

BREVI NOTE SUL “SEGMENTO” DELLE TELECOMUNICAZIONI

di

Giovanna De Minico

(di prossima pubblicazione negli Atti del Convegno di Caserta su “Regioni ed enti locali nella riforma del titolo V”, aprile 2003)

1. PREMESSA.

La riforma del Titolo V, nel privilegiare un criterio tendenzialmente federale di suddivisione della funzione normativa tra centro e periferia, ha rimesso alla competenza condivisa materie un tempo di ideazione solitaria del legislatore statale: questo è appunto il caso dell'ordinamento della comunicazione".

Tale espressione del nuovo testo costituzionale si presta a una duplice lettura, in ragione del livello ordinamentale che si prescelga.

Nel caso in cui si guardi al diritto interno, essa sarà riconducibile alla tripartizione classica tra stampa, audiovisivo e telecomunicazioni, già rinvenibile nella legge 249/97. In ciascuno di questi tre settori, la norma costituzionale istituirebbe una competenza legislativa di tipo concorrente, per cui spetterebbe allo Stato la posizione dei principi generali della disciplina, alle Regioni la specificazione dei medesimi con normativa di dettaglio (salvo discutere sulla legittimità, dopo la riforma del 2001, di norme statali di dettaglio cedevoli di fronte alle leggi regionali, al fine di evitare vuoti normativi derivanti dall'inerzia delle autonomie territoriali).

Se invece adottassimo un approccio interpretativo che tenga conto del dato normativo sovranazionale, cioè comunitario ed internazionale, si perverrebbe a un diverso risultato.

In particolare, per quanto riguarda il diritto dell'Unione Europea, è ormai principio pacificamente accettato quello della prevalenza del diritto comunitario sulle norme nazionali, ancorché di rango costituzionale, sempreché le prime non alterino i principi fondamentali e i diritti inviolabili della Costituzione (tra le tante, si veda la sentenza della Corte costituzionale 389/87, e più recentemente, la n. 93/1997). Inoltre, il fatto che la normativa comunitaria sia indifferente all'ordinamento interno quanto ai riparti di competenza significa sia che la

normativa medesima non ne fa l'oggetto di una disciplina diretta, sia che ad essa non possa opporsi uno specifico riparto di competenza come stabilito nel diritto interno. Ne segue, in particolare, che l'interpretazione della "materia" e la definizione dell'ambito normativo e di regolazione ad essa riferibile non possono essere ricondotte ad una ricostruzione fondata su parametri ermeneutici di mero diritto interno.

1.2. Analisi del profilo sostanziale del vincolo comunitario. Le Direttive degli anni '80 hanno avviato e portato a termine il processo di liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni (d'ora in poi tlc), convertendo la forma dell'offerta concentrata e necessariamente pubblica in quella opposta, diffusa e preferibilmente privata (chiare le note di sintesi del percorso diacronico della disciplina comunitaria nei rapporti della Commissione Europea, *7 th Report on the implementation of the Telecommunications Regulatory Package*, Bruxelles, 2001 e Id., *8 th Report on the implementation of the Telecommunications Regulatory Package*, Bruxelles, 2002) .

Il pacchetto di Direttive (2002/21, 22, 23) CE completa l'azione regolatoria in direzione "pro-competitiva", prima accennata, in vista dell' obiettivo ad esse comune di rafforzare la competitività dei mercati delle comunicazioni elettroniche.

La direttiva quadro (2002/21) introduce, infatti, strumenti flessibili di normazione per consentire il rapido adeguamento della disciplina positiva alle necessità del mercato e all'evoluzione della tecnica. La stessa intende conseguire la parità nelle condizioni di accesso ai mercati nazionali, disegnando una penetrante azione di coordinamento comunitario sull'attività implementativa delle rispettive Autorità nazionali di regolazione.

