

ASTRID

Le competenze dello Stato e le competenze delle Regioni nella materia “ordinamento della comunicazione”

Il Gruppo dell’Astrid che ha elaborato questo *paper* è stato coordinato da Roberto Zaccaria. Esso era composto da Paola Manacorda, Vincenzo Vita, Elda Brogi, Alessandra Valastro, Giovanna De Minico, Gianluca Gardini, Fabio Giglioni, Ferdinando Pinto, Giuseppe Piperita, Giulia Tiberi, Natascia Signori, Filippo Donati, Giancandido De Martin, Stefano Grassi, Domenico Sorace, Ferdinando Pinto, Franco Bassanini, Fabio Giglioni, Enrico Carloni, Raffaele Manfrellotti, Stefano D’Alfunso, Luca De Lucia.

Alla redazione finale del paper hanno lavorato Roberto Zaccaria (che ha redatto l’introduzione), Alessandra Valastro e Gianluca Gardini (capitolo primo), Giovanna De Minico (capitolo secondo, parte A), Raffaele Manfrellotti (capitolo secondo, parte B), Alessandra Valastro (terzo capitolo, premessa e par. 1 e 4), Natascia Signori (terzo capitolo, par. 2), Elda Brogi (terzo capitolo, par. 3 e 5-8), Enrico Carloni (quarto capitolo).

ROMA, GENNAIO 2004

INDICE SOMMARIO

<i>Introduzione.....</i>	<i>4</i>
Cap.1 Definizione della materia e principi fondamentali.....	6
1. <i>I confini della materia “ordinamento della comunicazione”</i>	6
2. <i>I principi fondamentali</i>	11
2.1. <i>Opportunità dell’approvazione di leggi-quadro</i>	11
2.2. <i>Contenuto dei principi</i>	12
2.3. <i>La tecnica di individuazione dei principi</i>	14
Cap. 2 Le telecomunicazioni.....	15
A) Le direttive CE sulle comunicazioni elettroniche e la sub-materia delle telecomunicazioni	15
1. <i>La tripartizione della nozione di “ordinamento della comunicazione” e il vincolo comunitario.....</i>	15
2. <i>La direttiva quadro individua vincoli di regolazione a livello comunitario</i>	17
3. <i>L’impatto del quadro comunitario sull’ “ordinamento della comunicazione”</i>	20
3.1 <i>Analisi delle materie trasversali alla luce del vincolo comunitario: la disciplina della concorrenza.....</i>	20
3.2 <i>segue: LEP e ordinamento comunitario.....</i>	22
4. <i>Le scelte organizzative conseguenti.</i>	24
4.1 <i>L’unicità dell’ Autorità.....</i>	24
4.2 <i>Indipendenza dell’ Autorità.....</i>	25
5 <i>Ulteriori argomenti a favore dell’unicità, tratti dal profilo funzionale.....</i>	26
6 <i>Conclusioni.....</i>	27
B) Il codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs 259/03): profili problematici relativi all’attuazione delle direttive comunitarie	30
1 <i>Dubbia compatibilità’ con la Costituzione.....</i>	30

2. La distribuzione delle funzioni amministrative disposta nel decreto: verifica secondo il parametro dell'art. 118 Cost.....	32
3. Dubbia compatibilità del decreto con l'ordinamento comunitario.....	34
Cap.3 La radiotelevisione	37
1.Premessa.....	37
2. Organi di governo	37
3. Pianificazione delle frequenze.....	41
5. Misure di sicurezza. Emissioni elettromagnetiche.	46
6 Tutela della concorrenza e pluralismo.....	48
7.Servizio pubblico	51
7.1 La missione del SPR e la competenza legislativa.....	51
7.2 Natura unitaria del soggetto erogatore del servizio	53
7.3 Natura pubblica del soggetto erogatore del servizio.	54
7.4. Regioni e servizio pubblico radiotelevisivo	55
8 Pubblicità'	57
9 Emittenza locale	58
10. Norme in materia di programmazione: tutela dei minori e degli utenti	59
11 Tutela del prodotto audiovisivo europeo.....	60
Cap.4 Editoria e stampa	61
1 Premessa.....	61
2 La disciplina della professione giornalistica	61
3 La disciplina della stampa e differenziazione regionale.....	64
4. La disciplina delle imprese editoriali.....	66

Introduzione

Il lavoro è diviso in quattro capitoli.¹ Un primo capitolo è dedicato alla definizione della materia. Il secondo capitolo è dedicato alle telecomunicazioni ed è diviso in due sezioni: la prima relativa all'incidenza del limite comunitario e la seconda al nuovo codice delle comunicazioni elettroniche, attuativo delle direttive europee. Il terzo capitolo riguarda la radiotelevisione e il quarto la stampa.

Questa struttura del lavoro corrisponde anche all'interpretazione offerta nel primo capitolo della nozione di "ordinamento della comunicazione" contenuta nell'art.117 della Costituzione.

Il limite inevitabile di questa trattazione è rappresentato invece dall'instabilità della normativa relativa alla radiotelevisione. Anche se questo dato costituisce ormai da molti anni un elemento strutturale della situazione italiana, la congiuntura che stiamo attraversando è particolare nella già particolare situazione italiana.

Dopo la legge di riforma del 1975 (n.103 del 1975), la legge Mammi del 1990 (legge n.223 del 1990) e la legge Meccanico del 1997 (legge n.249 del 1997), il Governo aveva presentato un ddl contenente *Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della Rai Radiotelevisione italiana Spa, nonché delega al Governo per l'emanazione del testo unico della radiotelevisione* (n.2175).

¹ Roberto Zaccaria, Paola Manacorda, Vincenzo Vita, Franco Bassanini, Elda Brogi, Alessandra Valastro, Giovanna De Minico, Gianluca Gardini, Fabio Giglioni, Ferdinando Pinto, Giuseppe Piperita, Giulia Tiberi, Natascia Signori, Filippo Donati, Giancandido De Martin, Stefano Grassi D. Sorace, Ferdinando Pinto, Fabio Giglioni, Enrico Carloni, Raffaele Manfredi, Stefano D'Alfonso, Luca De Lucia

L'Introduzione è stata redatta da Roberto Zaccaria. Il primo capitolo è stato redatto da Alessandra Valastro e Gianluca Gardini. Il secondo capitolo è stato redatto da Giovanna De Minico (Parte A) e da Raffaele Manfredi (Parte B). Il terzo capitolo è stato redatto da Alessandra Valastro (Premessa e par. 1 e 4), da Natascia Signori (par. 2) e da Elda Brogi (par. 3 e 5-8). Il quarto capitolo è stato redatto da Enrico Carloni.

Come e' noto questo testo, molto ambizioso nell'impostazione, come si ricava gia' dal titolo, e' stato approvato, in via definitiva, dopo un lungo *iter* parlamentare, dal Senato della Repubblica, il 26 novembre 2003, ma e' stato rinviato alle Camere, con un messaggio motivato, dal Presidente della Repubblica in data 13 dicembre 2003.

Il 23 dicembre 2003 il Governo ha approvato un decreto legge per disciplinare alcuni profili urgenti relativi all'applicazione della normativa antitrust.

Attualmente, dopo una deliberazione della Camera dei deputati che ha deciso di riesaminare solo gli articoli della delibera legislativa toccati dai rilievi presidenziali e le disposizioni contenenti termini temporali, in scadenza o gia' scaduti, il ddl si trova all'esame della Commissione di merito.

Non e' facile in questo momento fare una previsione certa sugli esiti del dibattito parlamentare e soprattutto sui tempi di approvazione del provvedimento legislativo che, tra l'altro, interagisce, almeno in parte, con i contenuti del decreto legge e con l'iter di conversione.

Il ddl contiene infatti una serie di disposizioni di principio che incidono in misura considerevole sulla struttura del terzo capitolo di questo lavoro ed anche su alcune considerazioni fatte nel primo capitolo a proposito della tecnica – che a noi pare fortemente discutibile – di procedere all'individuazione di alcuni principi attraverso lo strumento della legge delega.

Queste sono le ragioni che ci suggeriscono di circoscrivere la portata di alcune parti del presente lavoro.

Cap.1 Definizione della materia e principi fondamentali

1. I confini della materia “ordinamento della comunicazione”

Nei settori concernenti i c.d. sistemi a rete, come quello relativo alla comunicazione, il fitto intreccio fra dimensioni territoriali diverse solleva problemi di politica normativa del tutto peculiari, i quali si riflettono sulla ricostruzione dei relativi ambiti materiali: le caratteristiche di questi settori sono del resto alla base delle diffuse perplessità suscitate dalla scelta di affidarne la disciplina alla potestà legislativa concorrente [v. in particolare le osservazioni di L. ELIA, *Audizione* (Senato, 23 ottobre 2001); S. CASSESE, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001*, *Giorn. Dir. Amm.*, 2002, 6; A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, www2.unife.it/forumcostituzionale].

Nel settore della comunicazione tali problematiche sono determinate, in particolare, da argomenti di carattere tecnico-giuridico che possono essere così sintetizzati: innanzitutto l'avanzato stadio della convergenza multimediale, con l'integrazione delle reti e dei servizi su scala ultra-nazionale, rende ormai sempre più difficile immaginare un quadro di discipline differenziate all'interno del territorio nazionale, seppur nell'ambito di principi fondamentali comuni; in secondo luogo, il settore della comunicazione coinvolge diritti e interessi che si distendono su più livelli, sia dal punto di vista istituzionale (lambendo competenze distinte) sia dal punto di vista territoriale (che a seconda dei casi può essere locale, nazionale, sopranazionale)²]; infine, questo settore risente molto più di altri di quel vincolo comunitario ora riconosciuto esplicitamente dall'art. 117/I

² su quella che è stata chiamata la “innaturale divaricazione” tra materie e interessi, v. in particolare A. RUGGERI, *La riforma costituzionale del Titolo V e i problemi della sua attuazione, con specifico riguardo alle dinamiche della normazione ed al piano dei controlli*, www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/riforma/ruggeri.html. Critici sugli elenchi di materie sono anche A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, www2.unife.it/forumcostituzionale/contributi/titoloV6.htm; G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 1251

comma, e cioè dell'incidenza di una normativa europea che spinge qui nella direzione (opposta a quella apparentemente impressa dalla riforma costituzionale) dell'accentramento dei poteri regolatori e della omogeneizzazione di settori e discipline.

La ricostruzione dei confini della materia dovrà pertanto tenere conto, oltre che dei titoli di competenza statale esclusiva, legittimanti interventi trasversali, anche delle implicazioni del “vincolo comunitario” riconosciuto ora espressamente dall'art. 117/I comma Cost.

Vale subito la pena di sottolineare come l'orientamento prevalente sia volto a ricostruire i confini della materia sulla base delle competenze attribuite all'Autorità di settore.

In particolare, il Presidente Cheli ha fatto riferimento alla legge istitutiva dell'Autorità, ritenendo che l'espressione utilizzata dal nuovo art. 117 possa ritenersi “coincidente con quel sistema delle comunicazioni che è stato posto ad oggetto della legge n. 249/1997 e delle successive modifiche” [Audizione, Senato, 27 novembre 2001].

Ma si tratta di un parametro normativo che può condurre ad esiti diversi a seconda che sia inteso con riferimento alla disciplina sostanziale della legge n. 249, relativa essenzialmente alla radiotelevisione e alle telecomunicazioni³], o piuttosto alla sfera di competenze attribuite all'Autorità, relative anche alla stampa e all'editoria: solo in questo caso si potrebbe dire che i contorni della materia coinciderebbero con i confini del “campo visivo” dell'Autorità.

Ci pare tuttavia che una simile impostazione finirebbe per determinare un'ambigua inversione degli elementi argomentativi: i contenuti della materia di competenza concorrente vengono infatti individuati sulla base delle competenze dell'Autorità di settore, il fondamento delle quali deve essere peraltro nuovamente dimostrato in ragione del mutato criterio di riparto delle funzioni normative.

Né pare che ad esiti migliori possa condurre il riferimento alle funzioni del Ministero delle comunicazioni, così come definite dall'art. 32bis del d. lgs. n. 300/1999, che attribuisce al Ministero delle comunicazioni “le funzioni e i compiti settanti allo Stato in materia di poste, telecomunicazioni, reti multimediali,

informatica, telematica, radiodiffusione sonora e televisiva, tecnologie innovative applicate al settore delle comunicazioni, ferme restando le competenze in materia di stampa ed editoria del Dipartimento per lo spettacolo e l'editoria della Presidenza del Consiglio dei Ministri". In questo caso risulterebbe compreso nella materia "ordinamento della comunicazione" anche il settore delle poste, mentre sarebbero escluse la stampa e l'editoria: un'esclusione giustificabile, secondo questo orientamento [che sembra avvalorato da A. PACE], col fatto che la stampa "ha sempre storicamente goduto della sua stretta prossimità con la libertà di manifestazione del pensiero". Un tale argomento si basa però, ancora una volta, sulle competenze di un soggetto specifico che potrebbe non esaurire l'arco dei segmenti costitutivi della materia nel suo complesso; inoltre, la contrapposizione fra le competenze dell'organismo tecnico e quelle del soggetto politico potrebbe risultare ulteriormente fuorviante, in quanto rischia di cristallizzare un quadro di rapporti che deve invece essere ripensato, proprio alla luce della riforma costituzionale.

In realtà, le chiavi di lettura più pertinenti sembrano offerte dallo stesso testo costituzionale, laddove utilizza il termine "comunicazione" al singolare nonché il termine "ordinamento". Quanto al primo di tali termini, sebbene criticato in dottrina per il fatto di non trovare riscontri nella disciplina ordinaria, esso pare senz'altro più adeguato in quanto capace di riflettere lo stato attuale del sistema delle comunicazioni sul piano delle tecnologie impiegate e della convergenza in atto, e dunque indicativo della necessità di considerare tutti quei settori nei quali si realizzano le comunicazioni latamente intese (cioè espressive delle libertà riconosciute dagli artt. 15 e 21 Cost.): le telecomunicazioni, la radiotelevisione, la stampa.

Rinviando alle Parti successive del documento l'approfondimento delle problematiche relative a ciascuno di tali settori, qualche osservazione deve farsi qui in ordine al sistema postale, la cui collocazione nella materia "ordinamento della comunicazione" appare quantomeno incerta.

A questo proposito, ricorrendo alla distinzione tra reti-servizi e contenuti ormai accolta anche dall'Unione Europea quale fondamento di interventi

³ [Lettura che sembra accolta da N. RANGONE, *L'assetto organizzativo del settore delle*

normativi orizzontali in materia di comunicazione, ci pare che dovrebbe distinguersi la disciplina dei contenuti delle comunicazioni interpersonali (relativa più che altro alle intercettazioni e alla repressione degli eventuali illeciti) dalla disciplina del sistema distributivo postale: mentre la prima dovrebbe essere attratta allo Stato in virtù delle competenze trasversali in materia di ordinamento civile e penale [ma vi è chi aggiunge la competenza statale in tema di ordine pubblico e sicurezza, come per il caso dell'intercettazione di comunicazioni telematiche criptate: così A. PACE, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Giappichelli, 2003, ...] –e lo stesso dovrebbe valere per le comunicazioni riservate che si avvalgano di altri strumenti, come la posta elettronica-, la seconda potrebbe in linea di principio rientrare nell'ambito della competenza concorrente. Si tratta infatti di un segmento del sistema delle comunicazioni complessivamente inteso, che si realizza fra l'altro attraverso una articolazione territoriale di punti fisici di smistamento e lavorazione della corrispondenza, che ben si presta ad essere disciplinato su scala regionale purché nell'ambito di principi fondamentali che assicurino uniformità sul territorio nazionale.

E' vero che il sistema distributivo postale finisce per confondersi con i sistemi di trasporto di altri beni, potendo pertanto chiamare in causa la materia delle "grandi reti di trasporto": ma si tratterebbe ancora una volta di materia assegnata alla competenza regionale concorrente, come tale foriera dello stesso tipo di problematiche.

Un'altra difficoltà può derivare dal fatto che la disciplina vigente in materia di servizi postali, contenuta nel d. lgs. n. 261/1999 con cui è stata recepita la dir. n. 97/67/CE, ancora prevede la riserva allo Stato di alcune categorie di servizi: come si concilia questa previsione con l'autonomia legislativa regionale? La legge cornice potrebbe contemplare tra i principi fondamentali quello concernente la riserva al soggetto pubblico (in questo caso la Regione) della prestazione di alcuni servizi? Per le prestazioni rientranti nell'ambito del servizio universale lo Stato potrebbe intervenire in virtù della competenza relativa ai livelli essenziali di cui

all'art. 117/II comma, lett. m); ma nel settore delle poste l'area della riserva è più ampia rispetto a quella del servizio universale.

In questo caso, o si giunge a ritenere che la disciplina legislativa richiamata sia superata dalla riforma del titolo V, anche se –lo ricordiamo- essa è attuativa di normativa comunitaria, oppure si deve pensare che la disciplina di questo settore rimanga in realtà nell'ambito delle competenze statali, anche se non si comprende in base a quale delle materie elencate nell'art. 117/II comma [di questo avviso è A. PACE, cit., il quale fonda l'esclusione delle poste dalla materia <<ordinamento della comunicazione>> sul principio di unità della Repubblica di cui all'art. 5 Cost., richiamando tra l'altro come il settore in questione rientri fra le competenze tipiche dello Stato centrale in tutti gli ordinamenti federali o comunque fortemente autonomistici].

