

Decreto di recepimento del pacchetto direttive CE in materia di comunicazioni elettroniche: conformità o difformità dal diritto comunitario?

di Giovanna De Minico

(di prossima pubblicazione in "Politica del diritto")

SOMMARIO: 1. Premesse: il terreno comune tra il decreto di recepimento del pacchetto Direttive CE in materia di comunicazioni e il disegno di legge "Gasparri". - 2. Analisi del profilo sostanziale del vincolo comunitario. - 3. Il recepimento del decreto legislativo: conformità o difformità dal diritto comunitario? - 4. Quali rimedi?

1. PREMESSE: IL TERRENO COMUNE TRA IL DECRETO DI RECEPIMENTO DEL PACCHETTO DIRETTIVE CE IN MATERIA DI COMUNICAZIONI E IL DISEGNO DI LEGGE "GASPARRI".

Sono in atto due vicende, apparentemente distinte: è in corso di definizione il decreto legislativo n. 240¹ di recepimento del pacchetto di Direttive in materia di comunicazione elettronica² e parallelamente continua l'esame del disegno di legge "Gasparri"³ di riassetto del sistema radiotelevisivo.

¹Allo momento in cui si scrive (28 AGOSTO 2003) l'iter dello schema di decreto legislativo, su legge delega 166/02 (art. 41) - Atto del Governo n. 240, sottoposto a parere parlamentare, recante "recepimento delle Direttive 2002/19/CE (Diritto di accesso), 2002/20/CE (Direttiva autorizzazioni), 2002/21/CE (Direttiva quadro) e 2002/22/CE (Direttiva servizio universale) recante il 'Codice delle comunicazioni elettroniche' per quanto concerne le reti e i servizi di comunicazione elettronica" - ha superato l'esame delle commissioni parlamentari, che hanno espresso pareri con osservazioni solo in minima parte recepiti dal Governo nella deliberazione adottata il 31 luglio 2003; si è dunque in attesa della sola emanazione e pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. Si segnalano come momenti significativi della lettura parlamentare, per quanto riguarda la Camera dei Deputati: le audizioni dei Presidenti, rispettivamente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in *Camera dei Deputati, XIV Leg., Resoconto stenografico, Audizione*, seduta del 26 giugno 2003, pp. 2 ss., e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in *Camera dei Deputati, XIV Leg., Resoconto stenografico, Audizione*, seduta del 2 luglio 2003, pp. 3 ss.; ed il parere con osservazioni della IX Commissione: in *Camera dei Deputati, XIV Leg., IX Commissione, Resoconto sommario di mercoledì 16 luglio 2003*, pp. 113 ss. In Senato, rilievi sulla legittimità costituzionale del decreto sono stati sollevati nel corso dell'esame in I Commissione, cfr.: *Senato della Repubblica, XIV Leg., I Commissione, Resoconto sommario*, seduta di mercoledì 8 luglio 2003, a pp. 5 e ss.; mentre osservazioni sul merito all'atto sono consegnate nel parere della VIII Commissione, cfr.: *Senato della Repubblica, XIV Leg., VIII Commissione, Resoconto sommario di martedì 29 luglio 2003*, 246^a seduta pomeridiana.

² Con il termine "pacchetto" si intende fare riferimento a quattro direttive, precisamente: la Direttiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che "istituisce un

Eppure, le direttive avevano ad oggetto tanto il segmento delle telecomunicazioni (d'ora innanzi t.l.c.) che quello dell'audiovisivo, e quindi, avrebbero potuto, anzi dovuto, essere recepite con unico atto, e secondo una logica unitaria. Così come sarebbe stato corretto dare attuazione insieme alle prime anche alla direttiva sulla concorrenza ⁴, come la delega prevedeva. Che quest'ultima direttiva sia stata pretermessa, e l'audiovisivo sia stato disciplinato separatamente con il ddl Gasparri, risponde probabilmente ad un accidente della politica italiana di oggi.

Le due vicende - decreto tlc e ddl Gasparri - si incontrano però sul terreno comune del diritto comunitario, che in nome del valore della "convergenza" detta alcune regole, quanto al rapporto normazione/concorrenza, all'accesso alle reti e al regolatore pubblico, vevolvi per entrambi i segmenti indicati. La convergenza, disciplina unitaria del mezzo, riferibile ad ogni rete, indipendentemente dalle sue caratteristiche strutturali, ed ad ogni servizio, a prescindere dalle specificità delle sue prestazioni, rimanda ad un concetto unitario di ciò che è dato, segnale acustico o immagine in movimento, espressioni di un fenomeno pluriforme: il rapporto di comunicazione tra due o più soggetti ⁵.

2. ANALISI DEL PROFILO SOSTANZIALE DEL VINCOLO COMUNITARIO.

quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica" (d'ora in poi Direttiva quadro); la Direttiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa "alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica" (d'ora in poi Direttiva autorizzazioni); la Direttiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa all' "accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime" (d'ora in poi Direttiva accesso) ed infine la Direttiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa "servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica" (d'ora in poi Direttiva servizio universale).

