
MARCELLO CLARICH - ALESSANDRO BOSO CARETTA

I TITOLI ABILITATIVI NEL NUOVO SISTEMA DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il passaggio dalle licenze amministrative all'autorizzazione generale. — 3. L'autorizzazione generale nel nuovo sistema. — 4. Le vicende dell'autorizzazione generale e dell'attività autorizzata: cessazione dell'offerta di servizi, rinnovo e cessione dell'autorizzazione. — 5. Il contenuto dell'autorizzazione generale: diritti e condizioni. — 6. Il controllo sull'osservanza delle condizioni delle autorizzazioni generali. — 7. Conclusioni.

1. PREMESSA.

Il Codice delle comunicazioni elettroniche approvato con il decreto legislativo 1 agosto 2003 n. 259, che recepisce il pacchetto di cinque direttive comunitarie in materia varato nel 2002¹, segna una svolta nell'approccio alla regolamentazione del settore. Agli strumenti propri della regolazione amministrativa *ex ante*, tipici delle discipline amministrative di settore tradizionali, vengono preferiti per quanto possibile quelli della regolazione *ex post*, tipici della normativa antitrust.

Ma anche gli strumenti del primo tipo, nel nuovo approccio alla regolamentazione, devono essere assoggettati per quanto possibile a regimi amministrativi « leggeri », cioè rispettosi al massimo grado del diritto di libertà di impresa e coerenti con il principio di proporzionalità che informa l'intero assetto normativo del Codice.

* Intervento al convegno « *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario* », Fondazione Cesifin Alberto Predieri, Firenze, 23 aprile 2004.

¹ Direttiva « quadro » 2002/21/CE del 7 marzo 2002, Direttiva 2002/20/CE del 7 marzo 2002 relativa alle autorizzazioni, Direttiva 2002/19/CE del 7 marzo 2002 relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica, Direttiva 2002/22/CE del 7 marzo 2002 relativa al servizio universale

e ai diritti degli utenti, Direttiva 2002/77/CE del 16 settembre 2002 relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica. Sul nuovo quadro regolamentare europeo cfr. R. PEREZ (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, Giuffrè, 2003. Sul Codice cfr., per un primo commento, M. CLARICH-G. CARTEI (a cura di), *Il Codice delle Comunicazioni Elettroniche*, Milano, 2004.

Uno degli strumenti classici della regolazione ex ante è costituito dai titoli abilitativi necessari per l'esercizio dell'attività di impresa e può essere dunque interessante analizzare il regime delineato dal Codice muovendo anzitutto dalla cornice comunitaria.

La Direttiva 2002/20/CE sulle autorizzazioni per le reti e i servizi (di seguito indicata come « Direttiva » o « Direttiva Autorizzazioni ») aveva indicato agli Stati membri l'obiettivo dell'armonizzazione dei sistemi di accesso ai mercati delle comunicazioni elettroniche².

Alla base della spinta riformatrice dell'Unione europea vi era l'irrazionale diversità dei regimi autorizzatori nazionali, costituenti, secondo la Commissione Ue, un « mosaico variegato »³; varietà alla quale si accompagnava l'onerosità delle condizioni poste a carico delle imprese, strette tra le maglie di vincoli complessi e spesso inutili, che sortivano l'effetto di segmentare i mercati e di creare barriere all'ingresso, ostacolando le dinamiche concorrenziali e il naturale processo di convergenza innescato dalle nuove tecnologie.

Per rimuovere questi ostacoli, e favorire lo sviluppo di un mercato interno dinamico e competitivo, il legislatore comunitario puntò dunque, nell'ottica dell'armonizzazione, a una drastica semplificazione dei regimi nazionali di abilitazione alla fornitura di reti e di servizi di comunicazione elettronica, che portasse con sé un alleggerimento degli oneri per le imprese.

Le soluzioni prospettate dalla Direttiva erano, essenzialmente, le seguenti:

- a) passaggio dalle licenze individuali alle autorizzazioni generali;
- b) separazione delle varie categorie di condizioni poste a carico delle imprese;
- c) semplificazione delle procedure, minimizzazione degli obblighi informativi a carico delle imprese, potenziamento degli obblighi di trasparenza e pubblicità della P.A.;
- d) stretta proporzionalità delle condizioni corredanti le autorizzazioni generali e i diritti d'uso;
- e) riduzione dei contributi amministrativi (« *administrative charges* »), razionalizzazione dei contributi per i diritti d'uso e per i diritti di passaggio (« *fees* »).

La Direttiva sembrava dunque prefigurare, in sede di recepimento nel nostro ordinamento, un riequilibrio del rapporto tra li-

² Sul tema cfr. M. CLARICH (in collaborazione con A. BOSO CARETTA), *Il nuovo sistema delle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*, in G. MORBIDELLI-F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza? Atti del convegno organizzato dal*

CESFIN a Firenze il 19 aprile 2002, Torino, 2003, pag. 137.

³ Cfr. la relazione illustrativa della proposta di direttiva relativa alle autorizzazione per le reti e i servizi di comunicazione elettronica.

bertà di iniziativa economica e controllo pubblico, storicamente sbilanciato, nella tradizione politico-amministrativa del nostro Paese, a favore del secondo elemento, ponendo una serie di disposizioni volte a delimitare, con incisività, il potere pubblico di conformazione del diritto d'impresa.

Occorre dunque, per un verso, appurare se la normativa del Codice delle comunicazioni elettroniche contenuta nel Capo II del Titolo II (artt. 25-39) sulle « autorizzazioni » per le reti e i servizi di comunicazione elettronica ad uso pubblico, ed in particolare sulla nuova figura dell'autorizzazione generale, abbia operato una trasposizione puntuale della normativa comunitaria; per altro verso, delineare le principali novità rispetto al regime precedente.

2. IL PASSAGGIO DALLE LICENZE AMMINISTRATIVE ALL'AUTORIZZAZIONE GENERALE.

Tra le misure imposte dalla Direttiva agli Stati membri per favorire l'accesso delle imprese ai mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, il passaggio dalle licenze individuali alle autorizzazioni generali rappresenta quella più nota, e forse la più importante.

La precedente direttiva sulle autorizzazioni⁴ pur dando preferenza allo strumento delle autorizzazioni generali, aveva concesso agli Stati membri ampie possibilità di ricorso alle licenze individuali, largamente sfruttate dai legislatori nazionali.

La proliferazione di provvedimenti autorizzatori individuali scaturita da tale condotta era stata additata dalla Commissione come una delle principali cause di inefficienza della regolamentazione del settore delle comunicazioni elettroniche. Come dimostrato dalle consultazioni pubbliche e dagli studi preparatori del nuovo quadro regolatorio⁵, nella maggior parte dei casi non vi era alcuna reale esigenza di stabilire condizioni individuali d'uso per i singoli fornitori, se non per regolare l'uso delle frequenze radio e delle numerazioni.

