione dell'autorità dagli stessi operatori.²

Agcom assumerà, inoltre, sempre di più, come recentemente ribadito da una importante sentenza del Consiglio di Stato, il ruolo di tutelare quale loro garante quasi esclusivo, i consumatori dalle pratiche commerciali scorrette nella materia dei servizi di comunicazione elettronica. Si tratta di un compito, fino a ora svolto dall'Autorità Antitrust, da esercitarsi soprattutto con un'attività che consenta un più efficace rapporto tra imprese e consumatori e un migliore utilizzo dei servizi, la cui evoluzione sarà resa tumultuosa dall'accelerazione della convergenza determinata dallo sviluppo tecnologico. Una sfida non indifferente per Agcom, considerato il buon operato finora dell'Antitrust nonostante l'assoluta modestia dell'entità delle sanzioni a sua disposizione rispetto alla lesività plurioffensiva di molte pratiche commerciali scorrette.

² Come stabilito dalla Corte di Giustizia in un caso del 1991 contro la Francia, in cui ebbe a decidere che il regolatore che stabiliva le specifiche dei terminali non

poteva appartenere alla medesima organizzazione dell'operatore regolato.

Il ruolo dell'Agcom alla luce della progressiva integrazione nella rete di autorità europee

Sinora c'è stato una sorta di vuoto istituzionale tra le istituzioni nazionali e quelle dell'Unione europea sull'effettiva implementazione delle norme prodotte dagli Stati membri sulle c.d. autorità indipendenti di settore: si è osservata una marcata diseguaglianza tra gli Stati membri, che ha condotto a risultati oggettivamente diversi e senza la possibilità di un effettivo sindacato. L'attività delle autorità nazionali di regolamentazione è focalizzata in modo quasi esclusivo sui singoli ambiti nazionali in modo coordinato, senza una vera integrazione. Sarebbe auspicabile, invece, armonizzare il più possibile le regole europee, anche nella loro concreta implementazione, con l'obiettivo di giungere al più presto alla realizzazione di un vero mercato unico anche nel settore delle comunicazioni elettroniche.

Non è un caso che provvedimenti paneuropei siano fino a ora stati decisi dalla commissione. Problemi sovranazionali non possono cioè essere denunciati alle singole autorità, perché queste non hanno competenza al di fuori dell'ambito territoriale nazionale, mentre la segnalazione alla Commissione europea si scontra con l'impossibilità di quest'ultima di sindacare le soluzioni adottate dalle autorità nazionali, generando così una serie di inefficienze.

Un'autorità sovranazionale, riconosciuta nella normativa nazionale può allora contribuire a costituire il raccordo tra istituzioni comunitarie e autorità nazionali, purché non si limiti a un ruolo (comunque necessario) di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri. In questo senso, la costituzione del Berec e la sua menzione come soggetto attivo nel nuovo Codice delle comunicazioni insieme alla revisione dei poteri di veto della commissione sembra un progresso e un rafforzamento della partecipazione dei regolatori delle comunicazioni nazionali al processo di armonizzazione comunitaria. Prospettiva che Agcom non dovrà e non potrà trascurare.

Il ruolo dell'Agcom nella convergenza tecnologica

L'attività di regolamentazione dei precedenti consigli Agcom si è svolta in uno scenario tecnologico che per decenni è stato sostanzialmente uguale a se stesso: la telefonia era la telefonia, la televisione era la televisione, l'editoria era l'editoria. La convergenza preconizzata da numerosi analisti fino a oggi si è manifestata in modo assai limitato e sostanzialmente all'interno di un'area di regolamentazione. Possiamo dire che i passati decenni hanno mantenuto una sostanziale separazione tra i mercati citati. I prossimi anni vedranno la vera e propria attuazione della convergenza con la piena sovrapposizione degli ambiti regolati. Il presente mandato dell'Autorità è quello in cui si verificherà questa rivoluzione digitale. Perciò

è importante in questa fase che siano presenti, oltre alle tradizionali competenze giuridiche e amministrative, anche competenze tecnologiche e di mercato e che l'Agcom svolga un ruolo di studio indipendente sullo sviluppo delle tecnologie e sul relativo impatto, fornendo analisi indipendenti ai consumatori, al legislatore e alle imprese, come d'altra parte fanno altre autorità europee.

Esiste una sostanziale asimmetria regolamentare tra operatori c.d. *over the top* e operatori nazionali; la risoluzione di singole problematiche viene affidata a controversie risolte da una giurisprudenza, che spesso riflette principi di importazione non del tutto adeguati all'ordinamento italiano. Un'autorità nazionale operante in un contesto comunitario può in questo senso avere un ruolo di studio e regolamentazione con l'ottica di ridurre l'asimmetria in oggetto, pur nella consapevolezza che non tutti gli aspetti di soggetti multinazionali si possono definire a livello nazionale, ma solo quelli che ineriscono il singolo mercato e hanno legami con il territorio. Anche in questa prospettiva si dovrà misurare l'Agcom.