E' affidata invece alla Direttiva "servizio universale" (2002/24) la garanzia di una tutela omogenea dei diritti dell'utente, cioè una disciplina unitaria delle prestazioni indifferente alla localizzazione geografica - tanto del prestatore, quanto dell'utente del servizio - secondo quanto suggerisce il principio della solidarietà [valore tendenzialmente comune alla tradizione costituzionale europea: così S. Prisco, *La solidarietà come valore comune delle tradizioni costituzionali europee. Brevi note comparate con particolare riferimento all'esperienza tedesca*, in Scudiero M. (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, I, tomo, II, Napoli, 2002, a p. 439 ss.].

La Direttiva "relativa all'interconnessione e all'accesso" (2002/23), pur confermando gli i precedenti obblighi, imposti agli ex monopolisti a compensazione delle iniziali asimmetrie economiche a favore delle *new entries*, ne prevede a sua volta un riesame periodico, nel caso in cui il mercato consegua una dimensione compiutamente competitiva, che - come tale - non necessiterebbe più della eteroprotezione realizzata dalle norme asimmetriche.

Infine, anche la Direttiva "sulle autorizzazioni" (2002/22) concorre all'obiettivo di ridurre lo spazio suscettibile di normazione, operando però sul versante del procedimento,

apprezzabilmente semplificato con il ricorso all'autorizzazione generale, sistema regolatorio ad operatività automatica ed ad effetti *erga omnes*, sostitutivo della licenza, titolo selettivo del singolo aspirante rilasciato in base a valutazioni discrezionali.

2. IL PACCHETTO DELLE DIRETTIVE “ASCIUGA” LO SPAZIO SUSCETTIBILE DI NORMAZIONE.

La Direttiva quadro, applicazione di chiusura e al vertice del sistema del principio di *sussidiarietà*, concentra nelle mani della Commissione competenze regolatorie un tempo proprie delle Autorità nazionali di regolazione, alle quali aggiunge delle altre.

Gli Stati infatti, perdono il potere di determinare i mercati rilevanti dei servizi e dei prodotti di telecomunicazioni, perché a ciò provvederà la Commissione (art. 15) con propria raccomandazione (cfr. infatti quella del 11/02/03 *relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche suscettibili di una regolazione ex ante ai sensi della Direttiva 2002/21/CE*).

Parallelamente, la determinazione del significativo potere di mercato; la nozione - un tempo strutturata come ad operatività *ex lege*, perché basata sul calcolo quantitativo del fatturato - è anch'essa attratta allo spazio decisionale della Commissione (artt.14, par. 2, e 15, par. 2), la quale assumerà come elementi sintomatici di esso quegli stessi indici elaborati dalla giurisprudenza comunitaria in materia di diritto della concorrenza [in proposito, cfr. le *Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*, Com. (2002)].

E nell'eventualità, peraltro remota, che una Autorità Nazionale Regolatoria (in seguito A.N.R.) identificasse un mercato rilevante diverso da quelli contenuti nella raccomandazione citata o individuasse indici sintomatici del potere di mercato alternativi a quelli sintetizzati nelle ricordate linee direttrici, spetterà comunque alla Commissione (l'art. 7, par. 4, lett. b) risolvere il contrasto in ordine alla misura regolativa alternativa ipotizzata dall'A.N.R. medesima.

Questa lettura, se pur rapida, di alcune disposizioni della Direttiva quadro denuncia la preoccupazione del legislatore comunitario di assicurare l'omogenea applicazione della disciplina sovranazionale; ma, per conseguire questo risultato, non ci si limita alla mera imposizione di obiettivi comuni ai legislatori nazionali, bensì si incoraggia inoltre l'applicazione uniforme del diritto comunitario in sede di esercizio della funzione amministrativa (*consid.* 16, poi attuato con l'art. 19, par. 1).