³ Il disegno di legge recante "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", (già Atto Camera n. 3184, approvato il 3 aprile 2003 dalla Camera dei Deputati, poi dal Senato il 22 luglio 2003, Atto Senato n. 2175), ora restituito alla Camera per una nuova lettura - Atto Camera 310 B, appena avviata e sospesa il 30 luglio, in *Camera dei Deputati, XIV Leg., Resoconto sommario*, mercoledì 30 luglio 2003, a p. 15. Favoriscono la comprensione dei lavori in corso le letture, in particolare della *Relazione* di maggioranza del Sen. Grillo, in *Senato della Repubblica, XIV Leg., 433 seduta pubblica, Resoconto sommario e stenografico*, martedì 8 luglio, a pp. 3 ss., e di minoranza, del Sen. Falomi, nella medesima seduta, a pp. 10 ss. Per un esame dettagliato dei profili di incostituzionalità, nell'opinione delle opposizioni, si rinvia alle questioni pregiudiziali sollevate nel Resoconto da ultimo citato.

⁴ Direttiva 2002/77/CE della Commissione, del 16 dicembre 2002 relativa "alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica".

⁵ In proposito la Direttiva quadro, al *consid.* n. 5, nel chiarire cosa è la convergenza per il diritto comunitario - cioè "l'esigenza di assoggettare tutte le reti di trasmissione e i servizi correlati ad un unico quadro normativo" limitatamente alla disciplina del mezzo - precisa invece che cosa diversa è la disciplina dei contenuti, rispetto alla quale t.l.c. e audiovisivo cessano di essere trattati insieme, costituendo oggetto di interventi normativi differenziati - comunitari o nazionali - in ragione delle specificità di settore.

A) La Direttiva quadro conclude il processo di liberalizzazione dei mercati, al quale va il merito di aver convertito l'offerta, concentrata ed esclusivamente pubblica, in forme inedite dalla titolarità diffusa e preferibilmente private⁶, affermando l'esistenza di un rapporto inversamente proporzionale tra regolazione economica e disciplina della concorrenza. In altri termini, le regole correttive delle iniziali disparità economiche tra gli operatori, in principio necessarie per supplire alle deficienze di un mercato non effettivamente competitivo⁷, *medio tempore* tendono a alleggerirsi e, in ultimo, ad azzerarsi quando il mercato diventa compiutamente concorrenziale⁸. Raggiunta questa fase, le regole ausiliarie risulteranno superflue, se non addirittura dannose; la eteronormazione in funzione "ortopedica" delle carenze dell'economia liberista avrà ormai assolto al suo compito: la legge della domanda e dell'offerta sarà in grado di operare da sola e quindi, non avrà più bisogno di aiuto.

Gli economisti, che, prima di quanti si occupano di studi giuridici, hanno affrontato questi temi, sostengono al riguardo che la curva della produzione normativa è una variabile cronologica: "in rapida ascesa all'inizio, tendente invece a zero quando i mercati, avendo preso forma, si normalizzano"⁹.

Questo rapporto inversamente proporzionale tra regolazione e mercato spiega bene la preoccupazione della Commissione di guidare il processo di snellimento

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

⁷ Commissione europea, *Comunicazione sull'applicazione delle regole di concorrenza agli accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni*, in *GU.*, 22/8/98, C 265/2, in part. § 64: "Il fatto che un'impresa sia o meno dominante non dipende dai diritti ad essa concessi a norma di legge. Non basta eliminare un monopolio legale per porre fine ad una posizione dominante. Infatti, nonostante le direttive in materia di liberalizzazione, lo sviluppo di un'effettiva concorrenza da parte dei fornitori di reti alternative con capacità e copertura geografica adeguate richiederà un certo periodo di tempo".

⁸ La regolazione asimmetrica, impositiva di obblighi unilaterali al monopolista storico a compensazione del suo vantaggio economico accumulato nel tempo, sono sì funzionali alla piena effettività della disciplina antitrust, ma sono cosa diversa da questa. In primo luogo, sono strutturati come obbligazione positive complete nel contenuto prescrittivo, a differenza dei divieti generici della disciplina antitrust, si pensi al dovere di prestare il consenso per la conclusione del futuro contratto di interconnessione o di accesso. Diverso è il valore al quale obbediscono: la regolazione correttiva promuove lo sviluppo della competizione, guarda al futuro, difende con regole *ex ante* gli operatori non ancora presenti sul mercato, perché creando pari *chances* tra vecchi e nuovi favorisce l'ingresso di questi ultimi. La disciplina antitrust invece, con i suoi interventi repressivi delle condotte anticoncorrenziali, difende l'assetto attuale del mercato, lo *status quo*, e, quindi, tutela gli operatori già presenti ma a rischio di uscire a causa di abusi, cartelli o concentrazioni compromissori il corretto gioco della competizione. Infine, la regolazione economica esiste se e nella misura in cui il mercato la richieda, quindi è una normativa temporanea, di preparazione al pieno avvento di quella concorrenziale, destinata invece a durare nel tempo. In proposito, cfr. J. J. Montero, *L'intervento pubblico nelle telecomunicazioni. Antitrust v. regolazione?* in *Riv. it. dir. pubbl.com.*, 2-3, 2003, a pp. 438 ss.