Viceversa, devono certamente escludersi dall'ordinamento della comunicazione sia il settore del cinema, del teatro e degli spettacoli in generale, attratti dall'ambito materiale della “promozione e organizzazione di attività culturali”; sia la comunicazione pubblica e l'*e-government*, intesi come fattori dell'organizzazione amministrativa affidata, secondo competenza, ai diversi livelli di governo e strumentale all'esercizio delle funzioni e dei servizi ad essi attribuiti [fatte salve le infrastrutture e le reti necessarie a realizzare la cd. società dell'informazione (reti civiche, rete unitaria delle pubbliche amministrazioni, etc.) che presentano vari punti di contatto con la materia ordinamento della comunicazione]; sia la comunicazione di carattere politico che, in base ad un concetto ampio e organico di sistema elettorale, va ricondotta alla legislazione elettorale di contorno.

Quanto al termine “ordinamento”, esso evoca l'esistenza di un sistema razionale, di un “insieme di elementi disposti secondo un certo ordine”⁴, che assicurano uniformità di disciplina e di trattamento alle norme che presidiano un determinato ambito giuridico. In questo senso, l'espressione ordinamento della comunicazione evoca un'idea ulteriore, un valore aggiunto rispetto al semplice concetto di materia o di settore, in cui si limitano a convivere una congerie di legislazioni speciale: nell' “ordinamento” le regole e le competenze si integrano in

⁴ F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico*. C) Dottrine generali, in Enc. dir. XXX, Milano, 1984, p. 678

modo armonico, in vista di obiettivi di uniformità e razionalità che presiedono alla disciplina di un'area giuridica.

La questione della delimitazione della materia viene peraltro ulteriormente complicata dalla disciplina comunitaria, che –come vedremo– interviene massicciamente sui profili organizzativi e funzionali dell'Autorità, oltre che su ampi segmenti della disciplina sostanziale del settore.

2. I principi fondamentali

2.1. Opportunità dell'approvazione di leggi-quadro

In base a queste considerazioni di ordine generale in ordine al contenuto della materia sembra opportuno che l'individuazione dei principi fondamentali e, conseguentemente, la definizione delle sfere di competenza statale e regionale, segua un'articolazione incentrata su tre sotto-settori principali, ossia telecomunicazioni, radiotelevisione e stampa.

In realtà, numerosi principi di carattere generale sono già desumibili dalla legislazione vigente, in particolare dalle leggi nn. 223/90 e 249/97, e dalla giurisprudenza costituzionale in materia. Ciò consente alle Regioni di esercitare sin d'ora la competenza legislativa ad esse riconosciuta dall'art. 117/III comma in tema di “ordinamento della comunicazione”: la Corte costituzionale ha infatti escluso, a tal fine, la necessità della previa approvazione di leggi cornice, considerando sufficiente la presenza di “principi fondamentali comunque risultanti dalla legislazione statale già in vigore” (sent. n. 282/2002). Tuttavia, nella materia in questione, risulta spesso assai difficile individuare in via interpretativa la linea di confine tra norme di principio e norme di dettaglio: difficoltà dovuta, in parte, al fatto che la materia rientrava in precedenza nella competenza esclusiva statale, ed in parte anche al fatto che la legislazione in materia si è evoluta in modo notoriamente confuso.

L'approvazione in tempi rapidi di leggi-quadro sarebbe pertanto opportuna, al fine di offrire alle Regioni un quadro certo, organico e unitario dei principi relativi

ai sotto-settori sopra richiamati, recependo fra l'altro gli ulteriori principi, ormai ampiamente consolidati, elaborati negli anni dalla Corte costituzionale.

Per molti aspetti, d'altra parte, la sostanziale coincidenza con i vincoli comunitari solleva l'interprete dall'impegno di qualificare le disposizioni vigenti in questi ambiti in termini di normativa di principio o di dettaglio, trattandosi in ogni caso di disposizioni dotate di prevalenza sulle fonti primarie, di cui tanto il legislatore statale che quello regionale dovranno tenere conto nell'esercizio della propria potestà.

2.2. Contenuto dei principi

Necessità di distinguere i principi-obiettivo. Dal momento che nel settore della comunicazione spettano allo Stato competenze di natura diversa (esclusive, per i profili rientranti nelle c.d. materie trasversali, e concorrente per gli altri), è necessario che le leggi-quadro individuino organicamente i principi fondamentali del settore, intendendo per tali le disposizioni indicatrici di obiettivi da perseguire e dunque suscettibili di attuazione e specificazione da parte del legislatore regionale.

Cosa diversa sono quelle prescrizioni, spesso qualificate ugualmente in termini di principi ma a nostro avviso erroneamente, che contengono piuttosto regole o divieti: queste disposizioni sono espressive di un'esigenza di disciplina unitaria di alcuni interessi e rientrano pertanto nell'ambito delle competenze statali esclusive (ordinamento civile, concorrenza, livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, ecc.) [un difetto di chiarezza in questo senso si riscontra, per esempio, nel d.d.l. Gasparri, il quale contiene un'elencazione tanto generosa quanto generica di principi che riguardano talvolta obiettivi da raggiungere e altre volte vere e proprie regole da applicare, con sostanziale sconfinamento nella disciplina di dettaglio; reca talvolta confusioni concettuali nel riferimento ai valori da tutelare (come quella fra pluralismo e concorrenza); individua principi e criteri direttivi, in ordine alla delega al Governo per l'emanazione del codice, che a loro volta si confondono e in parte coincidono con i principi fondamentali].

Anche ragionando diversamente, e cioè seguendo quell'orientamento della Corte costituzionale che ammette la possibilità di norme statali di dettaglio inderogabili in quanto inscindibilmente legate alla norma-principio da un nesso di "coessenzialità e di necessaria integrazione" (Corte cost. n. 355/93), il risultato non muta, nel senso che quelle disposizioni statali costituiscono comunque norme di dettaglio.

Ciò che muta nell'accoglimento dell'una o dell'altra impostazione è semmai il grado di discrezionalità che residua in capo al legislatore regionale: nel primo caso, laddove cioè si ritenga che disposizioni statali di dettaglio siano ammissibili solo in presenza di un titolo di potestà legislativa esclusiva, quest'ultimo esclude ovviamente ogni intervento regionale; nel secondo caso invece, laddove cioè si ammettano disposizioni statali di dettaglio anche nelle materie concorrenti in virtù della giurisprudenza costituzionale richiamata, alle Regioni resterebbe la possibilità di intervenire su ogni profilo che residui rispetto alla disciplina necessariamente nazionale, in particolare prevedendo obblighi o misure di promozione ulteriori.

Necessità di tenere conto della normativa comunitaria. Si dovrebbero recepire nell'ambito dei principi fondamentali i principi comunitari suscettibili di più scelte diverse.

Necessità di tenere conto del quadro complessivo dei principi e valori costituzionali, quali desumibili anche dalla giurisprudenza costituzionale in materia. Sebbene questi ultimi non siano scritti, tuttavia entrano a pieno titolo nel quadro dei principi costituzionali di cui il legislatore statale deve tener conto nella elaborazione dei principi fondamentali; e tra i principi elaborati dalla Corte in sede di interpretazione dell'art. 21 Cost. non vi sono solo quelli relativi al pluralismo (ribadito da ultimo nella sentenza n. 466 del 2002) e al diritto all'informazione ma numerosi altri, come quelli relativi alla pubblicità, alla necessaria concorrenza di soggetti pubblici e privati nel settore radiotelevisivo, al servizio pubblico (v. da ultimo le sentenze nn. 155 e 284 del 2002), ecc.

2.3. La tecnica di individuazione dei principi

L'individuazione dei principi non può essere delegata al Governo ma deve essere operata con legge del Parlamento. Oltre che dall'assurdità di una legge-delega che dovrebbe dettare principi per l'individuazione di principi, ciò discende dal fatto che la materia in questione coinvolge diritti fondamentali e che la riforma del Titolo V non ha affatto inciso sull'assetto delle competenze legislative del circuito Parlamento/Governo, bensì soltanto su quello del circuito Stato/Regioni.

Se è vero che ostacoli non vi sarebbero ad una mera ricognizione dei principi espressamente qualificati in tal senso dal legislatore statale, in alcuni segmenti (come in particolare quello radiotelevisivo) tale operazione si rivelerebbe insufficiente poiché occorrerebbe procedere anche alla individuazione di quelli desumibili dalla legislazione vigente nonché dalla giurisprudenza costituzionale: ciò che implica, inequivocabilmente, operazioni interpretative e ricostruttive che vanno ben al di là della mera ricognizione.

Certamente legittimo è invece l'utilizzo della delega al Governo per l'approvazione di un testo unico delle disposizioni vigenti; anche se tale possibilità, ad oggi certamente opportuna, dovrebbe essere superata ove si procedesse in tempi ragionevoli all'approvazione della legge-quadro (che sarebbe inevitabilmente anche una legge di riordino normativo del settore).

Cap. 2 Le telecomunicazioni

A) Le direttive CE sulle comunicazioni elettroniche e la sub-materia delle telecomunicazioni

1. La tripartizione della nozione di “ordinamento della comunicazione” e il vincolo comunitario.

La materia "ordinamento della comunicazione" è riconducibile alla tripartizione stampa, radiotelevisione e telecomunicazioni, che sostanzialmente si ritrova già nella legge 249/97. In ciascuno di questi tre settori, la norma costituzionale istituisce una competenza legislativa di tipo concorrente, per cui spetta 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).

Ma l'espressione in oggetto merita altresì una lettura che tenga conto del vincolo comunitario ai sensi dell'art. 117 della Costituzione.

In particolare, per quanto riguarda il diritto dell'Unione Europea, è principio pacificamente accettato quello della prevalenza del diritto comunitario sulle norme nazionali, ancorché di rango costituzionale, sempre che le prime non alterino i principi fondamentali e i diritti inviolabili della Costituzione⁵. 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 oggetto di disciplina diretta, sia che alla stessa normativa 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.

Il risultato è quello di una disciplina comunitaria che orienta e determina l'interpretazione della “materia”, definendone l'ambito e conseguentemente lo

⁵ Tra le tante, si veda la sentenza della Corte costituzionale 389/87, e più recentemente, la n. 93/1997.

spazio sostanziale. Il diritto comunitario costituisce, pertanto, il parametro ermeneutico prevalente cui fare riferimento nell'interpretazione della disposizione ex art. 117, comma 3, Cost. per i profili che in questa sede interessano.

Le Direttive degli anni '80 hanno avviato la liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni (d'ora in poi TLC) convertendo la forma dell'offerta da concentrata e necessariamente pubblica in diffusa e preferibilmente privata ⁶.

Il pacchetto di Direttive (2002/19, 20, 21 e 22) CE (del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, in *GUCE n. L 108*, del 24/04/2002) completa il processo deregolativo in direzione "pro-competitiva", perfezionandolo nella prospettiva della convergenza, intesa come confluenza delle discipline delle diverse reti di trasmissione e dei servizi in "un unico quadro normativo" quanto all'uso dei mezzi ⁷.

La direttiva quadro (2002/21), infatti, introduce 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 (d'ora in poi ANR). Concorre altresì, al fine di omogeneizzare la varietà delle normazioni nazionali, l'introduzione di una nozione unitaria di "forza di mercato", desumibile dalla giurisprudenza comunitaria in materia.

È affidata invece alla Direttiva "servizio universale" (2002/22) la garanzia di una tutela indifferenziata dei diritti dell'utente, cioè una tipizzazione standardizzata delle prestazioni che prescinde dalla localizzazione territoriale rispettivamente del prestatore o del ricevente il servizio.

⁶ Chiare le note di sintesi del percorso diacronico della disciplina comunitaria nei rapporti della Commissione Europea, *7th Report on the implementation of the Telecommunications Regulatory Package*, Bruxelles, 2001 e Id., *8th Report on the implementation of the Telecommunications Regulatory Package*, Bruxelles, 2002.

⁷ Così: Direttiva quadro al *consid.* n. 5; per le prime analisi avviate negli anni '90 sulla convergenza si rinvia agli studi dell'OECD, *Convergence between Communications technologies*, Paris, 1992; Id., *Telecommunications and broadcasting. Convergence or collision?*, Paris, 1992, in cui si diversifica la convergenza in: "tecnologica" – cioè di condivisione da parte degli operatori dei tre settori (informatica, audiovisivo e telecomunicazioni) di standard comuni di tecnologia - "funzionale" – cioè di multivalenza delle reti rispetto al segnale – ed infine "economica" - cioè di naturale espansione di un polo industriale dall'iniziale campo di azione al segmento contiguo.

Mentre la Direttiva "relativa all'accesso e all'interconnessione" (2002/19), pur confermando gli obblighi già stabiliti dalla disciplina comunitaria vigente, e imposti agli ex monopolisti in compensazione delle iniziali asimmetrie economiche verso le *new entries*, ne prevede 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 sulle asimmetrie.

Infine, anche la Direttiva "sulle autorizzazioni" (2002/20) concorre all'obiettivo di ridurre lo spazio suscettibile di normazione operando sul versante del procedimento, apprezzabilmente semplificato con il ricorso all'autorizzazione generale, sistema ad operatività automatica ed ad effetti *erga omnes*, in luogo della licenza, titolo basato su valutazioni discrezionali ed indirizzato *ad certam personam*.

2. La direttiva quadro individua vincoli di regolazione a livello comunitario

È corretto leggere il complesso delle disposizioni della Direttiva come un'applicazione del principio di sussidiarietà verso l'alto.

Gli Stati infatti, perdono il potere di determinare i mercati rilevanti dei servizi e dei prodotti in materia di telecomunicazioni a vantaggio della Commissione (art. 15), che li individuerà in un atto di indirizzo ⁸.

Parallelamente la determinazione del concetto di significativo potere di mercato, un tempo nozione ad operatività *ex lege* - perché basata sul calcolo quantitativo del fatturato - è ora attratta (artt.14, par. 2, e 15, par. 2) alla competenza della Commissione, che assumerà come elementi sintomatici del potere di mercato gli stessi indici elaborati dalla giurisprudenza comunitaria in materia di diritto della concorrenza ⁹.

Nel remoto caso in cui una A.N.R. identificasse un mercato rilevante diverso da quelli contenuti nella Raccomandazione citata o individuasse indici sintomatici

⁸ Cfr. Raccomandazione della Commissione 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.

del potere di mercato alternativi a quelli sintetizzati nelle Linee direttrici, l'art. 7 (par. 4, lett. b) risolve il contrasto consegnando alla Commissione la parola ultima e definitiva in ordine alla misura regolativa alternativa ipotizzata dall'A.N.R.

La direttiva quadro va oltre la mera prescrizione di obiettivi o anche di regole precettive comuni, preoccupandosi piuttosto di armonizzare il momento attuativo della normazione comunitaria (*consid.* 16, poi attuato nell'art. 19, par. 1).

A tal fine la Commissione può indirizzare alle autorità nazionali raccomandazioni relative alle misure di esecuzione della direttiva. Tali direttive devono essere tenute "in massimo conto" dagli Stati. Il modello sembrerebbe strutturarsi secondo meccanismi propri del diritto mite: in realtà, si è in presenza di strumenti solo apparentemente *soft*, ma indirettamente sorretti da forza cogente.

E nel caso in cui le raccomandazioni dovessero risultare insufficienti a omogeneizzare la fase implementativa (cfr. *consid.* 36), la direttiva prevede la creazione del gruppo dei regolatori europei appunto per "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 grazie a moduli organizzativi o funzionali comuni, giuridici e non, resi indispensabili dal fatto che allo stato un vero e proprio mercato ancora non esiste, e dunque recessivi quando una siffatta condizione dovesse concretarsi. 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, perché si tratta di una regolamentazione ad esaurimento, cioè destinata prima ad alleggerirsi e poi, a competitività raggiunta, ad annullarsi (*consid.* nn. 27, 28 e 30).

Gli economisti, che hanno già affrontato questi temi, sostengono al riguardo che la curva della produzione normativa è una variabile cronologica: "in rapida

⁹ In proposito cfr. Commissione, *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).

ascesa all'inizio, tende invece a zero quando i mercati, avendo preso forma, si normalizzano" ¹⁰.

È chiaro che in un'ottica di un rapporto inversamente proporzionale tra regolazione e mercato la Commissione intenda direttamente guidare il processo di snellimento delle regole, occupando aree un tempo gestite solitariamente dalle ANR al fine di evitare il rischio che sopravvivano regole là dove esse non sono più necessarie.

Il quadro normativo della Direttiva 2002/21 marca un capovolgimento a livello europeo, perché disegna un sistema in cui i regolatori nazionali si affrancano dai vertici dei rispettivi esecutivi per coagularsi al livello comunitario sottoponendosi alla direzione della Commissione.