A tal fine, la Commissione potrà indirizzare alle autorità nazionali raccomandazioni relative alle misure di esecuzione della direttiva, che andranno “tenute in massimo conto”. Il

modello sembrerebbe strutturarsi secondo meccanismi propri del “diritto mite”, ma in realtà si è in presenza di strumenti solo apparentemente *soft*, perché indirettamente sorretti da forza cogente.

Nel caso in cui le raccomandazioni dovessero risultare poi insufficienti a omogeneizzare la fase implementativa (cfr. *consid.* 36), la direttiva prevede la creazione del gruppo dei regolatori europei sempre al fine di "incoraggiare [...] la coerente applicazione [...] delle disposizioni di cui alla presente direttiva [...] soprattutto in quei settori in cui la legislazione nazionale che dà attuazione al diritto comunitario concede alle autorità nazionali di regolamentazione un considerevole potere discrezionale nell'applicazione delle relative norme".

Il fuoco dell'intervento comunitario è chiaramente la difesa del libero mercato delle tlc, ricorrendo ora a moduli organizzativi, ora a ipotesi funzionali, giuridiche e non. Si tratta di interventi accomunati tutti dal fatto che, allo stato, un vero e proprio mercato ancora non esiste; esse sono, quindi, regolazioni a termine, destinate a venire meno quando una siffatta condizione si dovesse concretare. Non è un caso che la Direttiva ricordi in più punti che le sue misure regolative sono modulabili all'occorrenza e sottoposte a verifiche periodiche, caratteristica immancabile di un processo normativo ad esaurimento, che tende ad alleggerirsi e poi, a competitività raggiunta, ad annullarsi (*consid.* nn. 27, 28 e 30).

Gli economisti, che prima di quanti si occupano di studi giuridici hanno affrontato questi temi, sostengono al riguardo che la curva della produzione normativa è una variabile cronologica: "in rapida ascesa all'inizio, tende invece a zero quando i mercati, avendo preso forma, si normalizzano"(cfr. A. Pilati, *Commento nel Sole - 24 Ore*, 21/02/02; in chiave di riflessione sistematica in merito al ruolo regolatorio delle Autorità nei mercati dei servizi a rete caratterizzati da un grado di competitività matura cfr.: C. Cambini- P. Ravazzi - T. Valletti, *Il mercato delle telecomunicazioni. Dal monopolio alla liberalizzazione negli Stati Uniti e nella UE*, Bologna., 2003.,a pp. 81-82).

Nell'ottica di un rapporto inversamente proporzionale tra regolazione e mercato, è naturale che la Commissione intenda guidare in prima persona il processo di snellimento delle regole - occupando aree un tempo affidate alla gestione solitaria delle ANR - al fine di evitare il rischio che sopravvivano regole là dove esse non sono più necessarie.

Il settore delle tlc sta vivendo una vicenda analoga a quella che anni addietro interessò il segmento del credito, quando - con il trasferimento del potere di determinare il tasso di sconto dalle Banche Centrali Nazionali alla competenza unitaria della Banca Centrale Europea.- si assegnò a quest'ultima il potere di determinare la liquidità monetaria, drenando o, all'occorrenza, immettendo, moneta sul mercato.

Allo stesso modo, la Commissione intenderà manovrare "le chiavi" del rubinetto del flusso regolatorio e, in un primo momento, accelererà la produzione di norme asimmetriche per incoraggiare le *new-entries* a competere con il monopolista storico. Si tratterà infatti di regole che impongono obblighi positivi o negativi a chi versi in posizione dominante al fine livellare le iniziali posizioni di disparità economica tra gli operatori. Questo flusso regolatorio è peraltro destinato a ridursi ed infine ad azzerarsi, quando le iniziali disparità tra operatori si saranno definitivamente risolte in un sostanziale equilibrio, che costituisce lo stadio ultimo del processo regolatorio, perché non ci sarà più bisogno di regole correttive, essendo maturi i tempi per passare dalla eteronormazione a fini per così dire "ortopedici" alla deregolazione, in direzione competitiva.