⁹ Cfr. A. Pilati, *Commento nel Sole - 24 Ore*, 21/02/02. In chiave di riflessione sistematica, in merito al ruolo regolatorio delle Autorità nei mercati dei servizi a rete caratterizzati da un grado di competitività matura cfr.: C. Cambini- P. Ravazzi - T. Valletti, *Il mercato delle telecomunicazioni. Dal monopolio alla liberalizzazione negli Stati Uniti e nella UE*, Bologna, 2003, a pp. 81-82.

delle regole - erodendo spazi di competenza un tempo delle ANR o del legislatore nazionale - al fine di evitare la sopravvivenza di regole inutili, che, private dell'oggetto da correggere, altererebbero la dinamica competitiva del mercato.

Gli Stati infatti, perdono il potere di determinare i mercati rilevanti dei servizi di telecomunicazioni, compito che la Commissione (art. 15) si riserva, compilando una lista aperta dei mercati, suscettibile di aggiustamenti all'occorrenza, che le ANR terranno in debito conto nella concreta individuazione delle singole piazze nazionali ¹⁰.

Parallelamente, la determinazione del significativo potere di mercato ¹¹ - nozione in precedenza definita *ex ante* e normativamente identificata nel superamento di una certa "quota" di mercato (Direttiva 97/33/CE, art. 4, par. 2) - è ora nella disponibilità giuridica della Commissione, e, come tale, è oggetto di un accertamento *ex post*, rinnovabile caso per caso secondo un criterio teleologico e mutevole, preso in prestito dal diritto antitrust. Pertanto, gli indici sintomatici della posizione dominante di elaborazione giurisprudenziale in materia di diritto della concorrenza ¹² diventano gli elementi costitutivi del parametro valutativo del significativo potere di mercato ¹³.

E nell'eventualità, peraltro remota, che una ANR identificasse un mercato rilevante diverso da quelli elencati nella raccomandazione citata o individuasse indici sintomatici del potere di mercato in alternativa a quelli sintetizzati nelle ricordate linee direttrici, sarà comunque la Commissione ¹⁴ a risolvere il contrasto tra le sue misure regolative e quelle ipotizzate dall'A.N.R.

Questa lettura, se pur rapida, di alcune disposizioni della Direttiva quadro denuncia la preoccupazione del legislatore comunitario di assicurare l'omogenea applicazione della disciplina sovranazionale; risultato che si consegue non solo imponendo ai legislatori nazionali obiettivi comuni, ma altresì incoraggiando l'applicazione uniforme del diritto comunitario in sede di esercizio della funzione amministrativa (*consid.* 16, poi attuato nell'art. 19, par. 1).

A tal fine, la Commissione potrà indirizzare alle A.N.R. raccomandazioni relative alle misure di esecuzione della direttiva, che andranno "tenute in massimo conto". Il modello sembrerebbe strutturarsi secondo meccanismi propri del "diritto mite", ma in realtà si è in presenza di strumenti solo apparentemente *soft*, perché indirettamente sorretti da forza cogente.

Nel caso in cui le raccomandazioni dovessero risultare poi insufficienti a omogeneizzare la fase implementativa (cfr. *consid.* 36), la direttiva prevede la creazione

¹⁰ *Raccomandazione del 11/02/03* relativa "ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche suscettibili di una regolazione *ex ante* ai sensi della Direttiva 2002/21/CE".

¹¹ Direttiva quadro, art. 14, par. 2, e 15, par. 2.

¹² In proposito, cfr. le *Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*, Com. (2002)....

¹³ Il Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella ricordata audizione ha sottolineato il rapporto di funzionalità della regolazione asimmetrica alla disciplina della concorrenza, individuandone un segno nel fatto che la prima utilizza per la costruzione dei suoi precetti "concetti e istituti del diritto antitrust".

¹⁴ Direttiva quadro: art. 7, par. 4, lett. b).

del gruppo dei regolatori europei sempre al fine di "incoraggiare [...] la coerente applicazione [...] delle disposizioni di cui alla presente direttiva [...] soprattutto in quei settori in cui la legislazione nazionale che dà attuazione al diritto comunitario concede alle autorità nazionali di regolamentazione un considerevole potere discrezionale nell'applicazione delle relative norme".

In conclusione, la Direttiva ha disegnato un sistema in cui i regolatori nazionali sono indipendenti rispetto agli esecutivi in ciascun sistema, e rispondono invece all'esecutivo comunitario. La Commissione, per ragioni opposte a quelle nazionali, intende sottoporre alla sua direzione le ANR perché non vuole correre il rischio di un'eccedenza di regolazione a causa delle resistenze del regolatore nazionale ad un'effettiva *deregulation*.

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

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

L'impianto delineato è coerente con una filosofia fortemente centripeta, obbediente ad un'applicazione verso l'alto del principio di sussidiarietà. Tale impostazione si spiega considerando proprio la centralità dell'obiettivo - perseguito nel tempo e pure rammentato - di assicurare la concorrenza in chiave di mercato e liberalizzazione. È chiaro, infatti, che da questa impostazione deriva che la regolazione sia mantenuta al minimo indispensabile e che sia la più uniforme possibile¹⁵.