Si assiste pertanto, ad un'operazione di avocazione verso l'alto di poteri in materia di TLC, a favore della Commissione, un moto centripeto transfrontaliero che "lega" a quest'organo le autorità nazionali, declassate a mere esecutrici di linee direttrici fissate a livello comunitario anche per quanto concerne gli strumenti per il raggiungimento degli obiettivi comunitari ¹¹. 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 delinea anzitutto 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 può sembrare ispirato ad una filosofia fortemente centripeta, ispirata ad una applicazione verso l'alto del principio di sussidiarietà, del resto richiamato in principio. Tale impostazione si spiega considerando la centralità dell'obiettivo: assicurare la concorrenza in chiave di mercato e di

¹⁰ Così A. Pilati, *Commento nel Sole - 24 Ore*, 21/02/02; ma in chiave di riflessione sistematica sul ruolo regolatorio delle Autorità nei mercati dei servizi a rete, caratterizzati da un grado di competitività matura, vedi: 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.

¹¹ Di diverso avviso: L. Radicati di Brozolo, *Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria nel nuovo quadro comunitario delle comunicazioni elettroniche*, in G. Morbidelli- F. Donati (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza*, Torino, 2003, a pp. 124 ss., che propone una lettura del pacchetto delle Direttive in termini di moltiplicatore degli spazi discrezionali delle ANR.

liberalizzazione. È chiaro infatti che da questa impostazione deriva che la regolazione sia mantenuta al minimo indispensabile, e che essa sia la più uniforme possibile. In tale prospettiva, non si è quindi di fronte ad un impianto fortemente centralistico, ma piuttosto ad un settore in cui l'orientamento di fondo è di ridurre progressivamente, e rendere sempre più uniforme, la normazione sovrapposta al mercato ¹². Per questo, è corretto leggere il complesso delle norme comunitarie nel senso che, laddove non vi sia esplicito richiamo, non residui uno spazio regolativo sostanziale.

3. L'impatto del quadro comunitario sull' "ordinamento della comunicazione"

3.1 Analisi delle materie trasversali alla luce del vincolo comunitario: la disciplina della concorrenza

Su queste premesse bisogna ora porre la lettura della disciplina posta dall'art. 117, co.3, della Costituzione. Non v'è dubbio che esista una materia "ordinamento della comunicazione", riferita ad una potestà legislativa concorrente. Ma quale 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 o sulla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (d'ora innanzi LEP) incidano in modo diretto sull'oggetto di competenza concorrente, operando come sottraendi nella definizione dello stesso. Il discorso tra i due "sottraendi" va però condotto separatamente, perché diverse potranno essere le conclusioni in ordine al *quantum* da destinare alla potestà regionale e questa riflessione va condotta alla luce dell'ordinamento comunitario.

Per quanto attiene al segmento "disciplina della concorrenza" l'esigenza di una regolazione uniforme in ogni parte del territorio dello Stato interrompe il principio di differenziazione delle regole in ragione della collocazione territoriale

¹² Così M. Monti "sarebbe ingiustificato e controproducente imporre nuovi obblighi regolamentari agli operatori di mercato. Si andrebbe contro lo 'spirito' delle nuove direttive", in *Relazione*, tenuta in

dell'operatore, che è certo tipico delle esperienze legislative tendenzialmente federali. Tale principio va però bilanciato con la esigenza di definire correttamente un mercato competitivo, e la conseguente necessità di adottare discipline antitrust unitarie, poco tolleranti verso normative differenziate che condurrebbero inevitabilmente alla frammentazione geografica del luogo dei traffici.

Se questa conclusione è quasi scontata, lo è meno quella relativa alle regole tese a correggere le insufficienze dell'economia liberista: ad esempio, le regole impositive di obblighi di trasparenza, o di interconnessione ed accesso. Questo ulteriore tipo di regolazione è certo diversa da quella antitrust, perché di tipo positivo, diretta a migliorare le condizioni competitive, piuttosto che a reprimere le attuali condotte lesive del mercato, e destinata a durare fin quando il mercato la richieda. E rimane pertanto lecito chiedersi se ad essa debba applicarsi – quanto al riparto di competenze – il regime proprio della disciplina antitrust.

Precisamente, se guardassimo al solo aspetto prescrittivo delle c.d. regole correttive, dovremmo concludere per la loro autonomia concettuale dalla disciplina antitrust. Se, però, teniamo conto anche della funzione assolta da queste regole, vediamo che esse sono ausiliarie alla disciplina antitrust perché ne compensano le insufficienze: la loro vigenza è infatti subordinata alle esigenze del mercato, e la loro ragion d'essere viene meno quando il mercato non ha più bisogno di interventi ortopedici. Da questo punto di vista è ragionevole pervenire all'opposta conclusione: cioè esse seguono, come ogni elemento accessorio, la sorte di quello principale, e ciò quindi anche per quanto attiene al titolare del relativo potere di ideazione. Alle regioni sarà pertanto preclusa la formulazione di regole correttive diverse da quelle poste in sede nazionale

Tale preclusione è del resto sorretta da un'ulteriore considerazione. Se una regione potesse appesantire le regole correttive, cioè rendere più onerosa la posizione di chi detiene un notevole potere di mercato rispetto a quanto disposto in sede nazionale, rispetto a quel solo ambito territoriale sarebbe favorito l'ingresso dei nuovi operatori perché risulterebbe indebolita la posizione dei monopolisti storici. Quindi, il rafforzamento della regolazione asimmetrica

conduce ad un potenziamento del tasso di competitività per l'avvenire in un data frazione di territorio e corrispondentemente ad un abbassamento del grado di competitività nei mercati a regime asimmetrico invariato. In sintesi l'unità economica e giuridica del mercato giustifica sia il divieto al legislatore regionale di intervenire sull'oggetto principale, cioè la disciplina antitrust, che su quello accessorio e complementare della normativa asimmetrica.

3.2 segue: LEP e ordinamento comunitario.

Discorso in parte separato meritano i LEP. Già la giurisprudenza costituzionale antecedente alla riforma del titolo V (cfr. Corte Cost. 235/88; 539/90) aveva ammesso l'intervento regionale in tema di libertà fondamentali a condizione nel rispetto del contenuto minimale delle prestazioni disegnato dal legislatore nazionale. Si sarebbe potuto trattare, quindi, di una disciplina locale unidirezionalmente orientata verso l'alto, tesa unicamente a migliorare lo standard qualitativo e quantitativo delle prestazioni rispetto al *plaffond* generale valevole per l'intero territorio dello Stato. Anche dopo la riforma la Corte (cfr. 31/01) ha riconfermato questa apertura a favore del legislatore regionale purché si orienti verso gli aspetti "ulteriori rispetto a quelli minimi fissati dagli standard contenuti nella normativa statale".

Ma alla condizione giurisprudenziale ¹³ se ne devono aggiungere altre, che derivano sempre da una lettura del dato costituzionale alla luce del parametro ermeneutico preferenziale del diritto comunitario. Non basterà che le regole sui LEP siano migliorative rispetto a quelle nazionali, ma i nuovi obblighi che si imporranno al destinatario del dovere di prestazione non dovranno alterare gli

Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, 14 ottobre 2002.

¹³ Illuminante al riguardo è la recente pronuncia n. 307/03, in cui la Corte, pur affermando in linea di principio che l'ambiente è "compito" non esclusivamente statale, e quindi legittimando interventi normativi regionali *in melius*, esclude tuttavia che le "soglie" di esposizione alle emissioni elettromagnetiche possano essere derivate dalle Regioni anche se in direzione migliorativa della salute, cioè in senso più restrittivo, in quanto detti valori rappresentano il "punto di equilibrio fra le esigenze contrapposte di evitare al massimo l'impatto delle emissioni elettromagnetiche, e di realizzare impianti necessari al paese". Quindi, la Corte, in ragione del nuovo riparto di competenze, ha sostituito alla lettura atomistica dei diritti fondamentali una valutazione comparativa dei valori costituzionali in gioco, precludendo al legislatore regionale l'intervento sui LEP se essi costituiscono la misura di equilibrio tra i beni in campo: nella specie, il diritto alla salute a fronte del diritto a comunicare, alla cui effettività è strumentale la realizzazione capillare della rete.

equilibri competitivi, considerato che ogni regola aggiuntiva rispetto a quelle antitrust è legittima se e nella misura in cui il mercato la richieda. Allora non basterà che gli obblighi siano equamente ripartiti tra tutti gli operatori, ad esempio secondo il meccanismo concorrenziale della gara, perché ciò assicurerà soltanto la *par condicio* tra gli obbligati, né tantomeno che siano migliorativi della posizione degli utenti, perché un obbligo in quanto inserito in un rapporto debito/credito comporta sempre un vantaggio per il beneficiario della prestazione (cioè l'utente).

Il possibile intervento migliorativo da parte della Regione va dunque considerato non solo sotto il profilo del riparto di competenze tra Stato e Regioni, ma anche quanto al suo effetto modificativo sugli equilibri di mercato, perché il solo carattere migliorativo di per sé non è sufficiente a giustificare l'intervento stesso. Quest'ultimo si potrà ritenere ammissibile nella prospettiva delle competenze sempre che l'effetto modificativo in questione non possa essere evitato nella prospettiva del mercato.

La risposta, conclusivamente, può essere positiva purché si focalizzi l'effetto modificativo come conseguente agli oneri economici aggiuntivi che ad esso si connettono. Perché gli equilibri del mercato non ne siano incisi è essenziale che gli oneri in questione non cadano né sui prestatori del servizio né sugli utenti, che ne sarebbero comunque in un modo o nell'altro influenzati nei loro comportamenti riguardo alla domanda e all'offerta. Pertanto, gli oneri devono gravare su un attore diverso: il soggetto pubblico, salvo vedere se identificarlo nello Stato o nella Regione. Ma tale questione non rileva solo ai sensi dell'art. 117 Cost. o sotto il profilo del mercato, e invece rimane affidata anche a considerazioni diverse, ad esempio relative all'art. 119 della Costituzione.

Concludiamo con un'ulteriore considerazione: in principio non si può escludere che prestazioni migliorative possano “stressare” il mercato; pertanto andrà preliminarmente verificata la coerenza o meno dell'eccesso di regole con gli equilibri competitivi. Un compito questo, che rimanda a valutazioni preminentemente tecniche, come tali più congeniali alla competenza di una ANR, che non a quella di un decisore politico locale, in tal caso si porrebbero due ulteriori questioni: la prima relativa all'*iter deliberandi* che l'Autorità dovrebbe seguire, la seconda, ai nostri fini di maggiore interesse, attinente al rapporto tra

l'esito della valutazione "neutrale" resa dall'Autorità e la decisione regionale incrementativa dei LEP.

4. Le scelte organizzative conseguenti.

4.1 L'unicità dell'Autorità

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 che l'autorità di regolazione sia statale. Non perché l'U.E. prescriva al diritto nazionale un dato modello organizzativo¹⁴, ma piuttosto perché tale soluzione è l'unica coerente con le premesse: segnatamente, unicità del mercato, armonizzazione dell'implementazione normativa, disciplina uniforme ad ogni livello. Questo è altresì coerente con lo spostamento dell'interesse tematico verso la concorrenza, e cioè nell'ambito della potestà esclusiva.

Ora, è evidente che detto obiettivo (*armonizzazione*) sarebbe seriamente compromesso ove si lasciasse agli Stati membri la possibilità di diversificare le autorità nazionali deputate all'adozione di misure di esecuzione. Il coinvolgimento, grazie all'armonizzazione, anche delle misure di esecuzione suggerisce che non sia più sufficiente affermare l'indifferenza comunitaria per i profili organizzativi. È chiaro, infatti, che il proliferare dei centri di esecuzione degli obiettivi della direttiva porrebbe la Commissione di fronte ad un arcipelago di autorità nazionali, rendendole assai più difficile, se non impossibile, la funzione di vigilanza sull'uniformità delle misure applicative ed, eventualmente, di intervento.

L'esistenza di un'unica autorità nazionale di regolazione è 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, esponendoli, per altro verso, alla responsabilità per violazione del principio di leale cooperazione.

¹⁴ Come invece sostenuto da: S. Cassese, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in G. Morbidelli – F. Donati (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Torino, 2003, pp. 34-35, e F. Merusi, *Le leggi del mercato*, Mulino, 2002, a p. 98.

4.2 Indipendenza dell'Autorità

Qualche ulteriore considerazione meritano le caratteristiche strutturali, anch'esse di matrice comunitaria, ed espressamente poste dalla Direttiva, configurandosi 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). Secondo una lettura restrittiva, la norma europea si potrebbe riferire ad un concetto di imparzialità funzionale, il quale si realizzerebbe grazie all'equilibrato confronto delle opinioni dei regolati acquisite nel corso del procedimento formativo della volontà normativa.

Ma l'art. 3 potrebbe voler anche significare un'altra cosa: cioè la necessità di coniugare l'imparzialità con il disegno strutturale delle A.N.R., anche se il dato normativo sembrerebbe riferire il concetto relazionale di indipendenza delle ANR ai soli operatori di mercato. È evidente che ragioni di sistema suggeriscono un'interpretazione estensiva alla disposizione in oggetto, perché la sola indipendenza dai regolati sarebbe un mezzo inadeguato a conseguire l'obiettivo dell'autonomia decisoria, altrimenti compromessa in assenza della garanzia dell'indipendenza dagli esecutivi nazionali.

Se si ha riguardo poi al fine ultimo della Direttiva quadro 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), esso sarebbe ostacolato se l'autorità nazionale non fosse libera da condizionamenti politici da parte del proprio governo o degli esecutivi regionali.

Peraltro questa lettura da noi suggerita ha incontrato da ultimo il favore della Commissione Europea ¹⁵, che ha espressamente ribadito la necessità di separare le ANR dal potere politico.

¹⁵ Questa è l'indicazione consegnata nella *Ottava Relazione sull'attuazione del quadro normativo per le telecomunicazioni. La regolamentazione e i mercati europei delle telecomunicazioni*, Bruxelles, 3 dicembre 2002, COM (2002) 695 def., in part. Punto 4.1.1.: "La dispersione dei poteri" - si intende da quanto esposto sopra tra ANR e Ministro competente - "porta inevitabilmente a una riduzione della certezza del diritto richiesta dal mercato, in particolare nei casi ove le decisioni prese dal ministro nella

5 Ulteriori argomenti a favore dell'unicità, tratti dal profilo funzionale

Sotto altro profilo, si è correttamente sottolineato che la regolazione tramite amministrazioni indipendenti debba essere necessariamente unica¹⁶ - come unico è il mercato di riferimento nell'ambito del territorio nazionale al fine di non penalizzare la parità di trattamento - e *statale*, in quanto una gestione su di un livello diverso ne favorirebbe lo "snaturamento della funzione", vincolandole ad interessi locali di carattere strettamente politico da cui le Autorità devono essere, appunto, indipendenti¹⁷. È chiaro che, se l'osservazione sembra condivisibile in riferimento alle Autorità indipendenti complessivamente considerate, ancora maggiormente varrà in un settore oggetto di regolazione comunitaria nel quale l'esigenza di una gestione unitaria, ed i vincoli di risultato ad essa connessi, risultano più pregnanti.

Infatti, è la stessa natura 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.

materia di licenze o controlli dei prezzi potrebbero sembrare, agli occhi del mercato, influenzate da considerazioni politiche. Fatta astrazione di questi aspetti, in generale l'efficacia dell'autorità di regolamentazione potrebbe essere facilmente migliorata trasferendo ad essa tutti i poteri regolamentari del ministro ...".

¹⁶ Giova a tal proposito segnalare la recente riforma intrapresa dal U.K., che ha sintetizzato nell'OFCOM funzioni regolatorie un tempo distribuite tra più autorità. Quindi, il legislatore anglosassone non solo non ha moltiplicato le autorità in ragione dei diversi ambiti territoriali, ma neanche in ragione del settore materiale di intervento, risultando accorpati, come convergenza vuole, audiovisivo e telecomunicazioni. L'atto normativo in questione è il *Communications Act 2003* in <http://www.legislation.hmso.gov.uk/acts/>. In dottrina in proposito cfr.: D.Gilles, *Telecommunications law*, London, 2003.

¹⁷ 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.

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 simile alle funzioni degli organi giurisdizionali, impone di garantire l'unitarietà dell'esercizio non meno che per queste ultime.

Conferma ulteriore alla tesi dell'indivisibilità delle funzioni di regolazione e di ordine si può trarre dal fatto che la recente Convenzione–quadro, siglata dalla nostra Autorità con la Conferenza dei Presidenti delle Regioni e l'Assemblea dei Consigli regionali, non abbia incluso i compiti in questione nell'elenco delle funzioni delegabili ai Co.re.com.¹⁸, abilitati a esercitare funzioni ispettive, di vigilanza o di accertamento, cioè in una parola di tipo preparatorio, neutralmente serventi la funzione sanzionatoria o regolativa ultima ¹⁹.

6 Conclusioni.

In sintesi, una lettura attenta della normativa comunitaria evidenzia che essa definisce lo spazio di regolazione sostanziale disponibile, e lo distribuisce essenzialmente tra lo stesso livello comunitario e quello statale, senza peraltro chiudere, tanto sul piano normativo (per la determinazione incrementale dei LEP e nei sensi prima indicati) che su quello di gestione, agli apporti differenziati delle amministrazioni locali.