Il quadro normativo della Direttiva 2002/21 disegna un sistema in cui i regolatori nazionali si affrancano dai vertici dei rispettivi esecutivi per sottoporsi incondizionatamente alla direzione unitaria della Commissione, che non intende correre il rischio di un'eccedenza di regolazione per le innate resistenze del regolatore nazionale ad un'effettiva *deregulation*.

Si assiste pertanto, ad un'operazione di avocazione verso l'alto dei poteri in materia di telecomunicazioni: un moto centripeto transfrontaliero che "lega" alla Commissione le autorità nazionali, declassate a meri esecutori di linee direttrici fissate altrove. La normativa comunitaria disegna una "cinghia di trasmissione" che va dall'unicità della norma obiettivo all'unicità del momento applicativo, al fine di assicurare la coerente applicazione della disciplina europea.

In sintesi, la direttiva delimita con precisione lo spazio regolativo disponibile, riducendolo essenzialmente in un ambito o direttamente riferibile al livello comunitario, o comunque assoggettato a poteri di verifica e coordinamento da parte del livello medesimo.

L'impianto delineato è coerente con una filosofia fortemente centripeta, obbediente ad un'applicazione verso l'alto del principio di sussidiarietà, che del resto si richiamava in principio. Tale impostazione si spiega considerando proprio la centralità dell'obiettivo - perseguito nel tempo e pure rammentato - di assicurare la concorrenza in chiave di mercato e liberalizzazione. È chiaro, infatti, che da questa impostazione deriva che la regolazione sia mantenuta al minimo indispensabile e che sia la più uniforme possibile ("sarebbe ingiustificato e controproducente imporre nuovi obblighi regolamentari agli operatori di mercato. Si andrebbe contro lo 'spirito' delle nuove direttive": così M. Monti, *Relazione al Seminario di studio per la regolamentazione*, Università degli Studi Federico II e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Napoli, 14 ottobre 2002, *paper*).

Per questa ragione è corretto leggere il complesso delle norme comunitarie nel senso che, laddove non vi sia esplicito richiamo, non residui uno spazio regolativo sostanziale.

3. COME INCIDE IL QUADRO COMUNITARIO SULL' ESPRESSIONE "ORDINAMENTO DELLA COMUNICAZIONE"?

Su queste premesse bisogna ora fondare la lettura della disciplina posta dall'art. 117 della Costituzione. Non v'è dubbio che esista una materia "ordinamento della comunicazione", riferita ad una potestà legislativa concorrente. Quale però sia la portata di tale formulazione e quale in specie l'ambito da riconoscere al livello regionale e se - ancora - in tale ambito debbano essere comprese, e in quale misura, le telecomunicazioni, non può definirsi con una operazione puramente semantica, o alla stregua dei precedenti e della tradizione normativa di diritto italiano.

Né è dubbio che norme trasversali come quelle sulla concorrenza operino in modo diretto sulla definizione dell'ambito normativo di cui si tratta. In un settore in cui mercato e regolazione costituiscono infatti elementi complementari, il loro rapporto si configura (come si è prima mostrato) in termini di proporzionalità inversa: più mercato conduce a meno regolazione, e viceversa. Assume allora un rilievo primario l'indirizzo comunitario, certamente tale da orientare verso l'uno o l'altro di essi e dunque corrispondentemente ridurre o ampliare l'ambito a ciascuno di essi riferibile anche per il diritto interno.

Dalle premesse poste seguono poi scelte organizzatorie coerenti e tali da favorire la realizzazione del disegno nel suo complesso.