B) Anche la Direttiva autorizzazioni¹⁶ concorre ad alleggerire il peso normativo, operando però sul diverso piano del procedimento, apprezzabilmente semplificato con il ricorso all'autorizzazione generale. Sistema, questo, ad applicazione indifferenziata - riferibile e al segmento delle tlc che a quello dell'audiovisivo, come convergenza vuole - e generale, in quanto regime giuridico ordinario di accesso alle risorse frequenziali, salvo deroghe previste dalla stessa direttiva.

Tale sistema di selezione dell'aspirante ad operatività automatica ed *erga omnes* - sostitutivo della licenza accordata caso per caso e secondo valutazioni obbedienti al metodo della discrezionalità tecnica - esonera l'operatore dal procurarsi in anticipo il

¹⁵ "Sarebbe ingiustificato e controproducente imporre nuovi obblighi regolamentari agli operatori di mercato. Si andrebbe contro lo 'spirito' delle nuove direttive": così M. Monti, *Relazione al Seminario di studio per la regolamentazione*, Università degli Studi Federico II e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Napoli, 14 ottobre 2002, *paper*.

¹⁶ Direttiva autorizzazioni, in particolare all' art. 3, par. 2, dispone che: "All'impresa interessata può essere imposto l'obbligo di notifica, ma non l'obbligo di ottenere una decisione esplicita o qualunque altro atto amministrativo da parte dell'Autorità nazionale di regolamentazione prima di esercitare i diritti che derivano dall'autorizzazione".

titolo di accesso, ammettendolo all'esercizio immediato del servizio di comunicazione previa denuncia all'ANR di avvio dell'attività¹⁷.

Si è detto quanto alla sua applicazione, che la direttiva fa però salve le procedure speciali in caso di risorse frequenziali scarse¹⁸, conformando la specialità nei suoi requisiti minimi: si deve trattare di un metodo di selezione dell'operatore attivato su istanza di parte - non dunque ad operatività automatica - e basato sul confronto comparativo dei profili soggettivi e oggettivi di ciascun aspirante secondo un parametro trasparente, obiettivo e non discriminatorio.

C) Infine, quanto all'ultima delle tre questioni in campo, cioè la fisionomia del regolatore pubblico, il pacchetto delle Direttive è favorevole al cumulo funzionale: la potestà di dettare regole asimmetriche (Direttiva quadro, art. 3, par. 2) si completa nella funzione implementativa diretta ad assicurare l'osservanza delle regole da parte dei regolati (Direttiva autorizzazioni, artt.5, par.3, e 6), entrambe di spettanza della ANR in ragione del suo preciso status giuridico comunitario¹⁹. Indifferente al potere politico e alle lobbies di settore, trasparente, motivata e partecipata nei suoi processi decisionali (art. 3, par. 2 e 3, Direttiva quadro), l'ANR si propone come l'autore naturale delle decisioni normative esclusivamente porose verso il mercato.

Sono evidenti le ragioni per cui il diritto comunitario, a rischio di sottoporre a forte pressione il riparto di competenze tra Unione e Stati membri, abbia ritenuto opportuno suggerire al legislatore nazionale tale soluzione organizzativa: "La dispersione dei poteri porta inevitabilmente a una riduzione della certezza del diritto richiesta dal mercato, in particolare nei casi ove le decisioni prese dal ministro sulla materia delle licenze o controllo dei prezzi potrebbero sembrare, agli occhi del mercato,

¹⁷ E' bene chiarire che questa particolare semplificazione non incide sulla regolazione sostanziale, che continuerà a prescrivere requisiti soggettivi e oggettivi condizionanti lo svolgimento delle attività, bensì sulle fasi procedurali, qui asciugate e ridotte al minimo. Sul cittadino europeo non devono gravare le inerzie burocratiche o il tempo del procedimento, questi intanto potrà avviare immediatamente l'attività, senza dover attendere il formarsi del silenzio assenso o il rilascio del provvedimento espresso di accoglimento, salvo doverla cessare nel caso la ANR riscontri un'insanabile difformità dal modello legale prescritto. Questo differimento del controllo, non più *ex ante* e condizionate la legittimità dell'iniziativa economica, ma *ex post* e repressivo la continuazione, è riscontrabile anche nel modello di cui all' art.19 l. 241/90. In tema di autorizzazione generale si vedano: M. Clarich, *Il nuovo sistema delle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*, in *Dir.inf.*, 4, 2002, in part. pp. 694 ss.; F. Giglioni, *La regolazione dell'accesso nel mercato delle telecomunicazioni*, in *Dir.amm.*, 1, 2001, pp. 85 ss.;

¹⁸ Art. 5, par. 2.