La possibilità di tali apporti è stata dimenticata dal legislatore di recepimento del Pacchetto di Direttive (d.lgs. n. 240/03, recante "il Codice delle comunicazioni elettroniche per quanto concerne le reti e i servizi di comunicazione elettronica"), che, fedele ad un'impostazione verticistica e anacronistica dei rapporti centro/periferia, ha concentrato ogni momento amministrativo nelle mani del Ministro, con ciò assorbendo spazi che, per il disposto comunitario o

¹⁸ Cfr. *Accordo-quadro, 25 giugno 2003*, in *www.Agcom.it*.

¹⁹ Di diverso avviso quanto alla tipologia dei compiti delegabili ai Co.re.com., promossi a dignità di Autorità regionale indipendente *ante litteram*, è G. Grasso, *Autorità amministrative indipendenti e nuovo Titolo V della Costituzione. Alcuni elementi di discrezionalità*, in corso di pubblicazione negli *Scritti in onore di Fausto Cuocolo* (in particolare cfr. i par.i 4 e ss.), paper.

costituzionale, ben potevano e dovevano essere di competenza delle ANR o delle Regioni. È così evaporata l'aspirazione delle amministrazioni regionali a rilasciare e gestire i titoli di accesso al mercato locale delle comunicazioni elettroniche, perché il decreto - preoccupato di ricomporre l'onnipotenza ministeriale - ha confusamente concentrato poteri vincolati e potestà discrezionali nelle mani dell'autorità politica centrale (artt. 25 e, comma 4, e 32 del d.lgs.), nonostante la contraria indicazione comunitaria²⁰.

Ferma restando l'evidente distanza tra l'architettura comunitaria e quella nazionale - distanza censurabile in termini di illegittimità del decreto di recepimento tanto sul piano del diritto interno che comunitario²¹ - le timide aperture disposte dal decreto a favore della autonomia legislativa delle regioni²² sono cosa da poco.

L'operazione è di pura immagine, perché rimette al legislatore regionale solo la materia "dei servizi di comunicazione elettronica a larga banda". Ma le considerazioni prima svolte consentirebbero di più: precisamente, il legislatore locale potrebbe migliorare le prestazioni di servizio universale rispetto agli standard qualitativi e quantitativi nazionali, e, dall'altro canto, l'amministratore locale potrebbe governare la fase implementativa della regolazione.

È chiaro che l'effetto di assorbimento degli spazi disponibili a seguito del ricorso al criterio ermeneutico comunitario, che giova ricordare consente di privilegiare tra più interpretazioni possibili quella che assicura la coerenza delle disposizioni nazionali con le norme comunitarie, pena la non applicazione delle prime, non si produce in termini assoluti e di principio, ma in rapporto al

²⁰ Cfr. la: Direttiva autorizzazioni, art. 10, parr. 2 e 5, e l'interpretazione che di essa ha dato la Commissione nella *Ottava Relazione sull'attuazione del quadro normativo per le telecomunicazioni*, Com (2002), 695, cit., in cui si afferma - in particolare il punto 4.1.1. - che, nel caso in cui lo Stato dovesse conservare la proprietà delle reti di comunicazione elettronica - possibilità contemplata espressamente dalla Direttiva quadro, art.3, par.2 - si dovrà imputare ad un'autorità pubblica, strutturalmente diversa da chi ne detiene la proprietà, la titolarità dei poteri di regolazione e di ordine. E la *Relazione* elegge la ANR a soggetto deputato a questo compito per le ragioni già ricordate alla nota 15.

²¹ Sia consentito sul punto il rinvio agli approfondimenti in G. De Minico, *Decreto di recepimento del pacchetto Direttive Ce in materia di comunicazioni elettroniche: conformità o difformità dal diritto comunitario?*, in *Pol. dir.*, n. 3, 2003, a pp. 441-442. Forti critiche quanto alla compatibilità dello schema di decreto con il dettato comunitario sono state espresse dal Presidente dell'Antitrust, *Audizione*, seduta del 2 luglio 2003, Camera dei Deputati, XIV Leg., Commissione IX.

²² L'art. 5 del testo finale del decreto, diversamente dalla precedente versione, è stato sul punto riscritto, facendo parzialmente proprie le osservazioni espresse in sede di Conferenza Unificata nel *Parere favorevole con osservazioni* del 3 luglio 2003.

particolare regime posto dalla direttiva quadro del 2002 e dai suoi atti implementativi già emanati dalla Commissione.

B) Il codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs 259/03): profili problematici relativi all'attuazione delle direttive comunitarie

1 Dubbia compatibilità con la Costituzione.

Il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259 pone alcuni problemi di coerenza sia con la normativa comunitaria cui vorrebbe dare attuazione, che con le prescrizioni della carta costituzionale. in questa sede ci si deve limitare ad illustrare i punti di contrasto più significativi.

In primo luogo, il decreto esclude dalla sua sfera di operatività le limitazioni inerenti alla difesa e sicurezza dello stato, alla protezione civile, alla salute pubblica, alla tutela dell'ambiente e della riservatezza, "poste da specifiche disposizioni di legge o da disposizioni regolamentari di attuazione" (art. 3, co.3).

La norma appare censurabile per un duplice ordine di considerazioni. sotto un primo profilo, infatti, essa dispone la possibilità di derogare al decreto e, per conseguenza, alle norme comunitarie cui esso dà attuazione, facendo riferimento a clausole generali di assai difficile determinazione. Si pensi, in particolare, al riferimento alle "esigenze della difesa e della sicurezza dello stato" ed alla "salute pubblica". La previsione si presta a due interpretazioni, solo in parte coincidenti, ma entrambe di dubbia compatibilità con lo schema costituzionale.

Sotto un primo profilo, la clausola potrebbe essere considerata meramente "stilistica", in quanto apposta a tutti i codici. in tal senso, essa avrebbe soltanto la funzione di fare salva la normativa speciale. così intesa, è chiaro che la clausola avrebbe un valore ben modesto, considerando che il principio di specialità opererebbe anche in assenza di un'esplicita previsione.

Per altro verso, la norma desta perplessità alla luce della constatazione che il codice delle telecomunicazioni costituisce un complesso normativo volto ad attuare il diritto comunitario. sicché, la previsione della possibilità di derogare al codice attribuisce allo stato un potere di deroga anche al diritto comunitario (la clausola non distingue tra le norme del codice derogabili e le altre che, strettamente connesse alla normativa comunitaria che vanno ad attuare, non dovrebbero costituire oggetto di deroga). Tale potere risulta assai difficile da

giustificare, sulla base delle direttive in materia di telecomunicazioni che tacciono sul punto, ed è ancora più dubbio in ragione dell' estensione della discrezionalità relativa alla deroga medesima cui l' indeterminatezza della clausola dà luogo.

In verità, la norma si presenta di assai dubbia legittimità anche in una prospettiva di mero diritto interno, nella parte in cui ammette la possibilità di derogare alle disposizioni del decreto medesimo attraverso atti legislativi ovvero “disposizioni regolamentari di attuazione”. Al riguardo, la formulazione della norma sembra ammettere la possibilità che fonti secondarie di attuazione dispongano in senso difforme al decreto stesso, ove lo giustifichi il ricorso alle clausole generali di cui si è detto.

In primo luogo, non è chiaro quali siano gli atti che i regolamenti in esame debbano attuare. Si tratta di fonti primarie ulteriori? O del decreto stesso? In ogni caso, la previsione contenuta nel citato art. 3 si mostra, nella migliore delle ipotesi, inutile, nella peggiore illegittima.

È inutile, se si ritiene che la deroga possa essere disposta solo da fonti regolamentari autorizzate in tal senso, evidentemente, da fonti successive, e con le garanzie formali e di contenuto stabilite per i meccanismi di tipo delegificatorio dall' art. 17 della legge 400/88; è chiaro che tali fonti potrebbero disporre in tal senso prescindendo dalla lettera dell' art. 3, co. 3, del decreto, risolvendosi l' antinomia sulla base del criterio cronologico (e salvo il problema della compatibilità di tale previsione con l' ordinamento comunitario, cui si è fatto cenno).

E' illegittima, se si ritiene che la previsione operi anche nel silenzio delle fonti medesime, e, segnatamente, prescindendo dall' autorizzazione in tal senso ai regolamenti *de quibus*, dalla fissazione di norme generali con la funzione di circoscrivere la discrezionalità dei medesimi, nonché dall' individuazione delle disposizioni legislative oggetto di deroga. così interpretata, la norma si porrebbe, dunque, in stridente contrasto con il sistema costituzionale delle fonti normative.

L' art. 5 del decreto circoscrive, poi, la potestà normativa delle regioni e degli enti territoriali ai soli profili di interesse esclusivamente locale. Ciò sembra avvalorare l' impostazione di chi ²³ ha ritenuto che il pacchetto delle direttive

²³ Cfr. G.De Minico, parte A) di questo lavoro.

comunitarie determinasse, almeno in linea tendenziale, la competenza di un' unica autorità nazionale ai fini di una migliore possibilità di controllo della medesima da parte della commissione.

2. La distribuzione delle funzioni amministrative disposta nel decreto: verifica secondo il parametro dell'art. 118 Cost.

.

Il decreto sembra andare *ultra crepidam* nella parte in cui, come si vedrà, intende limitare il ruolo degli enti territoriali non soltanto per quanto concerne le potestà normative regolamentari, ma anche quelle amministrative. In particolare, la scelta allocativa della competenza al rilascio dei titoli abilitativi, suscettibile di ingenerare dubbi di legittimità per più di un profilo ²⁴. In primo luogo, l'attribuzione di tale potere decisionale ad un organismo politicamente connotato quale il ministro delle comunicazioni, sembra porsi in contrasto con il dettato del regolatore comunitario, che ha espressamente richiesto l' indipendenza dell' ente nazionale di regolazione. per altro verso, tale disciplina parrebbe ledere, altresì, le competenze costituzionalmente tutelate degli enti locali in quanto esclude un qualunque ruolo significativo dei medesimi nella determinazione di tali scelte; lì dove, di converso, il dettato dell' art. 118 cost. avrebbe, probabilmente, richiesto una diversa scelta allocativa nel senso di privilegiare la posizione degli enti territoriali quanto all' esercizio di competenze amministrative.

La scelta del legislatore delegato appare ancora più incongruente alla luce delle conseguenze paradossali cui essa conduce, nel senso di attrarre alla competenza esclusiva dello stato la disciplina delle telecomunicazioni in ragione del principio (in verità, scarsamente convincente) enunciato dalla sent. 303/2003 della Corte costituzionale; con ciò, segnando un forte arretramento rispetto al modello costituzionale precedente alla riforma nel quale le regioni erano, comunque, riuscite a ritagliarsi un proprio spazio legislativo²⁵.

Nella fattispecie, l'alterazione costituzionale delle competenze riposerebbe, tra l'altro, non su una previsione imposta dal regolatore comunitario, bensì su una

²⁴Ancora G. De Minico, *Decreto di recepimento del pacchetto direttive Ce in materia di comunicazioni elettroniche: conformità o difformità dal diritto comunitario?* in *Pol. dir., cit.*, pp. 438 ss.

valutazione del legislatore nazionale di inefficienza dell'amministrazione locale a rilasciare i titoli abilitativi di cui si è detto. tale valutazione è incomprensibile, ove si rifletta che il parametro comunitario descrive un mero accertamento tecnico, togliendo all'amministrazione qualunque surplus di discrezionalità che potrebbe falsare il gioco della concorrenza; l'amministrazione, in altri termini, non deve erogare prestazioni per il conseguimento di livelli essenziali di tutela di posizioni soggettive, ciò che, soltanto, giustificerebbe l'allocazione di funzioni al livello centrale²⁶, poiché la normativa comunitaria ritiene tale obiettivo raggiunto solo che sussistano determinati requisiti in capo agli operatori ed al mercato, e guarda, anzi, con particolare sfavore a qualunque attività conformativa svolta dall'amministrazione²⁷ l'attribuzione di una tale funzione amministrativa allo stato non è, dunque, giustificabile.

Altro è in problema della competenza al rilascio di titoli abilitativi relativi all'allocazione sul territorio delle infrastrutture di telecomunicazione, perché, come osservato dalla giurisprudenza costituzionale (inaugurata con la citata sent.303/03), tale problema risulta connesso a quello della tutela dell' ambiente e della gestione del territorio medesimo e, in definitiva, coinvolge interessi di tipo unitario quali la determinazione e la garanzia di livelli essenziali di prestazioni concernenti diritti civili e sociali. la decisione politica sull'equilibrio tra i valori costituzionali coinvolti deve dunque, secondo la corte, essere lasciata allo stato, senza che alla regione residuino significativi spazi di discrezionalità (sia pure nel senso di una deroga *in melius* per quanto concerne la tutela del valore ambientale) perché altrimenti tale equilibrio verrebbe ad alterarsi (sent. 331/03).

Sotto altro profilo, quando anche non si volesse entrare nel contenuto della scelta allocativa, appare, quanto meno, singolare che quest'ultima sia compiuta attraverso un atto avente forza di legge, quando invece lo schema costituzionale

²⁵ R. Zaccaria, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2003, *passim*.

²⁶ Sia consentito il riferimento al lavoro di R. Manfrellotti – R. Miranda, *Determinazione dei livelli essenziali e conferimento di funzioni amministrative: l'art. 117, co. II, lett. m) come "parametro presupposto" del giudizio di costituzionalità*, in *Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa "La riforma del titolo V della costituzione e la giurisprudenza costituzionale"*, Pavia 6-7, giugno 2003, in corso di pubblicazione.

²⁷ M. Clarich – A.Boso Caretta, *Il nuovo sistema delle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*, in *Dir. inf.*, 2002, pp. 685 ss.

avrebbe, forse, richiesto un coinvolgimento dell'organo rappresentativo della sovranità popolare di più ampia portata.

Peraltro, la disciplina risultante lede anche la normativa comunitaria nella parte in cui mantiene al soggetto pubblico funzioni regolative nonostante mantenga la proprietà di reti di telecomunicazioni ²⁸.

Si segnala, altresì, l'art. 6, co. I, la norma è espressione di una tendenza sistemica (peraltro, per i profili che qui interessano, in linea con il modello offerto dalle direttive in materia di telecomunicazioni) volta a conformare l'azione amministrativa a modelli operativi di diritto privato. Di tale tendenza (già presente nella commissione bicamerale per le riforme istituzionali della passata legislatura) è, peraltro, espressione ancora più significativa il disegno di legge di riforma della legge 241/90, approvato in prima lettura dal Senato della Repubblica (si confronti, in particolare, l'art. 1). Tale principio potrebbe ancorarsi, nel vigente ordinamento, al dato costituzionale offerto dall' art. 118, co. IV Cost., nella parte in cui, richiamandosi alla sussidiarietà orizzontale, sembrerebbe postulare, anche per l'amministrazione pubblica, modelli operativi non autoritativi ove sufficienti a salvaguardare l'interesse pubblico specifico trasfuso nella legge.

3. Dubbia compatibilità del decreto con l'ordinamento comunitario.

Il decreto in esame esplica, sotto altro profilo, effetti distorsivi anche in merito alla effettività del principio di libera concorrenza, come evidenziato, peraltro, nell'audizione del presidente dell'Antitrust²⁹.

In primo luogo, il decreto vanifica l'obiettivo di liberalizzare l'accesso al mercato attraverso lo strumento comunitario dell'autorizzazione generale, nella parte in cui fa salva la vigenza dei titoli autorizzativi in corso, nonché future deroghe dettate dalle "esigenze della difesa e della sicurezza dello stato e della sanità pubblica, compatibilmente con le esigenze della tutela dell'ambiente e della protezione civile" (art. 25, co. I). Sulla scarsa portata definitoria dell'ultima

²⁸ In tal senso, si confronti l'Ottava Relazione sull'attuazione del quadro normativo per le telecomunicazioni della Commissione europea, Com (2002) 695, cit.

²⁹ Cfr.: Camera dei Deputati, XIV Leg., Commissione IX, Audizione, seduta del 2 luglio 2003, cit.

previsione, che si traduce in una vera e propria “cambiale in bianco” a favore del regolatore nazionale, si rinvia alle considerazioni già svolte. Ciò contrasta, altresì, con la previsione comunitaria di “procedure pubbliche trasparenti e non discriminatorie” rivolte alla concessione dei diritti d’uso delle frequenze.

Peraltro, tale previsione lede, altresì, l’obiettivo della convergenza tecnologica, perché la deroga consente una differente disciplina tra l’accesso al mercato delle telecomunicazioni e quello al mercato dell’audiovisivo in ragione del diverso sistema di ingresso stabilito dal decreto in esame e dal d.d.l. recante *"Norme di principio materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della rai – radiotelevisione italiana spa, nonché delega al governo per l’emanazione del testo unico della radiotelevisione"*, approvato in via definitiva dal Senato della Repubblica in data 2 dicembre 2003, e rinviato alle Camere dal Presidente della Repubblica il 15 dicembre 2003. Qualora dovesse permanere, la discrasia sembrerebbe configurare, altresì, un vizio di ragionevolezza nella parte in cui attribuisce a fattispecie sostanzialmente eguali un trattamento differenziato.