Sembra allora corretto trarre dall'interazione del diritto comunitario con quello interno la conclusione che l'autorità di regolazione debba avere allocazione statale. Ciò non perché l'U.E. prescriva al diritto nazionale un dato modello organizzativo (è stato invece sostenuto - da: S. Cassese, *Intervento al Convegno su "La disciplina della convergenza, Firenze 19 aprile 2002, in corso di pubblicazione, pape,* e F. Merusi, *Le leggi del mercato*, Mulino, 2002, a p. 98 - che ci si trovi dinanzi ad una fonte comunitaria che è arrivata toccare profili in precedenza ignorati dalle Direttive, ora imponendo una certa fisionomia alla A.N.R., ora sovrapponendo al disegno nazionale di riparto di competenze tra i vari livelli di governo la necessità di centralizzare i poteri di regolazione e di controllo nelle mani di un unico soggetto), ma piuttosto perché tale soluzione è l'unica coerente con le premesse e segnatamente con l'unicità del mercato, l'armonizzazione dell'implementazione normativa, la disciplina uniforme ad ogni livello. Questa condizione è altresì coerente con lo spostamento dell'interesse tematico verso la concorrenza, e cioè nell'ambito della potestà esclusiva.

È infatti evidente che quest'obiettivo di *armonizzazione* sarebbe seriamente compromesso, se si lasciasse ai singoli Stati membri la possibilità di diversificare le autorità nazionali deputate all'adozione di misure di esecuzione. È chiaro, invero, che il proliferare dei centri di attuazione degli obiettivi della direttiva porrebbe la Commissione di fronte ad un

"arcipelago" di autorità nazionali, rendendole assai più difficile, se non impossibile, vigilare sull'uniformità delle misure applicative ed, all'occorrenza, intervenire.

L'esistenza di un'unica autorità nazionale di regolazione è insomma la condizione di realizzabilità del modello comunitario recepito dalla direttiva; se gli Stati membri operassero diversamente frustrerebbero, in via di fatto, la *ratio* di quest'ultima, e sarebbero per altro verso esposti alla responsabilità per violazione del principio di "leale cooperazione".

Qualche ulteriore considerazione meritano le caratteristiche strutturali, anch'esse di matrice comunitaria ed espressamente previste dalla Direttiva come attributi che necessariamente le autorità di regolazione nazionale dovranno possedere, pena la difformità dal modello imperativamente dettato a Bruxelles.

La Direttiva, come è noto, fissa per le autorità nazionali il requisito dell'indipendenza (art. 3). In realtà, la norma europea potrebbe tanto riferirsi ad un concetto di imparzialità funzionale, che si realizzerebbe grazie all'equilibrato confronto di più punti di vista nel corso del procedimento di formazione della volontà regolativa, quanto ad un'imparzialità di *struttura*, nel senso che l'autorità titolare del potere di decisione non potrebbe conseguire tale risultato, ove fosse in condizioni di dipendenza dal potere esecutivo. Per questo, l'art. 3 sembra costituire un significativo dato testuale per affermare la separazione tra la politica e l'amministrazione in capo alle autorità nazionali di regolazione, "dislocandole in un'area di soggezione esclusiva alla legge" [V. Cerulli Irelli, *Premesse problematiche allo studio delle "amministrazioni indipendenti"*, in Bassi F. - Merusi F. (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, a p.19].

Ben si comprende, peraltro, come l'obiettivo comunitario di coagulare le autorità nazionali in un *unicum* avente il suo vertice nella Commissione Europea (organo, si rammenti, anch'esso indipendente dagli Stati membri e, soprattutto, dai rispettivi esecutivi) verrebbe in gran parte ostacolato, ove l'autorità nazionale non fosse libera da condizionamenti politici degli esecutivi nazionali.

Ulteriori argomenti a favore dell'unicità soggettiva si possono trarre dal profilo funzionale. Si è correttamente sottolineato che la regolazione tramite amministrazioni indipendenti debba essere necessariamente *unica*, perché unico deve essere il mercato di riferimento nell'ambito del territorio nazionale al fine di non penalizzare la parità di trattamento e, in buona sostanza, quel principio di libera concorrenza che delle Autorità costituisce la *ratio* istitutiva, e *statale*, in quanto una gestione su di un livello diverso favorirebbe lo "snaturamento della funzione", vincolandole ad interessi locali di carattere strettamente politico verso i quali invece le Autorità devono mostrarsi indifferenti (così D. Sorace, *Spunto per il gruppo di lavoro*

MS 8/11/02 su Autorità indipendenti e nuovo Titolo V della Costituzione, in www.astridonline.it).