Da qui l'obbligo, posto dalla nuova Direttiva agli Stati membri, di regolare la fornitura delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica mediante « autorizzazioni generali », consistenti in discipline giuridiche di settore applicabili a tutti i tipi o a specifici

⁴ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 97/13/CE del 10 aprile 1997, relativa ad una disciplina comune in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazione.

⁵ Cfr. ad esempio i tre studi condotti dall'Ufficio europeo delle telecomunicazio-

ni su incarico della Commissione europea in materia, rispettivamente, di tipologie di titoli autorizzatori, di informazioni richieste alle imprese per l'accesso al mercato, e di contributi amministrativi, pubblicati nell'ottobre 1999 (consultabili sul sito web www.eto.dk).

tipi di servizi o di reti, e di ricorrere alla concessione di diritti individuali (cioè a diritti attribuiti mediante provvedimenti amministrativi in senso proprio) soltanto quando ciò risultasse necessario per regolare l'uso delle frequenze radio e dei numeri.

Il Codice sembra aver rispettato il vincolo posto dal legislatore comunitario, stabilendo che:

a) la fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica è assoggettata ad un'autorizzazione generale (art. 25, comma 3);

b) solo l'uso delle frequenze radio e delle numerazioni può essere subordinato alla concessione di diritti individuali d'uso (art. 27);

c) anche in tal caso, il ricorso allo strumento dei diritti individuali d'uso risulta legittimo solo se necessario (cfr. art. 27, comma 1, e art. 27, comma 3).

Scompare dunque la figura della licenza individuale, della quale il legislatore nazionale, aveva fatto (cfr. art. 6 del d.P.R. 318/97) larghissimo uso, salvo forse rimanere, nella sostanza, per le numerazioni e per le frequenze radio; è dubbio, peraltro, anche per via dell'ambiguità della terminologia impiegata dal legislatore, se i provvedimenti previsti per l'attribuzione di tali diritti d'uso debbano qualificarsi come autorizzazioni individuali — soluzione che appare preferibile da un punto di vista sistematico — o come vere e proprie concessioni.

3. L'AUTORIZZAZIONE GENERALE NEL NUOVO SISTEMA.

Cambiano rispetto al passato sia l'ambito di applicazione dell'autorizzazione generale sia la sua disciplina.

Il Codice segna, infatti, il passaggio dal modello « amministrativo » previsto dal d.P.R. 318/97, al modello « normativo » prefigurato dalla Direttiva.

Nel regime previgente l'accesso ai mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica era, salvo alcune eccezioni, subordinato ad un atto amministrativo, esplicito od implicito (silenzio-assenso) della P.A.

Ciò valeva anche per le attività sottoposte ad autorizzazione generale. Per queste, infatti, l'art. 6, comma 3, del d.P.R. 318/97, poneva alle imprese l'onere di richiedere comunque alla P.A. un titolo abilitativo specifico, attraverso l'istituto del silenzio-assenso. Costituiva eccezione alla regola la possibilità, riconosciuta nei soli casi espressamente individuati dall'Autorità, di dare immediato inizio alla fornitura del servizio a seguito di DIA.

La Direttiva ha sancito il divieto, per gli Stati membri, di subordinare l'inizio dell'attività di fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica ad un atto amministrativo. Ai sensi dell'art. 3, « *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».

La Direttiva prefigurava dunque un sistema di accesso al mercato non più «filtrato» da un potere amministrativo; un sistema nel quale l'attività di impresa trovasse titolo diretto di legittimazione nel quadro normativo, residuando all'amministrazione un potere di controllo successivo, limitato alla verifica della sussistenza delle condizioni di legge.

In questo contesto, il termine «autorizzazione», utilizzato dalla Direttiva, non è più riferito ad un atto amministrativo, ma ad una disciplina giuridica. «Autorizzazione generale» è infatti espressione sintetica con la quale il legislatore comunitario designa e riassume il regime giuridico di settore della fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica, ormai pienamente liberalizzata, applicabile a tutti i tipi di reti o servizi o a specifici tipi di reti o servizi⁶. In termini sostanzialmente analoghi è definita l'autorizzazione generale nel Codice (cfr. art. 1, lett. g)⁷.

Da qui l'incompatibilità del meccanismo del silenzio-assenso previsto dal d.P.R. 318/97, come regola generale per conseguire l'abilitazione all'avvio delle attività sottoposte ad autorizzazione generale, con il nuovo sistema di accesso al mercato. Anche l'istituto della denuncia d'inizio di attività (DIA), per come disciplinato dagli artt. 19 e 21 della legge 7 agosto 1990 n. 241, non risultava pienamente calzante, a causa di alcune differenze, rispetto al modello comunitario, relative alla fase di verifica successiva alla comunicazione di inizio attività.

Per trasporre il modello dell'autorizzazione generale previsto dalla Direttiva nell'ordinamento nazionale il legislatore italiano poteva seguire due strade: disegnare un meccanismo *ad hoc*, oppure impiegare lo strumento della DIA, opportunamente adattato.

La scelta è caduta su questa seconda soluzione, che denota tuttavia alcune incertezze applicative.

Dopo aver introdotto il principio, conforme al quadro comunitario, secondo cui l'impresa è abilitata ad iniziare la propria attività a decorrere dall'avvenuta presentazione di una dichiarazione

⁶ Art 2, par. 2, lett. a), della Direttiva Autorizzazioni: «per "autorizzazione generale" si intende il quadro normativo istituito dallo Stato membro che garantisce i diritti alla fornitura di reti o di servizi di comunicazione elettronica e stabilisce gli obblighi specifici per il settore applicabili a tutti i tipi o a tipi specifici di servizi e di reti di comunicazione elettronica, conformemente alla presente direttiva».

⁷ La «autorizzazione generale» è infatti definita dall'art. 1, lett. g), del Codice come «il regime giuridico che disciplina la fornitura di reti o di servizi di comunicazione elettronica, anche ad uso privato, ed i relativi obblighi specifici per il settore applicabili a tutti i tipi o a tipi specifici di servizi e di reti di comunicazione elettronica, conformemente al Codice».

al Ministero, l'art. 25, comma 4, del Codice qualifica espressamente tale dichiarazione come « denuncia di inizio attività ». Segue il richiamo all'art. 19 della legge 241/90, ai sensi del quale il Ministero, entro il termine di 60 giorni dalla presentazione della dichiarazione, verifica d'ufficio la sussistenza dei presupposti e dei requisiti richiesti e dispone, se del caso, con provvedimento motivato da notificare agli interessati entro il medesimo termine, il divieto di prosecuzione dell'attività⁸. L'art. 32 regola il procedimento che deve essere osservato dalle autorità di regolamentazione (Ministero ed AGCOM) per verificare l'osservanza delle condizioni dell'autorizzazione generale (nonché delle condizioni dei diritti d'uso e degli obblighi specifici) e per l'applicazione di sanzioni in caso di inosservanza.