¹⁹ La Convenzione europea - istituita a Laeken il 15 dicembre 2001, con mandato del C.E. di redigere un "Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa" - non si è occupata affatto del tema delle A.I. comunitarie, alle quali nessun riferimento è stato fatto nella proposta definitiva di progetto (consegnata il 18 luglio 2003 alla Presidenza Italiana di turno). Non si può che rilevare la grave omissione, considerato che il diritto comunitario ha istituito, in taluni casi in anticipo rispetto al legislatore nazionale, le autorità indipendenti nazionali, e, per quanto riguarda quelle a dimensione sovranazionale, ha già da tempo sperimentato moduli organizzatori misti, ad esempio nel settore dei dati personali, ed ora proprio nel settore della comunicazione con il gruppo dei regolatori europei (*consid.* 36, Direttiva quadro). L'estraneità di questi soggetti al circuito politico rappresentativo, pone a livello comunitario la questione della loro legittimazione democratica, già posta in sede interna, ma ancora in attesa di adeguata definizione da parte dei singoli stati.

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, come è avvenuto in Grecia"²⁰.

Ideare regole insensibili alla politica spiega solo in parte questo atteggiamento, che risulterà più comprensibile ove si tenga presente l'obiettivo ultimo dell'Unione di coagulare intorno alla Commissione le autorità nazionali di regolazione. L'attuazione di tale programma centripeto richiede lo spostamento del baricentro regolatorio dal ministro verso l'ANR, previa sua sottrazione alla disponibilità degli esecutivi nazionali grazie ad adeguate garanzie di *status*.

Quest'ultima garanzia è oggetto di una precisa prescrizione rivolta agli Stati membri: il profilo strutturale e funzionale delle ANR andrà disegnato in modo da porle in condizione di assolvere ai loro compiti "in modo imparziale e trasparente" (art. 3, comma 3, Direttiva quadro).

È vero che i due attributi si potrebbero ritenere ricorrenti ove il legislatore nazionale allineasse le procedure regolatorie a modelli di *rulemaking*, porosi agli apporti dei regolati, scrutinabili all'esterno e adeguatamente motivati. Questa lettura minimale dell'imparzialità condurrebbe a decisioni normative consapevoli, perché basate sulla cognizione completa degli interessi in gioco.

Ma un'imparzialità che si esaurisse sul solo piano funzionale assicurerebbe un prodotto normativo, non impermeabile alle *political choices*, ma semplicemente equidistante dalle prospettazioni dei regolati; l'obiettivo più ambizioso impone dunque di trasferire la riflessione sul concetto di imparzialità dal piano dinamico della funzione a quello statico dell'identità strutturale del soggetto a essa preposto: questo dovrà essere un'autorità geneticamente sottratta alla disponibilità del decisore politico, diversamente la sua indipendenza funzionale sarà seriamente compromessa, e a tale fisionomia sembra corrispondere l'identità delle autorità indipendenti nazionali, pur nelle loro molteplici varianti.

Questo per brevi cenni il quadro comunitario, al quale lo schema di decreto legislativo intende dare attuazione. Valutiamone l'esito in termini di conformità oppure no con il diritto comunitario.

3. IL DECRETO LEGISLATIVO DI RECEPIMENTO: CONFORMITÀ O DIFFORMITÀ DAL DIRITTO COMUNITARIO?

Ripercorriamo il disegno normativo di recepimento²¹.

²⁰ In questi termini chiarisce la Commissione la questione dell'articolazione interna della potestà di regolazione tra vertice politico e ANR nella *Ottava relazione della Commissione sull'attuazione del quadro normativo per le comunicazioni. La regolamentazione e i mercati europei delle telecomunicazioni relazione. COM(2002)695* (par. 4.1.1.).

²¹ Condivisibili le puntuali critiche espresse dal Presidente dell'Antitrust, allo schema di decreto nel corso della ricordata audizione parlamentare, riassumibili nei seguenti punti: assoluto scostamento del decreto rispetto alla disciplina comunitaria quanto alla tutela della concorrenza; alle procedure di accesso alle reti e, infine, al rapporto tra regolatore pubblico e gestore di un pubblico servizio.

Circa l'accesso alla rete, il decreto (art. 25, comma 1) congela il sistema dell'autorizzazione generale, perché fa salva la vigenza dei titoli in corso, contravvenendo apertamente al disposto comunitario, che invece aveva prescritto una scadenza anticipata degli stessi (Direttiva quadro, art. 17, par.1), cioè una sorta di inizio ad anno zero in modo da consentire l'allineamento di tutti i titoli e la loro sottoposizione ad un'unica disciplina. In questo modo il decreto, pur affermando che il sistema dell'autorizzazione *ex lege* è quello prevalente, di fatto lo rende residuale e ad efficacia sospesa.

Quanto alla regola dell'efficacia generalizzata dell'autorizzazione il decreto, nel fare salva, come la direttiva consente, procedure speciali per l'accesso alle risorse frequenziali scarse, quelle dell'audiovisivo, rinvia tuttavia alla normativa vigente in materia di audiovisivo, cioè al d.d.l. Gasparri, che non solo sana la situazione di illegittima occupazione *sine titulo* delle risorse disponibili²², annullando quindi l'oggetto della distribuzione, ma pretende di selezionare l'operatore secondo giudizi dettati da discrezionalità tecnica.