Se l'osservazione sembra condivisibile in riferimento alle Autorità indipendenti complessivamente considerate, a maggior ragione essa varrà in un settore oggetto di regolazione comunitaria nel quale l'esigenza di una gestione unitaria ed i connessi vincoli di risultato risultano più pregnanti.

È infatti la natura stessa delle funzioni attribuite all'Autorità che ne impone l'esercizio da parte di un soggetto statale: si pensi all'attività di regolazione normativa, ispirata alla logica della concorrenza e della liberalizzazione, da configurarsi uniformemente su tutto il territorio nazionale.

Per altro verso, l'obbligo di garantire il servizio universale, già presente nella normazione comunitaria del 1998 sempre in materia di telecomunicazioni, impone l'unicità del soggetto regolatore al fine di assicurare l'uniformità del servizio medesimo. La *ratio* di tale conclusione non è dissimile dalla previsione costituzionale di una competenza legislativa esclusiva dello Stato nella fissazione di livelli essenziali di prestazione di servizi in materia di diritti civili e sociali, ai sensi dell'art. 117, co. II, lett. m) della Costituzione.

Si consideri altresì la c. d. attività paragiurisdizionale dell'autorità di regolazione, che si sostanzia nella soluzione delle controversie concernenti i servizi oggetto di regolazione. Il carattere di quest'ultima funzione, che si presenta in parte sostanzialmente simile a quelle proprie degli organi giurisdizionali, impone di garantirne l'unitarietà dell'esercizio non meno che per queste ultime.

4. CONCLUSIONI

In sintesi, una lettura attenta della normativa comunitaria evidenzia che essa definisce l'ambito di regolazione sostanziale disponibile e lo distribuisce essenzialmente tra lo stesso livello comunitario e quello statale. Potrà al più residuare uno spazio - del tutto parziale - di gestione puramente applicativa. In esso dovrà necessariamente collocarsi la lettura della formula costituzionale. Giova a tale proposito ricordare l'obbligo, affermato dalla Corte di Giustizia, di privilegiare, tra più interpretazioni possibili, quella che assicura la coerenza della disposizioni nazionali con le norme comunitarie, pena la non applicazione delle prime .

E' chiaro che l'effetto di assorbimento degli spazi disponibili per la regolazione si produce non in termini assoluti e di principio, ma in rapporto al particolare regime posto dalla direttiva quadro del 2002 e dai suoi atti implementativi già emanati dalla Commissione. Ne consegue che,

ove la direttiva citata fosse modificata sostanzialmente o abrogata, l'art. 117, terzo comma, della Costituzione ben potrebbe essere suscettibile di una diversa e più ampia lettura, nella quale potrebbe certo rientrare anche la competenza a regolare le telecomunicazioni.

Sembrirebbe da ultimo condividere la preoccupazione comunitaria il nuovo disegno di legge di revisione costituzionale, recante "Nuove modifiche al titolo V, parte II, della Costituzione" (La Loggia-Bossi) - approvato dal Consiglio dei Ministri il giorno 11 aprile 2003 - che infatti all' art. 2, in sostituzione dell' art. 117 Cost., restituisce alla competenza esclusiva statale (art. 2, comma 3, lett. *s*) la materia "ordinamento della comunicazione" - e quindi, unitamente alla stampa e alla radiotelevisione nazionale, anche il segmento delle tlc qui esaminato - mentre lascia alla competenza regionale il solo comparto dell'"emittenza in ambito locale" (art. 2, comma 4, lett. *i*).