Un ulteriore punto di contrasto, pure segnalato dal parere citato, è la distinzione che il decreto pone tra il regime giuridico delle reti “ad uso pubblico” e di quelle “ad uso privato”, che non trova alcun riscontro nella normativa europea che il decreto pretenderebbe di attuare.

In definitiva, il decreto 259/03 non raggiunge il proprio scopo di dare attuazione al pacchetto di direttive in materia di telecomunicazioni, sollevando, anzi, non pochi dubbi, sulla propria conformità alle previsioni del regolatore comunitario; ma viola, altresì, molte prescrizioni della carta fondamentale che erano state utilizzate come parametro in sede di impugnazione del decreto legislativo 198/02, in materia di infrastrutture strategiche, e dichiarate fondate dal giudice delle leggi con la sentenza 303/03.

Sulla scorta di queste considerazioni, la dottrina³⁰ ha presagito non soltanto la “vita breve” del decreto in esame, ineluttabilmente destinato alla dichiarazione di illegittimità costituzionale, ma, altresì, la disapplicazione dell’atto stesso da parte degli operatori del diritto conformemente al principio di prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale.

Quest'ultimo rimedio ha acquistato una dimensione ancora più significativa dopo che la corte di giustizia (sent. 9/9/03, c. c – 198/01, *cif*) ha ribadito l'obbligo delle autorità indipendenti nazionali a tutela della concorrenza di disapplicare le norme legislative nazionali che contrastino la realizzazione della concorrenza medesima, irrogando, pertanto, sanzioni agli operatori che per avventura fossero legittimati a pratiche anticoncorrenziali sulla base di tali disposizioni. al riguardo, sarà interessante osservare gli sviluppi che a tale pronunzia intenderà dare l'agcom.

³⁰ Ancora G. De Minico, *Decreto di recepimento del pacchetto direttive Ce in materia di comunicazioni elettroniche: conformità o difformità dal diritto comunitario?*, cit., a pp. 441-442.

Cap.3 La radiotelevisione

1.Premessa

Sebbene la normativa comunitaria incida qui in modo diverso, intervenendo sul piano della disciplina sostanziale di taluni profili e non anche su quelli concernenti gli organi di governo, il discorso sulla radiotelevisione è altrettanto complesso per le specificità connesse al profilo ulteriore dei contenuti, cui si collegano –come è noto- questioni delicate di tutela dei diritti degli utenti, di esercizio di libertà fondamentali e di realizzazione di valori essenziali per la democrazia (quale quello del pluralismo).

Nella prospettiva della riforma costituzionale, appare evidente come le incertezze maggiori si pongano in riferimento a quei profili dell'attività radiotelevisiva che presentano rilevanza nazionale, vuoi per l'ambito di diffusione vuoi per il tipo di interessi coinvolti: si pensi alla disciplina del servizio pubblico, alla tutela della concorrenza e del pluralismo, alla tutela dei minori, alla pianificazione delle frequenze e alla disciplina dei requisiti per il rilascio dei titoli abilitativi, ecc.

Senza alcuna pretesa di esaustività, si prenderanno pertanto in esame quei soli profili della disciplina del sistema radiotelevisivo che appaiono oggi più incisivamente toccati dalla mutamento dei criteri di riparto delle funzioni fra Stato e Regioni.

2. Organi di governo

La disciplina degli organi statali di governo del settore radiotelevisivo è oggetto di potestà legislativa statale esclusiva in virtù dell'art. 117, 2° co., lett. f).

Ciò vale sicuramente per quanto riguarda la Commissione parlamentare per l'indirizzo e la vigilanza e il Ministero delle comunicazioni, le cui competenze

dovranno peraltro essere ripensate in virtù della riforma costituzionale e soprattutto del passaggio della funzione regolamentare alle Regioni nelle materie di competenza concorrente e residuale.

Discorso più complesso è quello concernente l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, con riferimento alla quale si rinvia a quanto detto nel capitolo secondo per i profili strutturali e funzionali.

Nel settore della radiotelevisione, peraltro, alcune considerazioni ulteriori devono essere fatte in ordine al titolo di legittimazione delle competenze dell'Autorità, dal momento che la disciplina comunitaria non si occupa di queste ultime.

Per quanto riguarda il potere regolamentare, il fondamento di questo deve ricercarsi nei titoli di competenza statale esclusiva: in particolare, la tutela della concorrenza, l'ordinamento civile, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Ciò significa che, al di fuori dei settori in cui l'attrazione della disciplina allo Stato sia giustificata dalla presenza di titoli di competenza esclusiva, è destinata a riespandersi la potestà regolamentare regionale.

Per quanto riguarda in particolare la c.d. "materia" relativa ai livelli essenziali, che in quanto trasversale è suscettibile di legittimare disposizioni statali di dettaglio su svariati profili del settore della comunicazione, è pacifico che lo Stato non sia obbligato ad individuare direttamente i livelli delle prestazioni ma possa limitarsi a prevedere procedure per la loro determinazione (soprattutto quando si tratti di individuare *standards* tecnici e requisiti per le prestazioni). La stessa Corte costituzionale ha ribadito più volte la legittimità di disposizioni regolamentari volte a definire *standards* e prescrizioni tecniche in ordine alle regole di tutela minime di diritti fondamentali, in quanto relative a competenza che deve esercitarsi uniformemente su tutto il territorio nazionale e che pertanto trascende la dimensione regionale: ciò, naturalmente, a patto che l'ambito di intervento della fonte regolamentare sia rigorosamente definito dalla legge (v. da ultimo Corte cost. n. 31 del 2001 e n. 282 del 2002). E' vero che, nella nuova architettura dell'art. 117 Cost., tale esigenza di uniformità potrebbe non essere garantita adeguatamente, dal momento che il VI° comma prevede la possibilità di

delegare alle Regioni la potestà regolamentare nelle materie di legislazione statale esclusiva; tuttavia sembra condivisibile la tesi della inapplicabilità dell'art. 117/VI° comma alla determinazione dei livelli essenziali, in quanto competenza non riferibile ad una materia in senso proprio, e dunque della necessità che ad integrare la disposizione legislativa sia un atto obbligatoriamente statale (Giglioni).

Sulla base di quanto detto, le competenze regolamentari attualmente attribuite all'Autorità nel settore radiotelevisivo sembrano trovare pressoché tutte "copertura", in quanto ricollegabili a titoli di competenza esclusiva statale, salvo valutare in alcuni casi l'opportunità di prevedere momenti di raccordo con le Regioni:

- elaborazione e approvazione dei piani nazionali di assegnazione delle frequenze radioelettriche (art. 1, c. 6, lett. a, n. 2, l. 249/97) – v. infra;
- criteri e modalità di rilascio delle concessioni e autorizzazioni nazionali in materia di attività radiotelevisiva e per la determinazione dei relativi canoni e contributi (art. 1, c. 6, lett. c, n.5, l. 249/97 e art. 19 e 22, d.P.R.318/97) – v. infra;
- criteri per il rilascio delle autorizzazioni alla diffusione radiotelevisiva via satellite compresa quella in forma codificata (art. 3, c. 10, l. 249/97) – v. infra;
- posizioni dominanti (art.2, c. 5, l. 249/97) – v. infra;
- determinazione degli standard per i decodificatori in modo da favorire la fruibilità del servizio (art. 1, c. 6, lett. a, n. 4, l. 249/97 e art. 2, c. 2, d.l. 15/99) - art. 117/II comma, lett. m);
- attuazione delle disposizioni di legge in materia di pubblicità sotto qualsiasi forma e di televendite (art.1, c. 6, lett. b, n. 5, l. 249/97) – v. infra;
- disciplina delle modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro (art. 1, c. 11, l. 249/97).
- definizione dei criteri di individuazione dei soggetti tenuti all'iscrizione nel Registro degli operatori di comunicazione (art. 1, c. 6, lett. a, n. 5, l. 249/97); i criteri di tenuta del registro possono invece essere definiti dalle Regioni, in quanto funzione delegabile ai Co.re.com;

- individuazione degli eventi di grande rilevanza sociale da diffondere obbligatoriamente in chiaro - art. 117/II comma, lett. m).

Una questione ulteriore che si pone è se, pur in presenza di interventi statali fondati sulle materie c.d. trasversali (come appunto quella relativa ai livelli essenziali), siano configurabili interventi regionali di tipo accessorio e migliorativo. Si tratta cioè di stabilire se il carattere “esclusivo” della competenza statale debba intendersi come *esaustivo*, tale dunque da non lasciare spazio ad altre forme di regolamentazione, o semplicemente come *uniforme*, volto ad assicurare l’unitaria disciplina di certi settori ma non preclusivo di misure ulteriori che le Regioni volessero adottare per rafforzare la tutela degli interessi coinvolti.

Quella della configurabilità di interventi regionali ulteriori costituisce in realtà una problematica di carattere generale che difficilmente potrebbe risolversi in termini astratti, come mostra di ritenere anche la Corte costituzionale laddove procede caso per caso tenendo conto delle specificità degli interessi coinvolti [v. in particolare Corte cost. n. 307/2003, relativa ai valori limite di esposizione ai campi elettromagnetici]. A questo proposito ci pare che la derogabilità (in senso migliorativo) dei limiti fissati dal legislatore statale, ammissibile in linea generale, debba escludersi quando il limite rappresenti il punto di equilibrio tra esigenze contrapposte, nel qual caso il rafforzamento della tutela di un interesse da parte della singola Regione finirebbe per tradursi in un peggioramento per gli altri: si pensi a misure di incentivo e di agevolazione per le imprese, le quali possono risolversi in meccanismi di distorsione della concorrenza. Nel settore radiotelevisivo, pertanto, è la natura composita della materia (che induce sovente complesse operazioni di bilanciamento fra interessi) ad imporre risposte prevalentemente negative.

Quanto alle funzioni amministrative, si deve ritenere che possano essere attribuite all’Autorità soltanto quelle funzioni che richiedono un esercizio unitario e che siano state attratte allo Stato in virtù del principio di sussidiarietà ascendente di cui all’art. 118 Cost.: ciò richiede una verifica caso per caso, per individuare le funzioni il cui esercizio unitario sia giustificato dal principio di sussidiarietà e quelle il cui esercizio possa invece essere assicurato a livello locale (v. ad esempio la tenuta del Registro degli Operatori).

A questo proposito si deve segnalare, semmai, che un ampliamento del potere regolamentare dell'Autorità, oltre che del potere normativo statale in genere, potrebbe conseguire a quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 303/2003, in ordine alla portata derogatoria del principio di sussidiarietà rispetto ai criteri di riparto delle funzioni normative di cui all'art. 117 [...il principio di legalità, il quale impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge, conduce logicamente ad escludere che le singole Regioni, con discipline differenziate, possano organizzare e regolare funzioni amministrative attratte a livello nazionale e ad affermare che solo la legge statale possa attendere a un compito siffatto”].

Per quanto riguarda invece i Co.re.com, essi possono essere oggetto di disciplina legislativa regionale nel quadro dei principi fondamentali fissati dal legislatore statale, sul modello di quanto sostanzialmente già previsto dalla legge n. 249/97. In linea generale, si dovrebbe escludere che la modifica del Titolo V comporti una riarticolazione automatica delle funzioni spettanti all'Autorità a favore dei Co.re.com (GARDINI); tuttavia, nel quadro di una futura legge quadro, appare opportuna una valorizzazione degli organismi in questione, con particolare riferimento alle funzioni di vigilanza e controllo nonché alle funzioni amministrative relative all'emittenza locale.

3. Pianificazione delle frequenze

La linea guida per orientarsi su questo profilo è ancora quella tracciata dalla giurisprudenza costituzionale. In particolare nella sentenza n. 21/1991 la Corte Costituzionale affermava che la disciplina del piano nazionale di assegnazione delle radiofrequenze è pervasa da una forte caratterizzazione unitaria, connessa all'attuazione del valore costituzionale di una pubblica informazione la più estesa possibile e la più aperta al pluralismo delle fonti nell'intero territorio nazionale, in quanto condizione di effettività dello stesso principio democratico. Tale caratterizzazione unitaria risponde non soltanto all'esigenza che tale valore primario sia attuato secondo criteri uniformi nell'intero territorio nazionale, ma anche a quella che sia assicurato lo sfruttamento ottimale dell'etere, secondo criteri tecnici idonei. Tuttavia, in quell'occasione la Corte affermò che la

valutazione delle caratteristiche del territorio e quindi delle esigenze delle autonomie risultava inadeguata nei confronti delle autonomie speciali, che vantano una competenza esclusiva in materia di governo del territorio e tutela del paesaggio: veniva quindi dichiarata illegittima la disposizione di riferimento (ossia l'art. 3/XIV legge n. 223/90) nella parte in cui non prevedeva l'intesa.

Questa impostazione deve considerarsi tuttora valida anche con riferimento allo schema della competenza concorrente in materia di governo del territorio, di cui sono titolari le Regioni a statuto ordinario (cfr. sent. Corte cost.n.308/2003). Si deve dunque ribadire la necessità di una disciplina nazionale, ma nel senso di unitaria e non di esclusiva, laddove il concetto di unitarietà –diverso da quello di unicità- non esclude l'intervento regionale ma anzi lo ingloba attraverso lo strumento di raccordo dell'intesa.

Per quanto concerne la pianificazione delle frequenze, devono distinguersi un livello nazionale ed uno locale.

Quanto al livello nazionale, motivi di ordine tecnico non sembrano lasciare dubbi in ordine alla necessità di una disciplina uniforme, resa necessaria anche dalle prescrizioni internazionali in materia.

Sia la forma tradizionale di radiotelevisione via etere terrestre, sia le forme relativamente nuove, come la radiotelevisione via satellite e via cavo, richiedono l'utilizzo di *beni*, quali l'etere e lo spazio cosmico, che hanno una loro rilevanza internazionale che a sua volta giustifica l'intervento regolatore dello Stato. La stessa televisione via cavo dal momento che impegna il sottosuolo ha un indubbio rilievo pubblicistico tale da giustificare il coinvolgimento dello Stato e degli enti cui è affidata la gestione del territorio (l.n.249/1997, art.4, co3).

Al fine di evitare interferenze tra radiofrequenze generate da impianti situati in territori di Stati confinanti, in sede internazionale è stato creato un apposito organismo l'UIT (Unione internazionale delle telecomunicazioni) che ripartisce le radiofrequenze tra i vari Stati effettuando una pianificazione planetaria dello spettro radioelettrico in conformità al Regolamento internazionale delle Radiocomunicazioni. Da ciò discende la necessità di assicurare il rispetto di tali indicazioni da parte degli operatori che installino ed esercitino impianti radioelettrici sul territorio nazionale.

Accanto alle ragioni di ordine tecnico, anche motivi di carattere giuridico-internazionale portano a ritenere che competa allo Stato la pianificazione dello spettro radioelettrico a livello nazionale.

Devono essere adottati, alla stregua di quanto prescritto a livello internazionale, due strumenti pianificatori, il Piano nazionale di ripartizione delle radiofrequenze e il Piano nazionale di assegnazione delle radiofrequenze. Il Piano di ripartizione è volto a distribuire le frequenze disponibili tra i vari servizi di telecomunicazione intesi nell'accezione ampia del termine (radiodiffusione, radiotelefonía mobile, radionavigazione, ecc). Il Piano di assegnazione delle frequenze per la radiodiffusione suddivide il territorio nazionale in bacini di utenza, coincidenti con il territorio delle Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano, individua la localizzazione degli impianti e il numero delle reti televisive o radiofoniche. L'assegnazione concreta ad un determinato operatore avviene in un momento successivo con il rilascio del titolo abilitativo.

La disciplina della pianificazione nazionale deve quindi essere attratta nell'ambito della competenza statale esclusiva, essenzialmente in virtù della lett. m) dell'art. 117, co.2.

A livello locale, invece, dovrebbe ammettersi la possibilità per le Regioni di specificare il piano nazionale con piani regionali, volti ad assicurare l'ottimizzazione nella utilizzazione delle risorse.

Alle Regioni deve poi senz'altro riconoscersi la competenza in ordine alla localizzazione dei siti e degli impianti, che si inquadra forse più correttamente nell'ambito della materia di competenza concorrente "governo del territorio", anch'essa da esercitare nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti dallo Stato, oltre che delle norme dettate a tutela delle emissioni elettromagnetiche (sul punto si rinvia al successivo paragrafo sulle misure di sicurezza).

La stessa Corte Costituzionale ha recentemente affermato l'autonoma capacità delle Regioni e degli enti locali di regolare l'uso del proprio territorio circa la localizzazione di impianti, purché criteri localizzativi e standard urbanistici rispettino le esigenze della pianificazione nazionale degli impianti e non siano, nel merito, tali da impedire o ostacolare ingiustificatamente l'insediamento degli stessi (sent.307/2003).

Il richiamo alla competenza regionale in materia di governo del territorio, secondo l'orientamento costituzionale, non può giustificare un intervento legislativo regionale con prescrizioni tali da poter rendere impossibile la realizzazione di una rete completa di infrastrutture di telecomunicazioni, dunque con prescrizioni aventi natura diversa da quella consentita dalla legge quadro sull'elettromagnetismo n.36 del 2001, posto anche l'evidente nesso di strumentalità tra impianti di ripetizione e diritti costituzionali di comunicazione (sent.331/2003).