Ed è proprio sul punto del sistema di accesso alle risorse che decreto e d.d.l. calpestano la regola della convergenza – pur dichiarando di volerla attuare - perché rompono l'unità della disciplina di accesso alle risorse, introducendo sistemi diversi in ragione del mercato di riferimento: l'accesso alle tlc è automatico, perché gli operatori sono individuati normativamente, quindi, con un metodo *ex ante* e obiettivo ad operatività *ipso iure*; l'accesso all'audiovisivo si avvale invece di un metodo discrezionale di selezione dell'avente titolo, quindi *ex post* e *ad personam*, peraltro fondato su valutazioni in merito alla qualità della sua programmazione.

Né si presenta più aderente al dettato comunitario la soluzione ideata dal decreto per la questione dell'autorità competente a dettare le regole e a gestire i titoli per entrambi i settori di riferimento.

Riguardo al segmento delle tlc, le indicazioni comunitarie sono ancora una volta disattese. Alla A.N.R. il decreto preferisce il ministro delle comunicazioni e nel regolare e nel controllare i titoli di accesso al settore in esame; coerentemente con questa impostazione compete al ministro il controllo *ex post* sull'attività intrapresa in virtù di autorizzazione generale²³.

Il decreto invece avrebbe potuto rappresentare l'occasione per rivedere la normativa preesistente, che già per parte sua aveva ampiamente eroso le iniziali

Profili ancora diversi, inerenti alla costituzionalità dell'atto, sono stati rilevati dal Sen. Villone, in sede di discussione alla I Commissione, investita del parere di costituzionalità, cfr. in *Senato della Repubblica, XIV Leg., Resoconto Sommario*, 8 luglio 2003, a pp. 6-7.

²² Cfr. l'art. 26, comma 7, nella versione approvata dal Senato, Atto Senato 2175, il 22 luglio 2003.

²³ Cfr. l'art. 25, comma 4, del decreto, individua nel Ministro il destinatario della notifica e, quindi, anche l'autorità competente a inibire, in caso di inosservanza delle condizioni dell'autorizzazione generale (art. 32 del decreto), l'attività illecitamente avviata. Di avviso contrario il parallelo art. 10 della Direttiva autorizzazioni, che aveva riconosciuto nelle ANR le destinatarie uniche del flusso informativo del regolato, funzionale alla "verifica dell'effettiva osservanza delle condizioni dell'autorizzazione generali" e quindi il soggetto competente, in quanto informato, a esercitare ove necessario il potere repressivo (pari. 2 e 5 del medesimo articolo).

attribuzioni dell'Agcom: in un primo momento, privandola del potere di rilasciare e gestire i titoli individuali di accesso alle tlc²⁴, e con successivo intervento²⁵ spogliandola anche del potere di controllare la conformità della condotta dell'operatore alla disciplina imposta dal titolo.

Il non aver prodotto questa operazione di riscrittura delle competenze tra vertice politico e ANR non è solo una “opportunità mancata”, ma piuttosto un’omissione di atto dovuto. Il legislatore nazionale, in sede di recepimento del pacchetto di direttive, era infatti chiamato a ripulire il terreno da quei residui di disciplina interna che, se mantenuti in vita, avrebbero ristretto l’ambito di operatività della normativa comunitaria, che nel caso di specie risolve per l’appunto la *querelle* tra autorità indipendente e soggetto politico a favore della prima (art. 9, parr. 1 e 3, della Direttiva quadro).

Per quanto attiene invece al comparto dell’audiovisivo, il decreto ha rinviato alla normativa vigente, cioè al ddl Gasparri, il quale, noncurante della prevalenza del diritto comunitario, ha realizzato ciò che la Direttiva non voleva: la coincidenza soggettiva tra lo Stato (inteso come soggetto politico) regolatore e quello imprenditore.

Nell’art. 3, par. 3 della Direttiva quadro si era affermata la necessità che nel caso in cui lo Stato avesse mantenuto la proprietà o il controllo di reti o i servizi, il regolatore pubblico fosse strutturalmente distinto dallo Stato medesimo. Con quest’ultima prescrizione la Direttiva ha sancito il definitivo divorzio tra Stato imprenditore e regolatore. Dunque, a un servizio pubblico in senso soggettivo dovrà corrispondere tendenzialmente un’autorità indipendente di regolazione.

Vediamo cosa dispone in proposito il ddl Gasparri.

Il nuovo procedimento di nomina del Consiglio di amministrazione Rai²⁶ coinvolge in un ruolo di sostanziale equiordinazione l’assemblea parlamentare ed il Governo, un sistema ibrido dunque che comunica al nominato i medesimi caratteri del nominante, cioè la fisionomia di un soggetto politicamente orientato, al quale viene affidata la gestione del servizio pubblico; nello tempo stesso, altro soggetto, politicamente orientato, il Ministro delle comunicazioni, amministrerà il rilascio dei titoli di accesso al settore e in parte ne sarà il regolatore²⁷. A nulla è valsa la ricordata comunicazione della Commissione (Com/2002/695) che, in chiave di separazione della funzione di regolazione da quella di concreta prestazione del servizio pubblico, guardava con sospetto ai sistemi che pur distribuivano i poteri regolatori tra ANR e Ministro. La nostra soluzione è persino più distante da quella temuta a Bruxelles, perché non distribuisce affatto l’onere regolatorio, spostandolo invece a tutto vantaggio del

²⁴ La legge 66/01, all’art. 2 bis, comma 1, conferisce al ministro la gestione delle risorse frequenziali relative al digitale, e, al comma 10, consegna nelle mani del Ministro anche la competenza, già dell’Agcom, di rilasciare e gestire i titoli di tlc.