Conclusioni

Neutralità e indipendenza sono le due caratteristiche principali che la legge attribuisce alle autorità "indipendenti"; la neutralità è da intendersi come terzietà (e quindi indifferenza) rispetto agli interessi in gioco, mentre l'imparzialità è sostanziata dalla procedimentalizzazione dei suoi meccanismi decisionali, che devono essere trasparenti, prevedibili, conosciuti dalle parti (a differenza di quelli del Governo, in cui prevale, per sua natura, la discrezionalità amministrativa), e non possono operare discriminazioni arbitrarie nei confronti di alcun destinatario.

In tale ottica, sebbene la riservatezza delle decisioni del consiglio Agcom rimane un valore da tutelare per garantire l'indipendenza delle sue decisioni rispetto a indebite pressioni esterne, è altresì, a nostro avviso, importante, come avviene già negli Stati Uniti per la *Federal Communications Commission*, concedere ai commissari la libertà di rendere conoscibile, con lo strumento amministrativo (oggi negato) dell'accesso agli atti, la propria *dissenting opinion*. Il Consiglio di Agcom dovrebbe cioè funzionare, rispetto a istanze motivate di accesso, con dei meccanismi procedimentali che assicurino un adeguato principio di *accountability*.

L'Agcom ha poi oggi un nuovo banco di prova e anche in questo verrà valutata la sua capacità di operare in modo indipendente: la regolazione del settore postale, attribuitogli dal legislatore alla fine dello scorso anno. Qui si tratta di introdurre e gestire una nuova regolamentazione, fino a ieri affidata al solo ministero dello Sviluppo economico, che sia capace al contempo di promuovere la concorrenza a seguito della recente liberalizzazione decisa in ambito comunitario e di tutelare gli interessi dei consumatori e delle imprese utilizzatrici dei servizi, in uno scenario di mercato che si restringe a seguito dell'*e-substitution*

(progressiva sostituzione dei messaggi cartacei con quelli digitali). Ancora una volta le competenze tecniche giocheranno un ruolo fondamentale in questa difficile sfida.

Occorre un'indipendenza sia formale sia fattuale in capo alle autorità e, quindi, anche ad Agcom. La prima è assicurata dalla loro natura di istituzioni indipendenti in cui è assente qualsiasi controllo governativo (che, invece, è per definizione esercitato dall'esecutivo sulle agenzie), nonché dalla piena separazione rispetto agli operatori (assicurata dal fatto che le divisioni degli operatori con funzioni regolate non sono parte dell'Autorità); l'indipendenza fattuale, invece, ci riporta alla discussione sui criteri di nomina affrontata nella prima parte di questo articolo.

Le autorità in generale, e l'Agcom in particolare, sono chiamate ad applicare neutralità e indipendenza a decisioni di elevato tecnicismo. Dunque, il profilo ideale dei membri del consiglio dovrebbe essere quello di tecnici preparati, che abbiano dato prova di rigore analitico e, soprattutto, che siano distanti, o equidistanti, da interessi in gioco e condizionamenti di qualsiasi tipo. Questo, peraltro, lo richiederebbe espressamente anche la legge vigente, ma sulla criticità dei meccanismi di nomina come determinatisi nel corso del tempo in forza di una prassi costruita sulle basi di uno scarno dettato normativo, ci siamo già ampiamente espressi.

L'auspicio è, quindi, che in prospettiva si adotti un criterio uniforme di nomina, il più possibile bipartisan e a maggioranza ampia, che valuti un'ampia rosa di candidati di provata indipendenza e competenza, tenendo in debita considerazione le proposte degli *stakeholder* (la politica è solo uno tra essi), per esempio sullo stile della nomina del presidente dell'emittente del servizio pubblico televisivo tedesco: una lista di candidati indicata da istituzioni di ricerca, industria e consumatori, tra i quali il Parlamento sceglie i componenti, votando ad ampia maggioranza, piuttosto che la dettagliata procedura prevista nel Regno Unito con il *Code of Practice* emesso dal *Commissioner for Public Appointments*, che prevede pubblicità delle posizioni, candidature aperte e valutazioni dei candidati con apposite audizioni.

Il rischio è che si possano nominare quali membri di un'autorità dei soggetti che possiedano legami con i regolati, cosa che può provocare una sorta di corto circuito istituzionale, impedendo quella corretta ripartizione dei ruoli tra politica della concorrenza nei mercati regolati, governativa, e tutela della concorrenza nei mercati regolati, propria delle autorità: si verrebbe cioè a creare una sorta di maldestro sindacato su ogni atto dell'Autorità che verrebbe giudicato non come "indipendente", ma come ispirato dalle affiliazioni di questo o quel membro.

Le autorità possono aiutare lo sviluppo solo se dispongono di una buona capacità di regolare, se sono in grado di comunicare al mercato la loro terzietà e indipendenza e se affrontano in maniera innovativa i problemi complessi tecnici sul tappeto.

In prospettiva, se abbiamo a cuore la crescita economica e sociale del Paese, non possiamo insomma permetterci un'autorità semi-indipendente o per nulla indipendente e non *accountable* che si occupa a tratti e male, in parte sostituendosi a Parlamento e Governo, di politica industriale in settori cruciali come quello delle telecomunicazioni, delle televisioni e, soprattutto, di Internet.