Il rapporto tra la verifica sui « presupposti e requisiti » di cui all'art. 25, comma 4, del Codice, da effettuarsi entro i 60 giorni successivi alla dichiarazione, e la verifica relative all'osservanza delle condizioni dell'autorizzazione generale prevista dall'art. 32 del Codice non è chiaro. L'interpretazione preferibile è che la prima verifica riguardi i presupposti ed i requisiti per l'avvio dell'attività, e la seconda invece attenga al rispetto delle condizioni che debbono essere osservate nello svolgimento dell'attività medesima. Per i primi vale il regime di verifica previsto dall'art. 19 della legge 241/90, per i secondi vale invece il diverso regime delineato dall'art. 32 del Codice.

Il Codice peraltro non chiarisce quali siano in concreto tali « presupposti e requisiti ».

Il modello di dichiarazione di inizio attività riportato nell'Allegato 9 prevede soltanto l'onere per l'impresa dichiarante di allegare:

1) certificato di iscrizione alla Camera di commercio, comprensivo del nullaosta antimafia, ai sensi del d.lgs. 490/94 e d.P.R. 252/98;

⁸ Art. 25, comma 4: « L'impresa interessata presenta al Ministero una dichiarazione resa dalla persona fisica titolare ovvero dal legale rappresentante della persona giuridica, o da soggetti da loro delegati, contenente l'intenzione di iniziare la fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica, unitamente alle informazioni strettamente necessarie per consentire al Ministero di tenere un elenco aggiornato dei fornitori di reti e di servizi di comunicazione elettronica, da pubblicare sul proprio Bollettino ufficiale e sul sito Internet. Tale dichiarazione costituisce denuncia di inizio attività e deve essere conforme al modello di cui all'allegato n. 9. L'impresa è abilitata ad iniziare la propria

attività a decorrere dall'avvenuta presentazione della dichiarazione e nel rispetto delle disposizioni sui diritti di uso stabilite negli articoli 27, 28 e 29. Ai sensi dell'articolo 19 della legge 7 agosto n. 241 e successive modificazioni il Ministero, entro e non oltre sessanta giorni dalla presentazione della dichiarazione, verifica d'ufficio la sussistenza dei presupposti e dei requisiti richiesti e dispone, se del caso, con provvedimento motivato da notificare agli interessati entro il medesimo termine, il divieto di prosecuzione dell'attività. Le imprese titolari di autorizzazione sono tenute all'iscrizione nel registro degli operatori di comunicazione di cui all'articolo 1 della legge 31 luglio 1997, n. 249 ».

2) certificato da cui risulti che gli amministratori che rappresentano legalmente la società o il titolare dell'impresa non hanno subito condanne a pena detentiva per delitto non colposo superiore a sei mesi e non sono sottoposte a misura di sicurezza.

Se questi sono i « presupposti e i requisiti » ai quali fa riferimento l'art. 25, comma 4, la verifica prevista da tale disposizione si riduce a poca cosa. Ben altra importanza, invece, riveste la verifica prevista dall'art. 32, nella quale si sostanzia il controllo pubblico sulla legittimità dell'attività, alla luce dei limiti posti dalla normativa di settore, da svolgersi secondo un procedimento modellato sui principi di trasparenza, garanzia di partecipazione dell'interessato, e proporzionalità delle sanzioni applicabili.

Tra i punti qualificanti della Direttiva vi era, come si è visto, quello di ridurre gli oneri a carico delle imprese, anche per quanto attiene al profilo degli obblighi informativi nei confronti delle autorità di regolamentazione, soprattutto nella fase di accesso al mercato (cfr., in particolare, l'art. 3, comma 3).

Il Codice prevede in relazione a ciò che il contenuto della dichiarazione di inizio attività sia limitato alla volontà di avviare la fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica, ed alle « *informazioni strettamente necessarie per consentire al Ministero di tenere un elenco aggiornato dei fornitori di reti e di servizi di comunicazione elettronica* », da pubblicare sul proprio Bollettino ufficiale e sul sito Internet (art. 25, comma 4). Si tratta, in concreto, dei dati necessari ad identificare il prestatore del servizio, e di informazioni relative alla descrizione della tipologia della rete o del servizio utilizzati, nonché alla data di inizio attività. A queste informazioni si sommano, di fatto, le certificazioni antimafia e penali, sopra ricordate, richieste dal modello di comunicazione di inizio attività riportato nell'Allegato 9 del Codice. Nel complesso si tratta di informazioni non particolarmente onerose per il fornitore. Il passo in avanti rispetto al quadro legislativo previgente, che imponeva all'impresa di comunicare prima dell'avvio del servizio « *tutte le informazioni relative al servizio, necessarie a verificare la conformità alle condizioni stabilite* »⁹, è dunque sostanziale.

Lascia tuttavia perplessi il fatto che l'elenco dei fornitori, di cui alla predetta disposizione, si aggiunge al registro degli operatori di comunicazione (cd. « ROC »), tenuto dall'AGCOM, in base all'art. 1, comma 6, lett. a), n. 5, della legge 249/97, che il Codice ha deciso di conservare in vita. Ai sensi dell'art. 25, comma 4, infatti, l'iscrizione nel ROC è obbligatoria per le imprese titolari di autorizzazione.

⁹ Così l'art. 6, comma 3, del d.P.R. 318/97.

Questo significa che le imprese, dopo aver trasmesso al Ministero la comunicazione di inizio attività, unitamente alle informazioni necessarie per la tenuta dell'elenco dei fornitori, devono trasmettere all'AGCOM le stesse informazioni, con l'aggiunta di quelle relative all'assetto proprietario, per la tenuta del ROC.

La duplicazione degli adempimenti informativi a carico delle imprese è poco coerente con le finalità di semplificazione e di riduzione degli obblighi di informazione, propri della Direttiva (cfr., oltre all'art. 3, comma 3, l'art. 11).

Comunque sia, come traspare dalla lettera della disposizione, l'invio delle informazioni richieste per l'iscrizione nel ROC non costituisce condizione per l'avvio dell'attività di impresa. L'iscrizione in questione non rappresenta, infatti, un presupposto dell'abilitazione alla fornitura di reti e servizi di comunicazione, ma un obbligo che consegue all'abilitazione.

4. LE VICENDE DELL'AUTORIZZAZIONE GENERALE E DELL'ATTIVITÀ AUTORIZZATA: CESSAZIONE DELL'OFFERTA DI SERVIZI, RINNOVO E CESSAZIONE DELL'AUTORIZZAZIONE.