²⁵ Il riferimento è alla legge 3/03, che all’art. 41, comma 8, nel modificare il dato normativo preesistente, ha spostato dall’Agcom al Ministro il potere di vigilare e controllare sull’assolvimento da parte dei regolati degli obblighi derivanti anche dai titoli rilasciati dall’Agcom.

²⁶ Si veda l’art. 20, comma 9.

²⁷ Si pensi al riguardo all’art. 17, comma 4, che prevede la condivisione Ministro- Agcom del potere di prescrivere le linee guida quanto agli obblighi di servizio pubblico.

ministro, che ora giocherà da regolatore imparziale, pronto a sorvegliare gli operatori, ora come operatore stesso.

In linea con la tendenza a confondere le competenze, che andrebbero invece mantenute distinte è la disposizione del decreto (art. 14, comma 5) che assegna al Ministro il sindacato discrezionale sulla conformità del negozio di cessione dei diritti di uso delle frequenze al diritto della concorrenza. Distante è invece l'idea comunitaria: la Direttiva quadro (art. 9, par. 4) dispone che sia una ANR a controllare anticipatamente e secondo parametri certi la liceità del negozio e, se del caso, a definire misure correttive "che assicurino che la concorrenza non venga falsata in conseguenza di tali operazioni".

Quindi, il diritto comunitario nel selezionare l'autorità e nel dotarla di poteri difende le regole della corretta competizione dal rischio di asservimento alla ragione di stato.

La soluzione invece ideata dal nostro legislatore potrebbe creare una situazione di insanabile conflitto tra "giudicati", ove il Ministro acconsentisse ad una cessione lesiva per prevalenti ragioni di pubblico interesse e l'Antitrust invece, ancora titolare ex art. 6, comma, 2, l. 287/90, la vietasse. Di questo *empasse*, benché tempestivamente segnalato proprio dal Presidente dell'Antitrust, non si è tenuto conto in sede di stesura del testo definitivo del decreto, rimasto infatti invariato sul punto, nonostante questo conflitto non sembri conoscere rimedi di diritto interno data l'impossibilità di ricorrere al conflitto tra poteri dello Stato, rimanendo a disposizione unicamente gli strumenti apprestati dal diritto comunitario.

3. QUALI RIMEDI?

Forse pochi sul terreno del diritto interno, dove, da un lato, neanche i giudicati della Corte Costituzionale vengono più rispettati dal legislatore²⁸, dall'altro gli indirizzi della Corte, quanto alla questione dello stato regolatore e imprenditore, si collocano su un piano diverso rispetto al diritto comunitario. La Corte infatti si è limitata a pretendere

²⁸ In proposito, si veda la recente pronuncia n.466/2002, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 7, della l. 249/97: "nella parte in cui non prevede la fissazione di un termine finale certo, e non prorogabile, che comunque non oltrepassi il 31 dicembre 2003, entro il quale i programmi, irradiati dalle emittenti eccedenti i limiti di cui al comma 6 dello stesso art. 3, devono essere trasmessi esclusivamente via satellite o via cavo".

La regola dell'operatività immediata e non più procrastinabile (scaduto il termine ultimo) del sistema di calcolo della percentuale massima di canali detenibili dallo stesso soggetto - posta dall'art. 3, comma 6 l. 249/97 - è stata apertamente violata dal d.d.l. Gasparri, che ripropone un sistema sostanzialmente identico a quello censurato pochi mesi prima dalla Corte, perché in deroga all'art. 3 perpetua la situazione vietata con l'aggravante di non prevedere un meccanismo certo nel se e quando di ritorno alla legalità.

Per i primi commenti alla sentenza, cfr.: R. Zaccaria, *La Corte costituzionale torna alla ribalta in materia televisiva con tre sentenze: l'ultima è decisa*, in www.astridonline.it, O. Grandinetti, *Principi costituzionali in materia radiotelevisiva e d.d.l. Gasparri*, in *Gior.dir.amm.*, 2, 2003, pp....; M. Olivetti, *Pluralismo, garanzia ineludibile*, in *Dir. giust.*, 44, 2002, pp. 14 ss.; O. Grandinetti, *Tete4: dalla Consulta un "macigno" sulla strada parlamentare del d.d.l. Gasparri, del 22 novembre 2002*, in www.articolo21.liberidi.it.

che gestore e regolatore del servizio pubblico gravitino nell'orbita parlamentare ²⁹. Cosa diversa dice invece il diritto comunitario, al quale non basterebbe la soluzione della nostra Corte, perché vuole di più: se il gestore del servizio è pubblico, il regolatore non potrà essere un soggetto politico, neanche se equilibrato (leggi il Parlamento), ma un'autorità sottratta alla disponibilità del comando politico: in sintesi una ANR.