In questo senso sono da considerare principi quelli indicati dalle leggi n. 249/97 e 5/00 (v. relazione illustrativa a delibera dell'Autorità 15/03, sul piano di assegnazione delle frequenze per la tv digitale). Non può invece considerarsi principio fondamentale la riserva alla stessa Autorità delle relative competenze. Quindi quest'ultima dovrà spogliarsi delle competenze il cui accentramento a livello statale non sia più giustificato dal nuovo riparto delle competenze: ciò vale, in particolare, per la localizzazione dei siti (ma in questa direzione si era già mossa la stessa Autorità nella elaborazione del Piano, prevedendo una sorta di cedevolezza per le proprie disposizioni, dichiarate superabili dalle eventuali diverse indicazioni provenienti dalle Regioni). E nella legislazione precedente alla riforma costituzionale risultava già espressamente riconosciuto un ruolo delle Regioni in tema di localizzazione dei siti e degli impianti di comunicazione.

L'assetto normativo delineato in materia dalla legge n.249/1997, integrata dalla legge n.122/1998, che prevede un potere consultivo delle Regioni nella elaborazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze, è stato successivamente modificato ed integrato con un parziale ampliamento del ruolo delle Regioni. La legge n.36/2001 attribuisce espressamente alla competenza regionale "l'esercizio delle funzioni relative all'individuazione dei siti di trasmissione e degli impianti per telefonia mobile, degli impianti radioelettrici e degli impianti di radiodiffusione", nonché "le modalità per il rilascio delle autorizzazioni agli impianti di cui al presente articolo (...)" (art.8, co.1, lett. a) e c) l. n.36/2001). Il decreto legge n.5/2001, convertito con modificazioni in legge dall'articolo 1 della legge n.66 del 2001, prevede poi alcuni poteri pianificatori di Regioni e Comuni in tema di localizzazione degli impianti di radiodiffusione e di

installazione degli impianti di telefonia mobile, in attesa dell'attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze televisive in tecnica digitale.

Se, dunque, già nella legislazione precedente la riforma costituzionale, risultava un ruolo, se pur limitato, delle Regioni in materia di localizzazione degli impianti, tale ruolo viene oggi valorizzato dalla nuova formulazione dell'art. 117 Cost., che individua una potestà legislativa regionale concorrente anche in ordine al "governo del territorio" e alla "tutela della salute".

Da ciò deriva che non può escludersi una competenza legislativa regionale (per i cui limiti si rinvia anche ai paragrafi successivi) volta a disciplinare quegli aspetti della localizzazione e dell'attribuzione dei siti di trasmissione che esulino da ciò che risponde propriamente a quelle esigenze unitarie alla cui tutela sono preordinate le competenze legislative dello Stato (cfr. sent. Corte cost.n.324/2003).

4 Concessioni.

Il momento successivo al piano di assegnazione delle frequenze è il rilascio dei titoli abilitativi per l'esercizio dell'attività radiotelevisiva, in ordine al quale occorre distinguere due profili: da un lato, l'individuazione dei requisiti, soggettivi ed oggettivi, di cui gli operatori devono essere in possesso; dall'altro il profilo più propriamente amministrativo attinente alla gestione e al rilascio dei titoli.

Per quanto riguarda l'individuazione dei requisiti, si ritiene che a fronte di esigenze unitarie che sottendono all'esercizio dell'attività e al fine di evitare gravi alterazioni della concorrenzialità tra gli operatori, si possa individuare una competenza legislativa esclusiva statale. Al legislatore statale può, infatti, ricondursi l'individuazione del contenuto essenziale del diritto di accedere all'esercizio dell'attività radiotelevisiva e dunque alla diffusione dell'informazione. Il sistema delle comunicazioni di massa viene assoggettato ad una disciplina antitrust speciale, più rigorosa in quanto volta a garantire il pluralismo dell'informazione mediante l'accesso al mercato del maggior numero

possibile di soggetti espressione delle diverse tendenze, che si aggiunge alla disciplina prevista per gli altri settori.

L'individuazione dei requisiti necessari per l'ottenimento dei titoli abilitativi, richiede una disciplina uniforme ed unitaria volta a garantire il pluralismo (esterno), principio cardine del settore.

In ordine al rilascio del titolo abilitativo non vi sono, al contrario, particolari condizioni che consentano di mantenere in capo all'organizzazione amministrativa statale tale funzione, anche alla luce della nuova formulazione dell'art.118 Cost.

Tuttavia, occorre precisare la diversa funzione che il rilascio della concessione esercita nei confronti degli operatori privati, da un lato, e della concessionaria del servizio pubblico, dall'altro. Mentre, infatti, per gli operatori privati con la concessione si attribuisce ai destinatari la disponibilità esclusiva delle frequenze, la concessione rilasciata alla concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo si configura come *“strumento organizzatorio, attraverso il quale si costituiscono in capo al concessionario poteri e doveri da sottoporre a controlli discrezionali ed al coordinamento amministrativo, in vista di finalità di interesse pubblico”* (C.Cost, 112/1993). Laddove le corrispondenti funzioni amministrative siano giudicate di rilievo nazionale, potrebbe assistersi ad una “riappropriazione” di funzioni normative da parte dello Stato.

Sulla base di questa ricostruzione la disciplina in ordine all'individuazione e alla fissazione dei requisiti necessari per il rilascio dei titoli abilitativi viene attratta nella competenza esclusiva statale in virtù dell'art.117, co.2, lett.e), l), m), riconoscendosi una competenza amministrativa regionale, salvo che il riconoscimento di esigenze sussidiarie di ordine nazionale non ne giustifichi il mantenimento in capo allo Stato.

5. Misure di sicurezza. Emissioni elettromagnetiche.

Questo profilo si presta ad essere oggetto di un intreccio di competenze: da un lato si ravvisa una competenza statale esclusiva in virtù dell'art.117, co.2, lett. s), Cost. (tutela dell'ambiente); dall'altro una competenza legislativa concorrente, ai sensi dell'art.117, co.3, Cost. in ordine alla tutela della salute, all'ordinamento della

comunicazione, al governo del territorio, tutti ambiti caratterizzati dal vincolo del rispetto dei soli principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato.

La Corte ha già chiarito che la competenza legislativa esclusiva attribuita allo Stato dall'art. 117, 2 co., lett.s), Cost., in tema di tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali, non esclude qualsiasi competenza delle Regioni a legiferare in vista di finalità di tutela dell'ambiente. La tutela dell'ambiente, più che una materia in senso stretto "rappresenta un compito nell'esercizio del quale lo Stato conserva il potere di dettare gli standard di protezione uniformi validi in tutte le Regioni e non derogabili da queste; ciò non esclude la possibilità che le leggi regionali, emanate nell'esercizio della potestà concorrente o di quella residuale, di cui all'art. 117, 3 e 4 co., possano assumere fra i propri scopi anche finalità di tutela ambientale" (sent. 407/2002, 222/2003).

Il giudice costituzionale, chiamato a stabilire il rapporto esistente tra le disposizioni legislative regionali concernenti la collocazione sul territorio di impianti di telecomunicazione e radiotelevisione e i compiti in materia di protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici e elettromagnetici, spettante allo Stato in forza delle sue competenze in materia di tutela dell'ambiente, ha chiarito che la fissazione dei c.d. valori- soglia rimessa allo Stato dalla legge quadro n. 36/2001 è volta, oltre che alla protezione della salute, anche a consentire la realizzazione degli impianti e delle reti rispondenti a rilevanti interessi nazionali [i principi fondamentali che si ricaverebbero dalla legge n. 36: "l'unità della disciplina giuridica", che impone una disciplina omogenea su tutto il territorio nazionale, e il "valore di emissione" quale criterio di misura unitaria ed uniforme]. La fissazione a livello nazionale dei suddetti valori, non derogabili dalle Regioni nemmeno in senso più restrittivo, rappresenta il punto di equilibrio fra l'esigenza di tutela della salute e dell'ambiente e quella di consentire la realizzazione di impianti di interesse nazionale. Pertanto, la competenza regionale in materia di governo del territorio che la legge quadro riconosce in ordine alla determinazione dei "criteri localizzativi" degli impianti, non può essere tale da trasformarsi in "limitazioni alla localizzazione" potenzialmente idonea a rendere impossibile la localizzazione stessa e, dunque, la

realizzazione di una rete di infrastrutture per le telecomunicazioni (sen.307/2003; 331/2003).

L'esigenza di perseguire un equilibrio fra esigenze plurime, necessariamente correlate le une alle altre, attinenti alla protezione ambientale, alla tutela della salute, al governo del territorio e ai diritti costituzionali in materia di comunicazione, circoscrive notevolmente lo spazio dell'azione regionale. In casi di questo genere, in cui per loro connessione funzionale non sia possibile una netta separazione dell'esercizio delle competenze, l'orientamento costituzionale ribadisce con forza l'operatività del principio di "leale collaborazione".

6 Tutela della concorrenza e pluralismo

La nuova disciplina comunitaria delle comunicazioni elettroniche (v. supra) è caratterizzata da due elementi essenziali: la tutela della concorrenza e la neutralità della disciplina rispetto al tipo di rete.

Alla luce della riforma del Titolo V questo comporterebbe due conseguenze:

1) che in via generale la disciplina di ogni tipologia di rete e di servizio di comunicazione elettronica viene "attratta" dalla disciplina della concorrenza. Il diritto applicabile è quello strettamente necessario a garantire il mercato. La competenza legislativa appartiene allo Stato in virtù dell'art. 117 II, e). Il limite a questa potestà è, in primo luogo, il vincolo comunitario delle direttive di settore, che legittimano un intervento ex ante da parte dell'Autorità nazionale di regolamentazione solo laddove nel mercato di riferimento (come definito dalla Commissione europea) esista una posizione dominante;

2) che, secondo l'impostazione delle direttive, le "risorse scarse", in specie lo spettro elettromagnetico, rientrano nel quadro generale di regolamentazione pro-competitiva. Le direttive fanno salvi i criteri e le procedure adottate dagli Stati membri per la concessione dei "diritti d'uso" (anche in funzione della tutela degli interessi sociali, democratici, linguistici e culturali -considerando 19 della "direttiva quadro"), sempre che questi siano attribuiti mediante procedure pubbliche trasparenti e non discriminatorie [Art. 5 della direttiva "autorizzazioni"..."Fatti salvi criteri e procedure specifici adottati dagli Stati

membri per concedere i diritti d'uso delle frequenze radio ai fornitori di servizi di contenuto radiofonico o televisivo, per il conseguimento di obiettivi d'interesse generale conformemente alla normativa comunitaria, tali diritti d'uso sono concessi mediante procedure pubbliche, trasparenti e non discriminatorie”...]. Su questo specifico aspetto si fa notare, fra le righe, come il disegno di legge in corso di approvazione sulla riforma della disciplina della radiotelevisione (AS 2175), sanando la posizione di alcune emittenti prive di concessione, sia contrario ai principi di non discriminazione e trasparenza che animano le procedure di scelta degli operatori e che sono legate strettamente alla tutela della concorrenza [v. parere dell’Autorità per la concorrenza ed il mercato, AS247, 19 dicembre 2002, “Assetto del sistema radiotelevisivo e della società RAI-Radiotelevisione italiana”, Boll. N. 49/2002)].

Dal punto di vista del riparto delle competenze legislative, il riferimento alla concorrenza comporta una sostanziale attrazione della disciplina allo Stato, in funzione anche del vincolo comunitario che, a sua volta, influisce direttamente sulla discrezionalità del legislatore nelle scelte fondamentali della regolazione del settore.

La tutela del pluralismo esterno, inteso quest’ ultimo come la possibilità di ingresso nel mercato per il maggior numero possibile di operatori (in relazione ai mezzi tecnici), è un’esigenza dettata dalla necessità di soddisfare, attraverso una pluralità di voci concorrenti, il diritto del cittadino all’informazione.

Su questo punto va richiamata la giurisprudenza della Corte costituzionale che, a più riprese, ha stabilito che nel settore dell’emittenza radiotelevisiva via etere “i soggetti portatori di opinioni diverse” debbano trovare modo di esprimersi, “senza il pericolo di essere emarginati a causa dei processi di concentrazione delle risorse tecniche ed economiche nelle mani di uno o di pochi...” (Corte cost. n. 826/88). Il “principio pluralistico” va garantito “contro l’insorgere di posizioni dominanti” che possono compromettere questo valore con la loro semplice esistenza. Tale principio va garantito “in ogni singolo settore” che compone il sistema delle comunicazioni di massa (Corte cost. 420/94). L’ottimizzazione delle economie di scala (“l’opportunità di conseguire una dimensione di impresa ottimale”: sent. 420/94) non è motivo sufficiente per ammettere la prevalenza della libertà di

iniziativa economica (art. 41 Cost.) sulla libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) [in prospettiva dell'attuazione delle direttive e in riferimento alla convergenza multimediale e in una prospettiva de iure condendo, si potrebbe fare riferimento, come parametro per la garanzia del pluralismo, all'audience o alle risorse].

La competenza legislativa a garanzia del pluralismo deve allora attribuirsi allo Stato, se si considera il pluralismo esterno come un valore che a sua volta soddisfa il diritto dei cittadini all'informazione. Il pluralismo verrebbe quindi assorbito nell'art. 117, comma 2, lettera m, cioè come mezzo per la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali.

Resta tuttavia impregiudicata la possibilità che ciascun ente politico possa adottare delle norme che a loro volta, col limite della non turbativa della concorrenza (vincolo comunitario e competenza esclusiva) favoriscano l'effettiva garanzia del pluralismo. Questa possibilità è ricollegabile alla giurisprudenza della Corte costituzionale, che già nella sentenza 348 del 1990 aveva affermato che "l'informazione attuata attraverso i mezzi di comunicazione di massa...è attività che –per il fatto di collegarsi ... all'esercizio di una libertà fondamentale (quale quella di espressione del pensiero) e alla presenza di un valore essenziale per la democrazia (quale quello del pluralismo)" non fosse esattamente una materia alla stregua di quelle previste dal (vecchio) art. 117, ma potesse essere oggetto di disciplina ad ogni livello rappresentativo-istituzionale. Sulla possibilità di prevedere discipline "migliorative" rispetto alle "soglie" stabilite a livello statale, vedi supra.

Dal punto di vista delle competenze amministrative (o para-amministrative), si pone la questione di quali siano i soggetti che debbano "gestire" il rispetto delle regole legate alla garanzia della concorrenza.

Due sono le posizioni emerse. Secondo la prima dovrebbe applicarsi l'art. 118, I comma, Cost. e quindi l'individuazione delle competenze amministrative dovrebbe avvenire secondo sussidiarietà. In questo caso, le attività amministrative, a cominciare dalla tenuta del registro degli operatori di comunicazione potrebbe essere affidata ai Co.re.com.

La seconda è quella che sostiene l'amministrazione "unitaria"³¹. A favore di questo assunto, per cui sarebbe l'AGCom che svolge ogni attività "amministrativa" del settore delle comunicazioni, sta un'interpretazione di sussidiarietà "ascendente" dell'art. 118, co. I Cost.. A questa potrebbe aggiungersi anche l'interpretazione della direttiva quadro sulle comunicazioni elettroniche: la Comunità europea obbligherebbe ad una disciplina unitaria nazionale del controllo sulla concorrenza nelle comunicazioni elettroniche perché prevede una competenza *ad hoc* dell'autorità nazionale di regolamentazione sul mercato di riferimento [in questo senso Pace e Cassese], nonché procedimenti che coinvolgono le altre autorità e la Commissione europea (con potere di veto della Commissione su decisioni delle autorità nazionali - v. art. 7 della "direttiva quadro" 2002/21/Ce).

Rimarrebbe in capo all'Autorità nazionale di regolamentazione, in specie all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il compito di verificare l'applicazione delle regole in funzione del pluralismo e delle regole specifiche relative all'audiovisivo (v. *infra* per le quote di diffusione e di produzione, e per i limiti qualitativi alla pubblicità).

7. Servizio pubblico

7.1 La missione del SPR e la competenza legislativa.

Con riferimento al servizio pubblico radiotelevisivo i nodi da sciogliere, preliminari a qualsiasi sistemazione normativa, possono essere sinteticamente ravvisati nei seguenti: le ragioni della necessità di mantenere un servizio pubblico radiotelevisivo (di seguito SPR); i titoli di competenza legislativa statale; i soggetti titolari della funzione amministrativa di erogazione del servizio, ed in particolare la questione della unicità o meno del soggetto erogatore; la natura statale o meno di tale soggetto; il ruolo delle Regioni della gestione del servizio.

³¹v. S. CASSESE, Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Giappichelli, 2003, 33; nello

Con riferimento alla specifica missione del SPR, indicazioni convergenti sono desumibili:

a) dagli atti comunitari:

Trattato di Amsterdam - fondamentale la considerazione introduttiva che collega direttamente “il sistema di radiodiffusione pubblica... alle esigenze democratiche, sociali e culturali di ogni società, nonché all’esigenza di preservare il pluralismo dei mezzi di comunicazione”. Di qui, come si sa, la competenza dei singoli Stati di definire la missione di servizio pubblico e di provvedere al relativo finanziamento, a condizione che ciò non turbi la realizzazione della concorrenza.

Risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei Governi degli Stati membri del 1999 sulle emissioni di servizio pubblico – Ribadisce l’importanza della radiodiffusione pubblica per la vita sociale, democratica e culturale dell’Unione

Comunicazione della Commissione sui servizi di interesse generale in Europa, del 2000.

b) dalla legislazione statale: v. in part. artt. 1 legge 103/75 e 223/90

c) dalla giurisprudenza costituzionale, che ravvisa la “missione” del SPR nel soddisfacimento del diritto all’informazione, nell’ampliamento della partecipazione dei cittadini, nella diffusione della cultura (sent. 284/02 e 155/02).

Data la giustificazione costituzionale del servizio pubblico radiotelevisivo e la sua connotazione quale strumento di realizzazione di diritti fondamentali (ma v. anche art. 3/II c. Cost.), la necessità di una sua disciplina legislativa uniforme sull’intero territorio nazionale non pare allora in discussione.

Più in particolare, dal momento che il servizio pubblico radiotelevisivo trova la sua prima ragion d’essere nella realizzazione del diritto ad un’informazione pluralistica, ormai ricostruito come diritto sociale fondamentale, la sua disciplina dovrebbe essere attratta nell’ambito della competenza statale esclusiva, essenzialmente in virtù delle lett. *l)* ed *m)* dell’art. 117/II comma.

stesso volume, Pace, A., Considerazioni finali, 173; Cassese, S., *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, Giorn. Dir. Amm., 2002, 6, 689

In base a questa ricostruzione dovrebbe dunque spettare allo Stato, oltre alla individuazione dei principi fondamentali in tema di servizio pubblico, la disciplina esclusiva degli obblighi di programmazione (in quanto funzionali alla tutela del pluralismo e degli utenti: lett. *l*) dell'art. 117/II comma); del regime amministrativo e dei titoli abilitativi (lett. *g*)); del sistema di finanziamento (lett. *e*)).

Un canale ulteriore di “riappropriazione” di funzioni normative da parte dello Stato potrebbe poi essere rappresentato dall'art. 118 Cost., per la disciplina dei profili organizzativi del soggetto erogatore del servizio, laddove le corrispondenti funzioni amministrative siano giudicate di rilievo nazionale. A questo fine deve essere preliminarmente risolta la questione della necessità o meno che il soggetto in questione sia unitario e che abbia natura pubblica: caratteristiche entrambe non necessitate dal fatto che la disciplina legislativa del servizio debba essere unitaria.

7.2 Natura unitaria del soggetto erogatore del servizio

La necessità della natura unitaria del soggetto erogatore dovrebbe discendere da alcuni principi costituzionali, quali elaborati dalla Corte negli anni, sui quali la riforma del Titolo V non ha certamente inciso:

- il principio di unitarietà del servizio pubblico radiotelevisivo (recepito anche dal contratto di servizio, che definisce la missione di servizio pubblico come “un insieme organico e indivisibile di compiti ed obblighi”);
- la specifica missione, consistente nel garantire la realizzazione del diritto all'informazione e la diffusione della cultura.

La specificità di questo tipo di servizio è data dunque dalla presenza di contenuti. Le istanze collegate all'identità culturale e ai valori democratici e sociali rappresentano nel loro insieme un filo conduttore che pervade un progetto complessivo, che non pare frazionabile assegnando a ciascun soggetto l'obbligo di trasmettere tot programmi di un certo tipo. Si tratta cioè di una funzione complessa che non si limita alla messa a disposizione del pubblico delle informazioni circolanti ma richiede un progetto complessivo e articolato, in cui

tutto si tiene, e non certo una sommatoria di prestazioni materiali come quelle relative al servizio universale, e che infatti si prestano ad essere frazionate tra i vari operatori proprio perché prescindono dai contenuti.

L'unicità del soggetto erogatore pare dunque imposta dai principi costituzionali, per assicurare una realizzazione effettiva ed efficace dei precetti in materia di pluralismo. Tale unicità si giustifica, peraltro, in presenza di un contestuale “dimagrimento” del servizio pubblico, limitato alle prestazioni effettivamente funzionali alla realizzazione del pluralismo. In questo senso, nulla esclude che le Regioni possano intervenire con previsioni aggiuntive e organizzando altre attività di SPR (v. infra).

7.3 Natura pubblica del soggetto erogatore del servizio.

Strettamente legata è la questione della natura pubblica o meno della società concessionaria del servizio pubblico. Precise indicazioni provengono anche in questo caso dalla recente giurisprudenza costituzionale.

Nella sentenza n. 284/02 la Corte ha affermato che il venir meno del monopolio statale delle emissioni televisive non ha fatto venir meno l'esistenza e la giustificazione costituzionale dello specifico SPR “esercitato da un apposito concessionario rientrante, per struttura e modo di formazione degli organi di indirizzo e di gestione nella sfera pubblica”.

Non solo, ma nella stessa sentenza si afferma che tale SPR “si giustifica però solo in quanto chi esercita tale servizio sia tenuto ad operare non come uno qualsiasi dei soggetti del limitato pluralismo di emittenti, nel rispetto da tutti dovuto dei principi generali del sistema, bensì svolgendo una funzione specifica per il miglior soddisfacimento del diritto dei cittadini all'informazione e per la diffusione della cultura, col fine di ampliare la partecipazione dei cittadini e di concorrere allo sviluppo sociale e culturale del Paese”.

Come si vede la Corte sembra tornare a sottolineare il valore non soltanto oggettivo ma anche soggettivo del servizio pubblico; e così facendo sembra riprendere il filo con una lontana sentenza, la n. 58/65 che aveva affermato la necessità che la RAI rimanesse una società a prevalente partecipazione statale, e

circoscrivere invece la portata della sentenza n. 7/95 che, pronunciandosi sull'ammissibilità del referendum, era parsa indifferente sulla natura pubblica o privata del capitale azionario della RAI (Zaccaria).

Altra cosa è la scelta tra i vari modelli possibili di "privatizzazione" della RAI, scelta che rimane nella discrezionalità del legislatore ma che dovrà comunque compiersi nel rispetto dei vincoli costituzionali richiamati dalla Corte.

Sulla base di quanto detto, anche la disciplina dei profili organizzativi (struttura e organi) e dei compiti del servizio pubblico radiotelevisivo spetterà allora allo Stato, in virtù dell'art. 117/II comma, lett. *g*) ed *m*).

7.4. Regioni e servizio pubblico radiotelevisivo

Accanto, ovviamente, alla disciplina dell'emittenza privata locale, quale ruolo possono avere le Regioni nella realizzazione del SPR?

Aver riconosciuto la funzionalità del SPR al soddisfacimento di diritti fondamentali, e dunque l'operatività di titoli di competenza esclusiva trasversale (come quella relativa ai livelli essenziali) è sufficiente per escludere *tout court* le Regioni?

Potrebbero queste prevedere e disciplinare un SPR regionale?

Il fatto che il settore radiotelevisivo sia ora di competenza concorrente comporta che, al di fuori dei profili attratti allo Stato per la necessità una disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale, debba riespandersi la competenza regionale. Si tratta semmai di vedere in che modo. Ma anche per quanto riguarda i profili attratti allo Stato in virtù delle competenze esclusive trasversali non può prescindere da un ruolo attivo delle Regioni, sulla base di quanto ricordato poco fa in ordine alla perdurante necessità della concorrenza di Stato e Regioni nella realizzazione del valore dell'informazione. E qui torna il riferimento agli strumenti di raccordo.

Sotto questo profilo, lo strumento che sembra offrire le maggiori potenzialità, e che peraltro ha già dato buona prova di sé, pare essere il CONTRATTO DI SERVIZIO. Ciò emerge indirettamente anche dalla sentenza 284/02 della Corte, ove si

ricordano la concessione e il contratto di servizio quali strumenti attraverso i quali specificare in positivo gli obblighi di servizio pubblico.

In questo senso, il contratto di servizio può contenere le previsioni necessarie per consentire la declinazione territoriale degli obblighi; e non c'è dubbio che il contenuto del contratto di servizio debba essere, a maggior ragione oggi, concordato con le Regioni, in sede di Conferenza Stato-Regioni-Province autonome (figura questa che, decollata a fatica, potrebbe assumere un ruolo assai significativo nella fase di attuazione della riforma costituzionale): ne è la prova il nuovo contratto di servizio approvato il 23 gennaio 2003, in cui è evidente la valorizzazione dell'ambito regionale e locale. Così ad esempio:

l'obbligo di salvaguardare l'identità nazionale ed anche locale;

l'obbligo di promuovere le capacità produttive, creative e culturali nazionali ma anche regionali e locali;

l'obbligo di valorizzare l'informazione regionale;

l'obbligo di realizzare forme di programmazione per l'estero che consentano di diffondere la cultura italiana, anche di carattere regionale;

ecc.

Ma questo tipo di intervento concerne ancora una considerazione per così dire unitaria dell'istanza territoriale, nel senso che le disposizioni inserite nel contratto di servizio hanno portata generale. Una specificazione degli obblighi generali potrebbe essere realizzata attraverso la previsione di CONTRATTI DI SERVIZIO REGIONALI, nei quali individuare obblighi puntuali (anche ulteriori) relativi alla specifica realtà territoriale. Un modello simile è del resto già applicato nel settore dei trasporti, ed è il caso di Trenitalia.

La previsione di contratti di servizio regionali (incomprensibilmente scomparsi dall'ultima versione del d.d.l. governativo di riforma del settore radiotelevisivo) potrebbe rappresentare la soluzione più coerente con lo schema della competenza concorrente in una materia in cui il livello nazionale e quello regionale e locale sono tanto intensamente intrecciati. Ci pare cioè che dovrebbero evitarsi le degenerazioni delle soluzioni estreme: da un lato la frammentazione degli obblighi di servizio pubblico in capo a tanti organismi regionali (sulla falsariga del modello relativo al servizio universale di telecomunicazioni), in questo caso

resa impraticabile dalla necessaria unitarietà che connota il progetto culturale legato all'identità nazionale; dall'altro la realizzazione di una sorta di doppio binario con la possibilità per le Regioni di dare vita a SPR regionali, soluzione questa che lascerebbe la realizzazione delle istanze locali al grado di sviluppo, soprattutto economico, delle singole realtà e dunque con il rischio di profonde differenziazioni. Entrambe queste soluzioni si muovono sul terreno della separazione.

La soluzione dei contratti di servizio regionali, e dunque di un SPR costruito come una dorsale da cui si diramano molteplici collegamenti, si pone piuttosto in termini di raccordo e di integrazione, certamente più in linea con il concetto di concorrenza di cui all'art. 117 nel significato che si è poc'anzi ricordato.

8 Pubblicità

La pubblicità rappresenta un servizio di comunicazione trasmesso a pagamento o dietro altro compenso per la promozione di un'attività economica: essa costituisce, ad oggi, il principale mezzo di finanziamento dell'attività radiotelevisiva.

Per questa sua incidenza sul mercato radiotelevisivo, secondo interpretazione costituzionale, la legge deve stabilire delle "quote massime" di finanziamento dalla pubblicità per l'emittenza televisiva (o in senso più ampio, la legge deve stabilire limiti alla raccolta di risorse economiche). Questi limiti si collegano all'effettiva garanzia del principio pluralistico e servono ad evitare che le risorse del sistema delle comunicazioni di massa siano concentrate dalle imprese radiotelevisive, a scapito delle imprese editoriali e della sopravvivenza di più voci alternative sul mercato della comunicazione (v. Corte cost. sent. 231/1985).

La definizione della competenza legislativa alla luce del nuovo Titolo V passa dunque, in questo caso, dal riconoscimento di questa disciplina anticoncentrazione come mezzo per la garanzia non tanto della concorrenza quanto del pluralismo, e quindi della definizione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali da garantirsi sul territorio statale.

Al fine di garantire l'utente, la pubblicità viene inoltre sottoposta a limitazioni di ordine qualitativo e quantitativo.

I limiti qualitativi incidono direttamente sui contenuti del messaggio pubblicitario. I limiti quantitativi incidono sulla frequenza e sulla durata dei messaggi pubblicitari (indici di affollamento) e, indirettamente, sull'entità stessa della raccolta pubblicitaria, stabilita tuttavia nella sua quota massima dalla normativa generale a tutela del pluralismo.

La disciplina della pubblicità è fortemente condizionata dalla legislazione comunitaria. In particolare, la direttiva comunitaria 89/552 (cosiddetta "televisione senza frontiere") impone agli Stati membri una serie di obblighi che i soggetti che trasmettono programmi televisivi devono rispettare: obblighi che attengono al contenuto, all'oggetto e alla durata della pubblicità e delle televendite.

In particolare, per quanto concerne i limiti qualitativi della pubblicità, ricordato che la Corte costituzionale ha legato la materia al profilo della tutela dell'utente, si dovrebbe ravvisare una competenza esclusiva statale in virtù dell'art.117, co.2, lett. m) nonché della lett. e) (la disciplina comunitaria di armonizzazione comporta anche un necessario riferimento alla tutela della concorrenza).

9 Emissione locale

Per quello che riguarda l'emissione locale è stato risolto negativamente il problema relativo alla competenza delle Regioni a legiferare sulla concorrenza nelle comunicazioni, nonché sul pluralismo esterno, se non in via "migliorativa" rispetto alla disciplina statale.

Come già accennato nel paragrafo ad esse dedicato, le concessioni per l'utilizzazione di una frequenza o i titoli abilitativi per l'esercizio di un'impresa di telecomunicazioni sono attività amministrative che rientrano nelle competenze indicate nell'art. 118 Cost. Questo significa applicazione dei principi di

sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza e quindi simmetria tra l'attività amministrativa e la dimensione degli interessi coinvolti.

Possono essere immaginate forme di incentivo per le emittenti locali (sulla falsariga degli obblighi dell'art. 9 della legge n. 223/1990 -obblighi delle amministrazioni statali di destinare una percentuale della loro spesa in pubblicità alle emittenti locali), alla luce dell'interpretazione della Corte costituzionale della sent. n.348 del 1990.

10. Norme in materia di programmazione: tutela dei minori e degli utenti

L'attribuzione di un titolo abilitativo per lo svolgimento dell'attività radiotelevisiva comporta comunemente l'imposizione di obblighi per lo svolgimento dell'attività stessa.

Gli obblighi cui sono tradizionalmente sottoposti gli operatori radiotelevisivi riguardano, fra gli altri, la programmazione e rispondono ad esigenze di garanzia dell'interesse generale e/o di categorie di utenti "deboli", del pluralismo, di diritti soggettivi. Alcuni casi:

-interesse generale o di categorie di utenti: comunicati degli organi pubblici, tutela dei minori. Lo Stato stabilisce principi generali. Da tenere presente che per la tutela dei minori, ad esempio, la direttiva 89/552/Cee, "televisioni senza frontiere" già stabilisce alcuni principi che vincolano gli stati. Esistono, inoltre, obblighi comunitari di programmazione di opere europee (v. oltre), nonché di determinazione degli eventi di particolare rilevanza per la società. In quest'ultimo caso, ammessa la posizione favorevole ad un'Autorità nazionale, rimarrebbe la competenza dell'AGCom di dare applicazione all'obbligo comunitario.

-diritti soggettivi: es. diritto di rettifica. Rientra nell'ordinamento civile quale diritto soggettivo, quindi nella competenza esclusiva statale. Da notare che esiste inoltre un obbligo comunitario a proposito (direttiva 89/552/CEE, art. 23).

11 Tutela del prodotto audiovisivo europeo

Il tema della tutela del prodotto audiovisivo europeo è uno degli elementi essenziali della politica e della normativa comunitaria in tema di audiovisivo e quindi, in questo contesto, appare legato al principio dell'art. 117, I comma, laddove la Costituzione richiama il vincolo comunitario come limite (fra gli altri) della potestà legislativa statale e regionale.

La disciplina della direttiva 89/552/CEE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive stabilisce, negli articoli 4 e 5 che gli Stati membri vigilano, ogni qualvolta sia possibile e ricorrendo ai mezzi appropriati, che le emittenti televisive riservino ad opere europee la maggior parte del loro tempo di trasmissione, escluso il tempo dedicato a notiziari, manifestazioni sportive, giochi televisivi, pubblicità, servizi di teletext e televendite.

Allo stesso modo gli Stati membri devono vigilare, ogniqualvolta sia possibile e ricorrendo ai mezzi appropriati, che le emittenti televisive riservino alle opere europee realizzate da produttori indipendenti dalle emittenti stesse il 10% almeno del loro tempo di trasmissione - escluso il tempo dedicato a notiziari, manifestazioni sportive, giochi televisivi, pubblicità, servizi di teletext e televendite - oppure, a scelta dello Stato membro, il 10% almeno del loro bilancio destinato alla programmazione.

All'articolo 7 la Direttiva stabilisce, inoltre che gli Stati membri facciano "...sì che le emittenti televisive soggette alla loro giurisdizione non trasmettano opere cinematografiche al di fuori dei periodi concordati con i titolari dei diritti...".