Con una serie di disposizioni contenute nei commi 5-8 dell'art. 25, il Codice regola alcune vicende dell'autorizzazione generale e dell'attività autorizzata.

Ai sensi del comma 5, la cessazione dell'esercizio di una rete o dell'offerta di un servizio di comunicazione elettronica può aver luogo in ogni tempo, ma «*deve essere comunicata agli utenti almeno 90 giorni prima, informandone contestualmente il Ministero. Tale termine è ridotto a trenta giorni nel caso di cessazione dell'offerta di un profilo tariffario*».

Su un piano sistematico, tale disposizione mal si colloca all'interno dell'art. 25, riguardante la disciplina dell'autorizzazione generale. Trattandosi di norma dettata con finalità di tutela dell'utente (la stessa finalità che è alla base degli obblighi di preavviso stabiliti dall'art. 16 del d.P.R. 318/97, per il caso di cessazione o di modifica dell'offerta di un servizio), la *sedes materiae* sembrava piuttosto essere la sezione III, del capo IV, dedicata ai «*diritti degli utenti finali*».

Sul piano dei contenuti, poi, l'imposizione di un preavviso non trova riscontro in alcuna specifica disposizione delle direttive comunitarie. Con riferimento alla cessazione dell'attività, il considerando n. 28 della Direttiva Autorizzazioni si limita a prevedere che «*ai fini statistici, ai fornitori di reti o di servizi di comunicazione elettronica può essere richiesta una notifica quando cessano le attività*». La legittimità della fissazione di un preavviso appare, dunque, quantomeno dubbia.

Privi di aggancio con le direttive comunitarie risultano anche i commi successivi, volti a disciplinare il rinnovo e la cessione del-

l'autorizzazione generale; essi, inoltre, rivelano profili di incongruenza della normativa e sollevano numerosi dubbi interpretativi.

Emerge in primo luogo l'ambiguità di significato dell'espressione « autorizzazione generale » impiegata dal Codice. Tale locuzione designa — secondo la definizione posta dall'art. 1, comma 1, lett. g) — una disciplina di settore (« *il regime giuridico che disciplina la fornitura di reti o di servizi di comunicazione elettronica [...]* »). Tuttavia, nell'art. 25, laddove si parla di « rinnovo » e di « cessione » della « autorizzazione generale », l'espressione sembra piuttosto riferirsi al complesso di situazioni giuridiche soggettive che, per effetto di quella disciplina, nascono in capo ad uno specifico soggetto, e cioè al potere di fornire reti e servizi di comunicazione elettronica, così come « conformato » dal quadro normativo applicabile. Solo rispetto a rapporti giuridici, infatti, è possibile concepire vicende modificative, quali appunto il rinnovo o la cessione.

Chiarito questo aspetto, mentre l'ipotesi del « rinnovo » dell'autorizzazione generale non sembra presentare, sul piano pratico, particolari problemi, altrettanto non può dirsi per la « cessione ».

Ai sensi dell'art. 25, comma 8, « *una autorizzazione generale può essere ceduta a terzi, anche parzialmente e sotto qualsiasi forma, previa comunicazione al Ministero nella quale siano chiaramente indicati le frequenze radio ed i numeri oggetto di cessione. Il Ministero entro sessanta giorni dalla presentazione della relativa istanza da parte dell'impresa cedente, può comunicare il proprio diniego fondato sulla non sussistenza in capo all'impresa cessionaria dei requisiti oggettivi e soggettivi per il rispetto delle condizioni di cui all'autorizzazione medesima. Il termine è interrotto per una sola volta se il Ministero richiede chiarimenti o documentazione ulteriore e decorre nuovamente dalla data in cui pervengono al Ministero stesso i richiesti chiarimenti o documenti* ».

Non risulta chiaro dal testo sopra richiamato se:

a) tale norma si riferisca a tutte le ipotesi di cessione di autorizzazione generale, o soltanto all'ipotesi in cui alla cessione dell'autorizzazione generale si accompagni la cessione delle numerazioni e delle frequenze radio per l'uso delle quali siano stati attribuiti al cedente diritti individuali *ex art. 27 del Codice*;

b) quale sia l'effetto della comunicazione di cessione (o « istanza », come, con confusione terminologica, lo stesso atto viene indicato nel secondo periodo del comma 8) presentata al Ministero, e del decorso del termine di 60 giorni entro il quale il Ministero può comunicare il proprio diniego alla cessione.

Rispetto al secondo quesito, il dubbio è se la norma in esame configuri un procedimento di silenzio-assenso, secondo lo schema di cui all'art. 20 della legge 241/90, o se gli effetti della cessione si producano sin dalla « comunicazione » (o « istanza »), salvo il potere del Ministero di rimuoverli entro 60 giorni, in caso di esito negativo della verifica sui « requisiti » prescritti, secondo uno

schema simile alla « denuncia di inizio attività » di cui all'art. 19 della legge 241/90, applicato all'ipotesi della cessione.

Il dato testuale fornisce indicazioni contraddittorie. Alcuni elementi della formula impiegata nel secondo periodo del comma 8 evocano l'istituto del silenzio-assenso. Si parla di « istanza », termine che, tradizionalmente, indica l'atto con il quale il privato sollecita un provvedimento amministrativo. Viene inoltre assegnato un termine all'amministrazione per comunicare l'eventuale provvedimento di diniego. Per contro, manca la previsione, tipica dell'istituto in parola, che ove la P.A. non comunichi il proprio diniego nel termine previsto, l'istanza si intenderà accolta. Inoltre — come sopra accennato — quella che il secondo periodo del comma 8 appella come « istanza », viene qualificata dal primo periodo del comma come « comunicazione ».

La questione è in sostanza se la cessione richieda, per produrre effetti, un provvedimento amministrativo, esplicito o (come accadrebbe nell'ipotesi di silenzio-assenso) implicito; o se gli effetti della cessione dell'autorizzazione, analogamente a quanto avviene per il « conseguimento » dell'autorizzazione, derivino direttamente dall'atto del privato, potendo l'amministrazione operare soltanto un controllo successivo (come avviene, appunto, nello schema della denuncia di inizio attività).