A soluzioni sostanziali di diritto sovranazionale, dovranno corrispondere anche rimedi sul medesimo piano. Forse spostando il terreno di gioco dalle corti nazionali a quella comunitaria potranno trovare definizione le vertenze dell'occupazione delle frequenze, della coincidenza soggettiva tra il regolatore e il gestore e quant'altro.

In termini di diritto, ciò ovviamente non significherà che la Corte di giustizia, investita in via pregiudiziale (art. 234 del Trattato, già 177) della questione interpretativa in merito alla norma comunitaria, possa annullare la futura legge Gasparri o il decreto di recepimento delle direttive, ma sarà competente a chiarire l'esatta portata delle disposizioni comunitarie, dalla quale si potrà eventualmente dedurre un'incompatibilità della norma nazionale ³⁰. A sua volta, qualunque giudice nazionale, non solo dunque quello *a quo*, sarà tenuto ad applicare la norma comunitaria così come interpretata dalla Corte e all'occorrenza a disapplicare la norma interna contrastante, sempre che le disposizioni in esame delle direttive abbiano effetto diretto ³¹.

Un'ultima osservazione: la vincolatività del principio della prevalenza del diritto comunitario su quello interno nei confronti di ogni soggetto tenuto all'esecuzione delle leggi ³², quindi anche delle autorità indipendenti, potrebbe aprire la via ad un'ulteriore

²⁹ Nella lontana pronuncia 225/74 la Corte aveva ritenuto che la conformità al dettato costituzionale della disciplina del sistema radiotelevisivo dipendeva, tra l'altro, dalla previsione che "a) gli organi direttivi dell'ente gestore [...] non fossero costituiti in modo da rappresentare direttamente o indirettamente espressione, esclusiva o preponderante del potere esecutivo, e che la loro struttura fosse tale da garantire l'obiettività; b) che vi fossero direttive idonee a garantire che i programmi di informazione fossero ispirati a criteri di imparzialità [...]; c) che per la concretizzazione di siffatte direttive e per il relativo controllo siano riconosciuti adeguati poteri al Parlamento, che istituzionalmente rappresenta l'intera collettività nazionale".

In sintesi, la Corte chiedeva al legislatore anche se in termini di monito l'indipendenza, quanto al momento genetico e funzionale, degli organi di governo della RAI dall'Esecutivo e la loro afferenza invece all'area parlamentare.

³⁰ In proposito, cfr.: Piageme, causa C-369/89, sentenza 18 giugno 1991, in *Racc.p.* I-2971, punto 7 (dove bene è illustrato il rapporto di cooperazione tra giudice nazionale e Corte di Giustizia); Steenhorst-Neerings, causa C-338/91, sentenza 27 ottobre 1993, *Racc. p.* I 5475, nei punti 25 e 26.

³¹ Con ciò non si sta riconoscendo automaticamente alle Direttive in oggetto l'attributo *self executing*, ma piuttosto si vuole escludere che le stesse siano a priori prive di effetti diretti, la questione andrà risolta caso per caso, avuto riguardo al contenuto sostanziale della disposizione comunitaria, e verificato se esso sia sufficientemente precettivo da non richiedere ulteriori atti di intermediazione normativa. In caso di esito positivo, la direttiva sarà applicata in luogo della norma interna di recepimento incompatibile con la prima. Sul tema dell'efficacia diretta delle Direttive si veda: G. Tesaro, *Diritto comunitario*, Padova, 2001, in part. a pp. 145 ss.

³² Corte Cost., n. 389/89, che si è allineata all'orientamento già espresso dalla Corte di Giustizia, ritenendo che l'obbligo di disapplicare le norme interne incompatibili con quelle comunitarie si imponga a "tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi [...] tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi". Sul punto più specifico dell'estensione di detto obbligo anche alle Autorità indipendenti, argomenta favorevolmente la R. Niro, *Disapplicazione di norme e declaratoria di*

soluzione. Si potrebbe ipotizzare che la Agcom, accertata l'illegittimità del decreto per violazione del diritto comunitario, dia immediata applicazione a quelle disposizioni della Direttiva autorizzazioni che le assegnano inequivocabilmente quei poteri che invece il decreto le sottrae. In tal caso l'atto amministrativo avrebbe titolo diretto nelle direttive, sempre che siano ritenute limitatamente a questo profilo sorrette dall'attributo dell'efficacia diretta. Il caso peraltro avrebbe già dei precedenti nella prassi dell'Antitrust³³.

illegittimità di provvedimento, in S. Cassese-C.Franchini, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, a pp. 202 ss.

³³ Nel caso (Telecom/Telesystem) deciso con *Prov. 2662/95*, in www.agcm.it, l'Antitrust emise provvedimenti repressivi di condotte anticompetitive in base a precise norme di Direttive comunitarie, ritenute dall'Autorità incompatibili con la disciplina interna e, come tali, destinate a prevalere. Ciò in questi casi il titolo attributivo di competenza era nella legge 287/90, mentre il contenuto sostanziale della decisione era stato definito secondo il diritto comunitario, diversamente l'atto sarebbe stato confermativo della condotta dell'operatore e non punitivo. Nel caso da noi suggerito invece anche il titolo attributivo di competenza andrebbe letto nelle disposizioni comunitarie.