Queste norme non si applicano alle emittenti televisive che si rivolgono ad un pubblico locale e che non fanno parte di una rete nazionale. Si ritiene che questi obblighi comunitari debbano essere attuati mediante una disciplina unitaria e statale per le caratteristiche dell'oggetto regolato. In questo caso la normativa comunitaria inciderebbe soltanto sulle emittenti nazionali oltre a coinvolgere profili di tutela della concorrenza sia a livello nazionale che comunitario.

Resta impregiudicata, anche in questo caso, la possibilità di una disciplina regionale ispirata alla stessa ratio di tutela del prodotto audiovisivo di produzione nazionale o europea.

Cap.4 Editoria e stampa

1 Premessa

Secondo l'impostazione che appare oramai prevalere tra i commentatori della riforma, il settore "Editoria e stampa" può reputarsi riconducibile, così come precedentemente evidenziato, a pieno titolo alla "materia" *ordinamento della comunicazione*. Per quanto il riferimento per la definizione dei confini della materia andrebbe ricercato per altri nell'art.32 bis del Dlgs. n. 300 del 1999 (che nell'articolare le competenze del Ministero per le Comunicazioni, tiene ferme le competenze su "stampa ed editoria" del Dipartimento per lo spettacolo e l'editoria della Presidenza del Consiglio), sembra corretto individuare nel "campo visuale" dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni i confini della materia. "Materia" che quindi risulterebbe composta, oltre che dai settori "convergenti" della radiotelevisione e delle telecomunicazioni, da quello dell'informazione a mezzo stampa.

Quest'ultimo settore risulta, però, insuscettibile di un'analisi semplificata, date le numerose intersezioni con altre materie e funzioni, nonché data la particolare rilevanza che in quest'ambito acquista la disciplina costituzionale contenuta nell'articolo 21 della nostra Carta fondamentale.

Dall'analisi dei settori già oggetto di regolazione, tradizionalmente riconducibili (e ricondotti) nell'alveo delle discipline dell'editoria e della stampa tale complessità viene, peraltro, agevolmente in evidenza.

2 La disciplina della professione giornalistica

Così è per il primo ambito materiale con il quale ci confrontiamo attraverso l'analisi dei settori normati: quello della regolazione della professione

giornalistica. Tale disciplina, il *corpus* fondamentale della quale è costituito dalla legge n. 69 del 1963, incrocia infatti, come risulta chiaro già in prima battuta, due campi materiali di legislazione, entrambi ricadenti nella competenza concorrente di Stato e Regioni: *ordinamento della comunicazione e professioni*.

E' a quest'ultima materia che, correttamente, sembrano doversi ricondurre, in particolare, le problematiche attinenti alla regolazione dell'ordine professionale, alle sue funzioni di selezione e di gestione degli iscritti. Dalla diversa collocazione derivano, peraltro, problematiche non minori, posto che le professioni liberali difficilmente ammettono differenziazioni regionali nella loro regolazione, almeno in quanto queste si traducano in limiti alla circolazione di beni e servizi oltre che di prestazioni lavorative, sul territorio nazionale.

Da questo sembra potersi trarre la conseguenza che la differenziazione regionale non possa comportare una diversa disciplina dell'*accesso* all'attività giornalistica "come professione": questo non tanto alla luce della riserva allo Stato operata dall'art.33, co.5 della Costituzione, né della competenza statale sulla tutela della concorrenza, quanto per il divieto di qualsiasi limitazione del diritto al lavoro e della circolazione di beni e servizi (art.120, co.1, principio peraltro già previgente in virtù della disciplina comunitaria).

Appare potersi ricavare da questo l'affermazione della "resistenza" (intesa non come continuità, ma come *non cedevolezza*) non solo dei principi, ma della complessiva regolazione statale sulla materia dell'accesso alla professione giornalistica (e relativa iscrizione all'albo nazionale): così, in particolare, il Titolo II, capo I della L.3 febbraio 1963, n. 69 (e la parte corrispondente del DPR n. 115 del 1969).

L'indifferenziabilità della disciplina ne comporta l'inevitabile sottrazione allo spazio regolativo regionale, senza che peraltro se ne debba trarre la conclusione di una diversa collocazione del fenomeno (quanto a "materia" di riferimento): pur restando la collocazione della professione giornalistica all'intersezione tra ordinamento della comunicazione e professioni (entrambe materie concorrenti), la possibilità che la regolazione statale si estenda al di là dei soli principi discenderà in questo caso per via interpretativa, dalla rilettura dei *nomina* dell'art.117 alla luce del complessivo statuto costituzionale del fenomeno da regolare.

E' attraverso questo percorso che si può giungere a giustificare l'espansione della competenza statale in ordine all'accesso alla professione giornalistica come ad ogni altra "professione liberale": questo perché sia la collocazione, che la *ratio*, che il dato testuale sembrano imporre una disciplina uniforme della materia. Tale conclusione trova peraltro ulteriori, forti, argomenti a favore dalla lettura combinata degli artt.3, 4, 35 c.1 e 41 Cost., come d'altra parte evidenziato da autorevole dottrina.

LA PROBLEMATICHE IN ESAME RISULTA, CON CIÒ DETTO, RICONDUCIBILE *IN PRIMIS* ALLA MATERIA "PROFESSIONI": PUÒ COMUNQUE AFFERMARSI CHE LE PROSPETTIVE DI DIFFERENZIAZIONE REGIONALE APPAIONO, AD UNA PRIMA ANALISI, POTERSI RICONDURRE ESSENZIALMENTE ALLA DISCIPLINA DELLA PROFESSIONE GIORNALISTICA LADDOVE QUESTA SI RICOLLEGHI DIRETTAMENTE ALL'ORGANIZZAZIONE PUBBLICA O SIA SVOLTA FUNZIONALMENTE PER UN ENTE PUBBLICO DI LIVELLO REGIONALE E SUBREGIONALE. DAL CHE DISCENDE CHE LE REGIONI POTRANNO, IN PARTICOLARE, DISCIPLINARE I PROFILI PUBBLICISTICI (ATTINENTI ALL'ESERCIZIO DELLA FUNZIONE: INCOMPATIBILITÀ, CODICE DI COMPORTAMENTO, DISCIPLINA DELLE MANSIONI) DEL RAPPORTO CON I GIORNALISTI OPERANTI AL SERVIZIO OD ALLE DIPENDENZE DI QUESTI ENTI (COSÌ, IN PARTICOLARE, PER GLI *UFFICI STAMPA*, PER I QUALI L'ART. 9, LEGGE N. 150/00 IMPONE CHE SIANO "COSTITUITI DA PERSONALE ISCRITTO ALL'ALBO NAZIONALE DEI GIORNALISTI").

Margini per l'esercizio di autonomia possono poi riconoscersi in merito alla disciplina dei Consigli dell'ordine (regionali o provinciali), all'organizzazione di questi (composizione, elezioni), e quindi alla disciplina delle funzioni (modalità di tenuta dell'albo regionale, disciplina degli iscritti), sempre nel rispetto dei principi fissati dallo Stato. Vero è, peraltro, che l'applicazione del principio di continuità sembra poter legittimare non solo la disciplina di dettaglio statale previgente (che diviene cedevole), ma anche quella *successiva*: la qual cosa è peraltro destinata a cessare (come competenza) e cedere (come disciplina) nel momento in cui le Regioni inizieranno a disciplinare la materia.

3 La disciplina della stampa e differenziazione regionale

Più direttamente rientrando nell'ambito dell'ordinamento della comunicazione appare altresì la disciplina della stampa, intesa da un lato come definizione dei limiti alla libertà di informazione e del contenuto del diritto di informazione, dall'altra come disciplina delle imprese editoriali. affermazione, questa, che merita di essere peraltro più attentamente articolata, dal momento che potrebbe suggerire una (non sempre ammissibile) possibilità di differenziazione regionale in ordine al godimento di un diritto costituzionale fondamentale, quale quello sancito dall'art.21 cost.

Ammettere una riconducibilità, in astratto, della stampa nell'ordinamento della comunicazione non significa, però, riconoscere necessariamente rilevanti spazi di differenziazione, posto che per giungere ad una simile conclusione è necessario prima verificare, in concreto, gli spazi che l'ordinamento consente in ordine alla definizione dei limiti ad una libertà costituzionale oggetto di una disciplina articolata quale è quella prevista dall'art.21. ci riferiamo, in questo caso, all'esercizio della *libertà* di informazione, come tale non esercitabile unicamente dagli iscritti ad ordini professionali, che possiamo ritenere ricadente pienamente nell'*ordinamento della comunicazione*.

Il fatto che un fenomeno ricada entro una materia di competenza (esclusiva o, come nel caso in esame) concorrente regionale, non significa che il fenomeno risulti in concreto suscettibile di differenziazione: operano, nel sistema, meccanismi di uniformità che non incidono unicamente a livello di predeterminazione costituzionale delle materie come differenziabili o meno, ma anche, entro le materie astrattamente differenziabili, attraverso vincoli, limiti, condizionamenti che rendono questa differenziazione in concreto non praticabile, o praticabile solo entro spazi ridotti.

Così è per la disciplina della libertà di stampa, dove risultano particolarmente contenuti i margini di differenziazione su base territoriale. e', infatti, la stessa costituzione a *predefinire i limiti* all'esercizio della libertà di informazione, i quali risultano disponibili al solo legislatore nazionale, come emerge dal dettato dell'art.21. sia la riserva di giurisdizione (che esclude ogni possibile

differenziazione amministrativa), che, soprattutto, l'espressa previsione dei soli possibili limiti alla libertà di stampa (*delitti*, c.3, *buon costume*, c.6), i quali ricadono entro materie di competenza esclusiva statale (essenzialmente riconducibili all'ordinamento penale, vista l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sui limiti posti a tutela dell'ordine pubblico) ci portano ad escludere la possibile definizione di limiti all'attività di informazione come libertà fissati con legge regionale.

Da questo sembra potersi ricavare, in particolare, la "copertura" (come indifferenziabilità/non cedevolezza) delle disposizioni del titolo ii, capo iii della legge n. 69 del 1963, alle leggi n. 47 del 1948 e n. 127 del 1958, oltre che, evidentemente, degli artt.57 ss. del codice penale.

Ma il ruolo uniformante dello stato non emerge solo con riferimento alle limitazioni all'esercizio della libertà sancita dall'art.21: in presenza di diritti civili al legislatore statale può, infatti, ricondursi l'individuazione, in positivo del loro "*contenuto essenziale*" da intendersi, in questo caso, sia con riferimento al diritto di informazione, che si traduce nella possibilità di *accedere* a canali di diffusione dell'informazione, sia con riferimento al diritto "di essere informati", che si traduce nel *pluralismo*, oltre che nella qualità (come integrità, obiettività, utilità) dell'informazione stessa.

Questa funzione uniformante dello stato (forse il più importante dei meccanismi di uniformità su cui si fonda il nuovo ordine delinato dalla riforma del titolo v) non sembra però in grado di incidere laddove la fruizione dei diritti non discenda da prestazioni rese da soggetti pubblici. il diritto ad essere informati può trovare tutela (ed uniformità) attraverso la leva dei livelli essenziali in quanto i diversi apparati pubblici siano chiamati a svolgere un ruolo attivo, cosicché questa acquista i caratteri di una libertà positiva, se non di un vero e proprio diritto sociale.

Questo, nel campo della stampa, appare però solo limitatamente sostenibile, eccezion fatta per le attività di informazione a mezzo stampa rese da soggetti pubblici nell'ambito delle loro attività di informazione e comunicazione (su cui, di nuovo, il riferimento è dato anzitutto dalla legge n.150 del 2000) e, forse, per le

attività di informazione svolte da testate destinatarie di forme di sostegno pubblico diretto.

Senza che ne derivi la riproduzione di un'uniformità di ordine generale, il rilievo delle previsioni dell'art.21 (dal quale emerge, però, anche un vincolo al legislatore regionale, ora tenuto, per la definizione degli obblighi di trasparenza delle imprese editoriali, ad adottare, al pari del legislatore statale, norme "generali", uniformi entro il territorio regionale), unitamente alla competenza trasversale statale sulla determinazione dei livelli essenziali (sempre che, peraltro, il diritto trovi soddisfazione in *prestazioni*), circoscrive in modo significativo gli spazi della differenziazione autonoma.

4. La disciplina delle imprese editoriali

Gli spazi di differenziazione, sin qui angusti, sembrano riaprirsi con riferimento alla disciplina delle *imprese editoriali*.

trovandoci in presenza di un settore nel quale l'intervento pubblico è stato tradizionalmente "a scarsa copertura amministrativa", e si è tradotto essenzialmente in forme di sostegno economico, prima diretto (in particolare attraverso l'ENCC, prima della sua messa in liquidazione con la l. n. 505 del 1994) ed ora, prevalentemente, indiretto (attraverso una serie di previsioni, che vanno dalle riduzioni tariffarie ed in particolare postali [spec. leggi n. 416 del 1981; n. 549 del 1995; n. 662 del 1996], alle agevolazioni fiscali [aliquota iva agevolata, ai sensi della legge n. 549 del 1995], al finanziamento agevolato [legge n. 416 del 1981; l. n. 67 del 1987], alcune delle questioni più rilevanti che caratterizzano altri settori dell'ordinamento della comunicazione, quali la problematica persistenza di un servizio pubblico nazionale, del recupero di competenze normative "per la via amministrativa", attraverso quel "nuovo parallelismo" (che muove dall'amministrazione alla legislazione, anziché il contrario, su cui si veda da ultimo la fondamentale sentenza n. 303 del 2003 della corte) qui si stemperano.

la funzione amministrativa, nel settore della stampa, finisce infatti per esaurirsi essenzialmente nell'attività del dipartimento per l'informazione e l'editoria presso la presidenza del consiglio dei ministri, salvo, evidentemente, le funzioni

riconducibili alla tutela della concorrenza, ripartite tra autorità per le comunicazioni ed autorità antitrust.

per quanto attiene, in particolare, alle funzioni amministrative di sostegno all'editoria, applicando alle mutate competenze costituzionali il ragionamento seguito dalla consulta a partire dalla sentenza 348 del 1990, potrebbe giungersi a ritenere *comunque* ammissibile un intervento pubblico di sostegno economico nel settore, in quanto la stessa informazione esprime «al di là delle singole sfere di attribuzioni [dello stato e delle regioni] una condizione preliminare per l'attuazione ad ogni livello, centrale o locale, della forma propria dello stato democratico»: da questo discendeva, per la corte, l'ammissibilità di un intervento regionale, dal momento che l'informazione si configurava come un *presupposto* del "carattere democratico della repubblica" e, come tale, finiva per esulare dallo stesso elenco dell'(ex) art.117. ad ammettere questa chiave interpretativa anche nel riformato quadro costituzionale, la disciplina dei mezzi di comunicazione di massa potrebbe, allora, vedere coinvolti, dal punto di vista legislativo ed amministrativo, anche soggetti pubblici che, a stretta interpretazione, non sembrerebbero disporre di specifiche competenze in materia).

Più corretto però, nel nuovo sistema costituzionale, sembra percorrere la strada da ultimo indicata dalla corte costituzionale (nella recente sentenza n.303 del 2003), e già suggerita da una parte della dottrina: se la separazione delle competenze legislative sembra suscettibile di delineare un assetto rigido, nel quale può divenire impossibile per lo stato lo svolgimento di una funzione normativa unitaria, tale rigidità si stempera nella dimensione amministrativa, laddove il principio di sussidiarietà ripropone, sotto nuove vesti, quel variabile livello degli interessi che pure sembrava espunto dal testo costituzionale.

all'esercizio della funzione amministrativa, che appare imputabile allo stato (nelle materie di legislazione concorrente) nell'ambito di un'intesa con le regioni (per quanto nella citata sentenza si parli di una intesa "con la regione interessata"), si ricollega, in applicazione del principio di legalità (se non della previsione della lett. g) del secondo comma dell'art.117) il riconoscimento allo stato di competenze legislative in materia. questo può dunque valere per quanto attiene ad alcune funzioni di sostegno economico diretto del settore della carta stampata, per

quanto non possa escludersi una qualche incidenza del legislatore statale anche attraverso la possibilità di definire il livello essenziale dell'informazione (politica, ad alto valore culturale, riconducibile a minoranze linguistiche) che, attualmente destinataria di forme di sostegno diretto (il quadro normativo al riguardo si riferisce, in particolare, alle imprese editrici di particolare valore (l. n. 67 del 1987 e l. n. 250 del 1990), alla stampa italiana all'estero (l. n. 172 del 1975; l. n. 416 del 1981; l. n. 67 del 1987) ed ai quotidiani "organi di forze politiche" (l. n. 250 del 1990; l. n. 650 del 1996; l. n. 224 del 1998), deve comunque essere garantita sul territorio nazionale, anche attraverso politiche ed interventi pubblici.

Per quanto concerne le forme di sostegno indiretto, altresì, sembra potersi ritenere che residui allo Stato la possibilità di disciplinarle non tanto attraverso principi fondamentali, ma piuttosto attraverso gli strumenti di controllo della leva fiscale che ancora resistono in capo al legislatore nazionale: in particolare, ed evidentemente, attraverso la possibilità di disciplinare la materia in quanto si tratti di tributi propri dello stato (ai sensi dell'art.117, co.2, lett. e).