Se si opta per la prima soluzione, l'ambito di applicazione della disposizione dovrà — per ragioni di coerenza sistemica — essere ristretto alla sola ipotesi di cessione dell'autorizzazione generale combinata con il trasferimento di diritti individuali d'uso. Sarebbe infatti paradossale (e contrario al modello comunitario dei titoli abilitativi) che per la « cessione » dell'abilitazione fosse necessario un provvedimento amministrativo esplicito o implicito, che invece non è richiesto per acquisire l'abilitazione all'esercizio dell'attività di fornitura di reti o servizi. In un sistema come quello disegnato dal Codice, la necessità di un provvedimento, esplicito o implicito, per la cessione appare giustificata solo con riguardo alla cessione dei diritti individuali d'uso dei numeri e delle frequenze radio, posto che si tratta di situazioni giuridiche che trovano titolo non già nel quadro normativo di settore (come è, invece, per il potere di fornire reti e servizi di comunicazione elettronica, in virtù del modello « normativo » dell'autorizzazione generale), ma in provvedimenti amministrativi, e rispetto alle quali appare plausibile immaginare che le modificazioni soggettive siano subordinate, al pari dell'iniziale concessione, all'esercizio di un potere pubblico preventivo.

Il problema di circoscrive la sfera di applicazione della norma all'ipotesi in cui l'autorizzazione generale sia ceduta insieme ai diritti individuali d'uso sui numeri e sulle frequenze non si porrebbe invece se si accogliesse la seconda soluzione interpretativa, fondata sull'idea che la cessione produca effetti, anche per quanto attiene ai profili pubblicistici, sin dalla sua comunicazione al Mini-

stero. Per chi si ponga in questa prospettiva, non preclusa dal dato letterale incerto, resta comunque la difficoltà di spiegare il riferimento ai numeri ed alle frequenze oggetto di cessione, contenuto nella prima parte del comma 8. Si dovrebbe supporre che si tratti dei numeri e delle frequenze radio usati in virtù della stessa autorizzazione generale, e non di diritti individuali d'uso concessi ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Codice. Ciò consentirebbe di giustificare, sul piano del sistema, la scelta (corrispondente all'opzione interpretativa qui esaminata) di non subordinare il trasferimento ad alcun provvedimento amministrativo esplicito o implicito.

Una conferma in tale ultimo senso sembrerebbe provenire dal secondo periodo del comma 8, in base al quale la verifica all'esito della quale il Ministero può comunicare il proprio diniego dovrebbe avere ad oggetto « *la sussistenza in capo all'impresa cessionaria dei requisiti oggettivi e soggettivi per il rispetto delle condizioni di cui all'autorizzazione medesima* » (i.e. dell'autorizzazione generale); se le frequenze e i numeri oggetto di cessione fossero quelli sottoposti a diritti individuali d'uso, non si capirebbe per quale motivo la verifica debba riguardare le condizioni dell'autorizzazione generale, e non anche le condizioni corredanti la concessione dei predetti diritti individuali d'uso.

Non vi è, peraltro, perfetta coincidenza, almeno sul piano terminologico, tra la verifica richiesta dall'art. 25, comma 8, e la verifica prevista dall'art. 25, comma 4. Quest'ultima ha ad oggetto « *la sussistenza dei presupposti e dei requisiti richiesti* ». La prima invece concerne la « *sussistenza in capo all'impresa cessionaria dei requisiti oggettivi e soggettivi per il rispetto delle condizioni di cui all'autorizzazione medesima* ». Sembrerebbe, dunque — stando al dato letterale — che la verifica di cui all'art. 25, comma 8, abbia un oggetto più ampio, richiedendo una valutazione estesa al rispetto delle condizioni dell'autorizzazione. Tale discrepanza appare difficile tuttavia da giustificare su un piano sistematico.

A complicare il « puzzle » riguardante la disciplina della cessione dell'autorizzazione è l'indicazione, contraddittoria rispetto a quella fornita dal secondo periodo dell'art. 25, comma 8, proveniente dall'art. 14, comma 3, del Codice. Nel regolare l'ipotesi del c.d. « spectrum trading » la norma prevede che « *[...] i diritti di uso delle frequenze con limitata disponibilità di banda e conseguentemente assegnati ad un numero predeterminato di operatori, possono essere trasferiti su base commerciale dagli operatori che ne hanno legittima disponibilità ad altri operatori già autorizzati a fornire un rete con analoga tecnologia, con le modalità di cui ai commi 4 e 5. Per le altre frequenze il trasferimento dei diritti d'uso è assoggettato alle disposizioni di cui all'articolo 25, comma 8* ».

I commi 4 e 5 dell'art. 14, con riferimento alla fattispecie in esame, subordinano l'efficacia del trasferimento ad un provvedi-

mento amministrativo esplicito del Ministero, che dovrà essere adottato, sentita l'AGCOM, entro 90 giorni dalla notifica della relativa istanza da parte dell'impresa cedente¹⁰. L'AGCOM, a sua volta, dovrà sentire l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, al fine di verificare che la concorrenza non sia falsata in conseguenza dei trasferimento dei diritti d'uso¹¹.

Le disposizioni dell'art. 14 sopra individuate sembrano dunque porre una distinzione netta tra l'ipotesi trasferimento dei diritti di uso delle frequenze con limitata disponibilità di banda assegnati ad un numero predeterminato di operatori, e l'ipotesi del trasferimento dei diritti di uso riguardanti le «altre frequenze». Alla prima fattispecie si applica il procedimento previsto dai commi 4 e 5, caratterizzato — come si è visto — da una forte ingerenza dei poteri pubblici; la seconda invece è assoggettata alla disciplina di cui all'art. 25, comma 8.

Ciò porta a ritenere che — fatta eccezione per i diritti relativi alle frequenze destinate ai servizi televisivi e di radiodiffusione, sottoposti ad un regime particolare — i diritti d'uso delle frequenze diversi da quelli regolati dall'art. 14, comma 3, prima parte (diritti d'uso assegnati ad un numero predeterminato di operatori) siano assoggettati, per quanto riguarda l'ipotesi della cessione, alla disciplina prevista dall'art. 25, comma 8. E poiché tale categoria residuale comprende non solo i diritti d'uso che discendono direttamente dall'autorizzazione generale, ex art. 27, comma 2, del Codice, ma anche quelli oggetto di attribuzione individuale, ma non limitati nel numero¹², sembrerebbe corretto acce-

¹⁰ Art. 14, comma 4: «L'intenzione di un operatore di trasferire i diritti di uso delle radiofrequenze deve essere notificata al Ministero e all'Autorità ed il trasferimento di tali diritti è efficace previo assenso del Ministero ed è reso pubblico. Il Ministero, sentita l'Autorità, comunica, entro novanta giorni dalla notifica della relativa istanza da parte dell'impresa cedente, il nulla osta alla cessione dei diritti ovvero i motivi che ne giustificano il diniego».

¹¹ Art. 14, comma 5: «Il Ministero, all'esito della verifica, svolta dall'Autorità, sentita l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che la concorrenza non sia falsata in conseguenza dei trasferimenti dei diritti d'uso, può apporre all'autorizzazione, se necessario, le specifiche condizioni proposte. Nel caso in cui l'utilizzazione delle radiofrequenze sia stata armonizzata mediante l'applicazione della decisione n. 676/2002/CE o di altri provvedimenti comunitari, i trasferimenti suddetti non possono comportare un cambiamento dell'utilizzo di tali radiofrequenze».

¹² Occorre infatti ricordare che, in

base all'impianto previsto dal Codice, i diritti individuali d'uso relativi alle frequenze, ovverosia i diritti d'uso che derivano non già dall'autorizzazione generale, ma da un provvedimento amministrativo d'attribuzione, possono essere di due tipi: (i) diritti d'uso non limitati nel numero e (ii) diritti d'uso limitati nel numero. La decisione di limitare il numero dei diritti è prevista dall'art. 27, comma 6, e può essere assunta solo «quando ciò sia necessario per garantire l'uso efficiente delle frequenze stesse», nel rispetto della procedura regolata dall'art. 29. Tale decisione rimane distinta da quella, adottabile ai sensi dell'art. 27, comma 1, di subordinare l'uso delle frequenze alla concessione di diritti individuali d'uso. Anche la fase dell'attribuzione dei diritti segue regole diverse a seconda che si tratti di diritti limitati nel numero e diritti non limitati nel numero. Per i secondi, si applicano le disposizioni generali stabilite dai commi 4 e 5 dell'art. 27. Per i primi invece, si applicano le disposizioni particolari di cui ai commi 3 e seguenti dell'art. 29.

dere alla conclusione che l'art. 25, comma 8, si applica ad entrambe le ipotesi di cessione. Il che tuttavia ripropone le difficoltà interpretative più sopra evidenziate.

In questo contesto, caratterizzato dalla contraddittorietà degli elementi testuali e dalla loro insufficienza a risolvere il problema esegetico, appare a chi scrive corretto tentare una ricostruzione del significato delle norme che tenga in debito conto il dato sistematico.

L'impressione è che il testo dell'art. 25, comma 8, sconti un difetto di coordinamento, patito nel passaggio dalla versione originaria della disposizione alla versione finale approvata dal Consiglio dei Ministri. Nella prima versione, infatti, era detto espressamente che l'autorizzazione generale non potesse essere ceduta senza l'assenso del Ministero, qualificato in termini di « nulla osta ». Era altresì previsto che, ove il Ministero non avesse comunicato entro 60 giorni dalla « notifica della relativa istanza » da parte del cedente il proprio diniego motivato, il nulla osta si intendeva accordato. Come si vede, il meccanismo prefigurato dalla norma, nel testo originariamente proposto, era chiaramente quello del « silenzio-assenso ».

In un secondo momento ci si è resi conto che questo meccanismo, applicato alla cessione dell'autorizzazione generale, risultava incoerente con la disciplina stabilita dal comma 4 per l'avvio dell'attività, modellata secondo lo schema della denuncia di inizio attività; è stato perciò espunto il riferimento alla necessità dell'assenso del Ministero per la cessione, sostituito dalla previsione attuale secondo cui la cessione può essere operata a seguito di semplice « comunicazione », ed è stata altresì eliminata la dicitura che riconosceva come accordato il nulla osta, se il Ministero non si fosse pronunciato nel termine di 60 giorni dalla relativa istanza.

In questa prospettiva, la permanenza del termine « istanza » nel secondo periodo della disposizione appare il frutto di una svista; e lo stesso può forse dirsi per la discrepanza, prima rilevata, tra l'oggetto della verifica prevista dall'art. 25, comma 8, per la cessione dell'autorizzazione generale, e l'oggetto della verifica disciplinata dal comma 4 dello stesso articolo, con riferimento all'ipotesi dell'avvio dell'attività sottoposta ad autorizzazione generale.

Del resto, imprecisioni di questo tipo non sono rare nel Codice. Esempio al riguardo è l'art. 87, comma 9, dettato con riguardo ai procedimenti autorizzatori per l'installazione di infrastrutture di comunicazione elettronica. La disposizione in questione invero accomuna inopinatamente le « istanze di autorizzazione » per l'installazione dell'impianto, presentate ai sensi della prima parte del comma 3 dello stesso articolo, e le « denunce di attività », formulate ai sensi della seconda parte del comma 3 citato, stabilendo che esse « si intendono accolte » qualora entro

novanta giorni dalla presentazione del progetto e della relativa domanda non sia stato comunicato un provvedimento di diniego¹³. È evidente però che, a dispetto del dato testuale, la previsione del silenzio-assenso può concretamente riferirsi soltanto alle ipotesi per le quali l'abilitazione all'installazione consegue al provvedimento autorizzatorio dell'amministrazione, e non anche alle diverse ipotesi, regolate dall'art. 87, comma 3, nelle quali l'installazione può effettuarsi a seguito di « denuncia di inizio attività », risultando il meccanismo del silenzio-assenso incompatibile con lo schema della DIA.

In definitiva, sembra preferibile, con riguardo al tema della cessione dell'autorizzazione generale e del trasferimento dei diritti d'uso delle frequenze e dei numeri, la seguente soluzione interpretativa:

a) la cessione dell'autorizzazione generale, come anche dei diritti d'uso delle frequenze e dei numeri che discendono direttamente dall'autorizzazione generale non è subordinata ad alcun provvedimento autorizzatorio e produce effetto dalla comunicazione al Ministero. A seguito della comunicazione di cessione, ed entro i 60 giorni successivi, il Ministero verifica la sussistenza in capo al cessionario dei requisiti necessari per lo svolgimento dell'attività oggetto d'autorizzazione, compiendo un esame di contenuto analogo a quello previsto dall'art. 25, comma 4, con riferimento all'ipotesi dell'avvio dell'attività. Se la verifica ha esito negativo, il Ministero dispone, a carico del cessionario, il divieto di prosecuzione dell'attività.

b) nell'ipotesi in cui il cedente intenda trasferire anche i diritti individuali d'uso delle numerazioni e delle frequenze derivanti da provvedimenti di rilascio adottati dall'amministrazione ai sensi dell'art. 27, comma 5, del Codice, e per i quali (relativamente alla frequenze) non sia stata disposta la limitazione del numero ex art. 29, il trasferimento di tali diritti è subordinato ad un provvedimento del Ministero, che dovrà pronunciarsi nei 60 giorni successivi alla relativa istanza; nella valutazione dell'istanza il Ministero potrà (e dovrà) valutare la sussistenza in capo al cessionario dei requisiti per il rispetto delle condizioni dei diritti d'uso oggetto di cessione;

c) infine, per il trasferimento dei diritti d'uso delle frequenze assegnati ad un numero predeterminato di operatori, si applicherà la disciplina descritta dai commi 3, 4 e 5 dell'art. 14.

¹³ Art. 87, comma 9: « Le istanze di autorizzazione e le denunce di inizio attività di cui al presente articolo, nonché quelle relative alla modifica delle caratteristiche di emissione degli impianti già esistenti, si intendono accolte qualora, entro novanta

giorni dalla presentazione del progetto e della relativa domanda, fatta eccezione per il dissenso di cui al comma 8, non sia stato comunicato un provvedimento di diniego »

5. IL CONTENUTO DELL'AUTORIZZAZIONE GENERALE: DIRITTI E CONDIZIONI.

In conformità con la Direttiva, il Codice si preoccupa di indicare, nell'art. 26, l'elenco minimo dei diritti derivanti in capo alle imprese dall'autorizzazione generale.

Questi consistono:

- a) nel diritto di fornire reti e servizi di comunicazione elettronica;
- b) nel diritto di richiedere le autorizzazioni o presentare le dichiarazioni necessarie per esercitare il diritto di installare le infrastrutture;
- c) nel diritto di negoziare l'interconnessione con altri fornitori di reti o di servizi titolari di un'autorizzazione generale e, ove applicabile, nel diritto di ottenere l'accesso o l'interconnessione alle reti, alle condizioni previste dal Capo III del Titolo II del Codice;
- d) nel diritto di poter essere designate quali fornitori del servizio universale.

Per agevolare l'esercizio di tali diritti, l'art. 31 del Codice, recependo l'analoga disposizione contenuta nell'art. 9 della Direttiva, prevede che il Ministero rilasci, nel termine di una settimana, una dichiarazione dalla quale risulti che l'impresa ha presentato la comunicazione di avvio dell'attività prevista dall'art. 25, e nella quale siano indicati i poteri e diritti spettanti all'impresa. La Direttiva contemplava due modalità di rilascio della dichiarazione, alternative tra di loro: rilascio automatico, a seguito della ricezione di una comunicazione di inizio attività; rilascio su richiesta dell'impresa. Il Codice si è attestato sulla seconda soluzione.

La dichiarazione del Ministero non ha peraltro carattere provvedimento, sostanziandosi in un atto a contenuto eminentemente ricognitivo. Essa appare, dunque, coerente con il modello « normativo » dell'autorizzazione generale, in precedenza delineato.

Anche a proposito delle condizioni che possono corredare l'autorizzazione generale, il Codice sembra, nella sostanza, aver rispettato le disposizioni comunitarie.

Tra i principi cardine del nuovo quadro regolamentare, la Direttiva Autorizzazioni contemplava, all'art. 6, i seguenti enunciati:

- 1) l'autorizzazione generale e i diritti d'uso delle frequenze radio e dei numeri non possono essere assoggettati a condizioni diverse da quelle esaustivamente elencate nella Direttiva medesima;
- 2) tali condizioni devono essere obiettivamente giustificate, proporzionate, trasparenti e non discriminatorie;
- 3) le condizioni corredanti l'autorizzazione generale devono essere tenute separate da quelle apposte ai diritti individuali d'uso delle frequenze radio e dei numeri, e dagli obblighi specifici imposti al fornitore da altre disposizioni.

L'art. 28 del Codice introduce detti principi nell'ordinamento nazionale, riproducendo quasi pedissequamente le corrispondenti disposizioni della Direttiva.

Rappresenta tuttavia un'aggiunta la norma contenuta nella parte finale dell'art. 28, comma 1, del Codice, in base alla quale l'autorizzazione generale è sempre sottoposta alla condizione n. 11 della parte A dell'Allegato 1, consistente nell'assicurare, sin dall'inizio dell'attività le prestazioni ai fini di giustizia di cui all'art. 96 del Codice (prestazioni a fronte di richieste di intercettazione e di informazione da parte delle competenti autorità giudiziarie); norma che, dettata evidentemente da preoccupazioni di sicurezza pubblica, rappresenta tuttavia, sul piano sistematico, un'anomalia.

Quanto all'elenco delle condizioni che possono corredare le autorizzazioni generali, l'Allegato 1, parte A, ripete, sostanzialmente, l'elencazione tassativa compiuta dalla Direttiva. Anche qui, l'unica anomalia riguarda proprio la condizione n. 11 (prestazioni ai fini di giustizia), che si differenzia dalla corrispondente condizione posta dalla Direttiva per il fatto che: *a*) la norma interna, richiamando l'art. 96 del Codice, si riferisce non solo alle « intercettazioni » ma, più in generale, alle « informazioni » da fornire all'autorità giudiziaria per finalità di giustizia; *b*) manca, stranamente, il richiamo alla normativa sulla protezione dei dati personali quale limite dell'obbligo di effettuare le prestazioni informative richieste.

A parte ciò, il tema delle condizioni apponibili alle autorizzazioni generali si presta a una riflessione più ampia avente ad oggetto l'effettivo valore giuridico della condizione, ove apposta.

A ben vedere, gran parte delle condizioni elencate nell'Allegato 1, parte A, fa riferimento a prescrizioni e misure il cui rispetto è imposto all'impresa direttamente dalla legge o da fonti secondarie (ad esempio: rispettare la normativa ambientale e la pianificazione urbana e rurale, garantire la protezione dei dati personali e la tutela della vita privata, rispettare le norme sulla tutela dei consumatori specifiche del settore delle comunicazioni elettroniche, ecc.).

In questi casi, l'effetto dell'apposizione della condizione non è quello di introdurre a carico dell'impresa obblighi nuovi rispetto a quelli già derivanti dalla normativa vigente, ma di legare a tale obbligo le conseguenze previste dall'art. 32 del Codice per il caso di inosservanza. L'inserimento di un determinato obbligo di legge tra le condizioni dell'autorizzazione fa sì che la sua violazione costituisca, allo stesso tempo, violazione della specifica disposizione di legge (con le conseguenze da questa fissate) ed inosservanza di una condizione dell'autorizzazione (con gli effetti descritti dall'art. 32 del Codice).

Il Codice, come si è visto, si preoccupa (perché costretto dalla normativa comunitaria) di definire l'elenco esaustivo delle condi-

zioni applicabili alle autorizzazioni generali e di stabilire i criteri della loro applicazione, ma tace su due aspetti importanti:

a) il soggetto (od i soggetti) al quale spetta di selezionare, tra quelle astrattamente applicabili previste dalla legge, le condizioni da porre a corredo dell'autorizzazione generale (o meglio delle autorizzazioni generali, potendo essere previste diverse tipologie di autorizzazioni, e cioè diverse discipline, in ragione delle diverse tipologie dei servizi ai quali esse si riferiscono); solo per le condizioni da apporre ai diritti d'uso delle frequenze radio o dei numeri, il Codice individua espressamente il soggetto competente nel Ministero (cfr. art. 28, comma 4), circostanza che dovrebbe indurre a riconoscere nello stesso Ministero l'autorità competente alla definizione delle condizioni delle autorizzazioni generali;

b) la forma giuridica dell'atto con il quale vengono definite dal soggetto (o dai soggetti) di cui al punto a) le condizioni generali; è certo, comunque, tenuto conto delle caratteristiche del sistema autorizzatorio in precedenza delineate, che dovrà trattarsi di un atto di carattere normativo; ed invero le « condizioni » rappresentano parte essenziale della disciplina di settore nella quale si sostanzia l'autorizzazione generale.

I diritti, le condizioni e le procedure relativi alle autorizzazioni generali (nonché ai diritti di uso o ai diritti di installazione delle infrastrutture) possono essere modificati, ma solo in casi obiettivamente giustificati e in misura proporzionata (v. l'art. 36 del Codice, che riproduce il corrispondente principio stabilito dall'art. 14 della Direttiva). La competenza è assegnata al Ministero, al quale è fatto obbligo di comunicare l'intenzione di procedere alla modifica ai soggetti interessati, compresi gli utenti e i consumatori; a costoro deve essere concesso un periodo sufficiente ad esprimere la propria posizione, non inferiore a quattro settimane.

6. IL CONTROLLO SULL'OSSERVANZA DELLE CONDIZIONI DELLE AUTORIZZAZIONI GENERALI.

L'art. 32 del Codice regola la fase del controllo relativo all'osservanza delle condizioni poste a corredo delle autorizzazioni generali, nonché delle condizioni apposte ai diritti di uso od agli obblighi specifici gravanti sugli operatori ai sensi dell'art. 28, comma 2.

Il comma 1 dell'art. 32 definisce, attraverso il rimando all'art. 33, gli obblighi informativi a carico delle imprese, strumentali all'espletamento della funzione del controllo. I commi successivi, invece, disciplinano le conseguenze dell'inosservanza delle condizioni.

In ordine al primo punto, il Codice non sembra presentare differenze significative rispetto a quanto previsto dal legislatore comunitario (cfr. art. 10, par. 1, della Direttiva Autorizzazioni).

In concreto, gli obblighi informativi strumentali alla funzione di vigilanza saranno individuati dal Ministero e dall'AGCOM (ciascuna per quanto attiene ai controlli di sua competenza), con il vincolo fissato dall'art. 33, comma 1, secondo cui tali obblighi devono essere proporzionati ed oggettivamente giustificati.

Per contro, la disciplina delle conseguenze dell'inosservanza delle condizioni non è del tutto aderente ai precetti comunitari.

Nel complesso, la procedura per l'accertamento dell'infrazione, la contestazione, la presentazione di memorie difensive da parte dell'impresa, l'applicazione dei rimedi per il caso di inosservanza, seguono l'impostazione fissata dall'art. 10 della Direttiva. Vi sono però due differenze, che attengono ai presupposti per:

a) l'abbreviazione del termine di un mese previsto dal comma 2 per la cessazione della condotta integrante la violazione, ed il ripristino della situazione precedente;

b) l'adozione del provvedimento di sospensione o di revoca dei diritti d'uso, necessari per la fornitura delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica.

Quanto al profilo *sub a)*, l'abbreviazione del termine è consentito dall'art. 10, par. 2, della Direttiva solo nel caso in cui l'abbreviazione sia concordata con l'impresa, o si tratti di « violazioni ripetute ». L'art. 32, comma 2, del Codice invece affianca all'ipotesi della reiterazione dell'infrazione, quella della sua gravità, introducendo in tal modo un'ipotesi di abbreviazione del termine su decisione unilaterale dell'autorità di regolamentazione non contemplata dalla Direttiva.

Una situazione analoga si riscontra in relazione al profilo *sub b)*. Ai sensi dell'art. 10, par. 5, della Direttiva, la sospensione o la revoca dei diritti d'uso è misura estrema che può essere adottata dalle autorità nazionali di regolamentazione solo nel caso in cui siano state accertate violazioni gravi e ripetute delle condizioni, e le misure volte ad assicurare il loro rispetto, disposte ai sensi del par. 3, si siano rivelate inefficaci. L'art. 32, comma 4, del Codice stabilisce invece che la sospensione o la revoca dei diritti d'uso possa essere disposta dal Ministero o dall'Autorità nell'ambito delle rispettive competenze, « qualora vi siano violazioni gravi o reiterate » più di due volte nel quinquennio (e sia stata verificata l'inefficacia delle misure adottate ai sensi del comma 3). La sostituzione della congiunzione « e » con la particella disgiuntiva « o » comporta, come risulta evidente, un pericoloso ampliamento dei poteri delle autorità di regolamentazione rispetto al modello prefigurato dalla Direttiva.

7. CONCLUSIONI.

L'analisi condotta nei precedenti paragrafi conferma anzitutto che il Codice delle comunicazioni elettroniche segna, rispetto al

quadro normativo previgente, un passo in avanti verso un regime di regolazione ex ante più « leggero ». Peraltro, le ambiguità segnalate nelle singole disposizioni e alcune modifiche introdotte alla bozza originaria del testo normativo sembrano sintomatiche di come il legislatore italiano abbia fatto fatica a imboccare e a far propria fino in fondo la logica liberalizzatrice della Direttiva Autorizzazioni. In questo come in molti altri settori della regolamentazione amministrativa, l'abbandono del modello tradizionale dell'autorizzazione preventiva, possibilmente discrezionale, incontra resistenze anzitutto culturali.

Comunque sia, il nuovo regime dei titoli abilitativi nel settore delle comunicazioni elettroniche costituisce nel nostro ordinamento l'esperienza più avanzata di « conformazione del potere di conformazione », cioè di delimitazione rigorosa per legge dei poteri pubblici di conformazione del diritto d'impresa. Si potrebbe anzi parlare di « evaporazione » dello strumento tradizionale dell'autorizzazione con funzione prescrittiva individuale in un regime giuridico generale posto direttamente da norme di rango primario o comunque da atti normativi di tipo generale. Si tratta di un vero e proprio capovolgimento di prospettiva, specie se si tiene presente che, com'è noto, il punto di partenza di questa evoluzione è costituito dal Codice postale del 1973, superato solo dal d.P.R. n. 318/1997, che prevedeva come strumento regolatorio fondamentale la concessione. Se si considera l'origine settecentesca del vocabolo, la concessione è essenzialmente, come ricorda Massimo Severo Giannini, un atto di benevolenza sovrana, ovvero, nella visione contemporanea, un atto con carattere ampiamente discrezionale rispetto al quale l'impresa non può vantare alcun diritto in senso proprio¹⁴.

Non è detto peraltro che il modello d'avanguardia adottato dal Codice delle comunicazioni elettroniche faccia scuola in settori della regolazione amministrativa privi di briglie comunitarie così strette.

¹⁴ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, 1970, Vol. II, p. 1135 e seg.