

**CONSIGLIO STATO****26 GIUGNO 2001****PRESIDENTE:** GIOVANNINI**ESTENSORE:** CARINGELLA**PARTI:** AUTORITÀ GARANZIE

NELLE COMUNICAZIONI

(Avv. St. D'Amato)

**SOC. TELECOM ITALIA**(Avv. ti Guarino, D'Amelio  
e Domenichini)**SOC. RETE A**

(Avv. Sorrentino)

**SOC. MEDIASET**(Avv. ti Frignani, Santa Maria,  
Presutti e Modugno)**SOC. CECCHI GORI GROUP**

(Avv. ti Gambino e Predieri)

**CODACONS ED ALTRI**

(Avv. Rienzi)

**Procedimento****giurisdizionale • Rito****abbreviato • Art. 21****comma 9 legge n. 1034/****1971 novellato**• **Decisione nel merito**• **Conversione del rito****d'ufficio • Condizioni di****ammissibilità**

*L'art. 21 comma 9 legge 6 dicembre 1971, n. 1034, come innovato dalla legge 21 luglio 2000, n. 205, individua tra i presupposti essenziali per la definizione nel merito della controversia pervenuta dinanzi al giudice amministrativo la fissazione della camera di consiglio, la completezza del contraddittorio, la completezza dell'istruttoria e l'audizione delle parti costituite. Esistendo tali requisiti, il Collegio giudicante può operare d'ufficio la conversione del rito, anche in mancanza di espresso assenso delle parti o in presenza di esplicito dissenso, purché sussistano comunque i presupposti dell'integrità del contraddittorio e della maturità dell'istruttoria che permettano di ovviare all'esigenza di accelerazione processuale.*

**Poste e telecomunicazioni**• **Misure****anticoncorrenziali • Art. 4  
comma 8 ultimo periodo  
legge n. 249/1997**• **D.P.R. n. 318/1997**• **Interpretazione**• **Inapplicabilità a Telecom  
Italia**

*L'art. 4 comma 8 ultimo periodo legge 31 luglio 1997, n. 249 non si applica più alla Società Telecom Italia, essendo venute a mancare le ragioni della differenziazione della posizione giuridica di quest'ultima e con essa quei profili che giustificavano le misure asimmetriche normativamente disposte nei confronti dell'ex monopolista. L'art. 4 cit., infatti, nella parte in cui stabilisce che la concessionaria del servizio pubblico di telecomunicazioni non può essere destinataria direttamente o indirettamente di concessioni radiotelevisive su frequenze terrestri in chiaro, né fornire programmi e servizi, né raccogliere pubblicità per i concessionari radiotelevisivi nazionali e locali su frequenze terrestri in chiaro, va interpretato con riferimento al d.P.R. 19 settembre 1997, n. 318, che ha modificato il quadro normativo preesistente consentendo l'ingresso effettivo di altri operatori nel settore delle telecomunicazioni.*

**F**ATTO E DIRITTO. — 1. In data 7 agosto 2000 Seat Pagine Gialle S.p.A. (di seguito indicata Seat), società direttamente controllata dalla Telecom Italia S.p.A. (che possiede il 63,3% del capitale sociale), da una parte e, dall'altra, Cecchi Gori Group Media Holding s.r.l. e Cecchi Gori Group FinMaVI S.p.A. stipulavano un accordo finalizzato al graduale acquisto, da parte della prima, di Cecchi Gori Communications S.p.A. (di seguito CGC), società che a sua volta controllava le emittenti titolari delle concessioni televisive relative ai canali TMC e TMC2.

Con delibera n. 51/01/CONS del 17 gennaio 2001 l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di seguito AGCom), chiamata ad esprimersi ai sensi dell'art. 1, comma 6, lett. c), n. 13, della legge 31 luglio 1997, n. 249,

considerava non autorizzabile l'operazione alla stregua del combinato disposto dell'art. 4, comma 8, e 2, comma 17 e 18, della legge n. 249/1997.

Giova rammentare che l'art. 4, comma 8, ultimo periodo, prevede che « *la concessionaria del servizio pubblico di telecomunicazioni non può essere destinataria direttamente o indirettamente di concessioni radiotelevisive su frequenze terrestri in chiaro né fornire programmi e servizi né raccogliere pubblicità per i concessionari radiotelevisivi nazionali e locali su frequenze terrestri in chiaro* ». A sua volta l'art. 2, ai commi 17 e 18, definisce la nozione di controllo rilevante ai fini dell'applicazione dei divieti e della repressione degli abusi contemplati dalla medesima normativa.

In sostanza l'AGcom, in sede di autorizzazione dei trasferimenti di proprietà delle società che esercitano l'attività radiotelevisiva di cui al citato art. 1, comma 6, lett. c), n. 13, della legge n. 249/1997, ha reputato che all'assentibilità dell'operazione di che trattasi ostasse, ai sensi del rammentato art. 4, comma 8, ultimo periodo, della medesima legge, il divieto per la Telecom, concessionaria storica del servizio di telecomunicazioni, di acquisire, attraverso la Seat, il controllo di società titolare di concessioni radiotelevisive su frequenze terrestri in chiaro.

Nella medesima circostanza l'Autorità segnalava « *ai sensi dell'art. 1, comma 6, lett. c), n. 13, della legge n. 249/1997, che la realizzazione del processo di convergenza nel settore delle comunicazioni, favorito dalla dinamica dello sviluppo dell'innovazione tecnologica, e dal prossimo utilizzo delle tecnologie digitali nelle trasmissioni radiofoniche e televisive, rende opportuna, oltre al recepimento della direttiva 1999/64/CE del 23 giugno 1999, la predisposizione di un quadro normativo che, anche adeguando ed armonizzando le vigenti disposizioni, stabilisca, nella salvaguardia dei principi del pluralismo e della concorrenza, condizioni e limiti relativi alle proprietà incrociate tra i soggetti operatori di reti di telecomunicazioni e dei mezzi di comunicazione di massa* ».

Con provvedimento successivo reso il 23 gennaio 2001, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito AGCM) autorizzava per quanto di competenza l'operazione di concentrazione, in via condizionata al rispetto di misure correttive volte a limitare « *il rafforzamento di una posizione dominante in capo al gruppo Telecom nei mercati della raccolta pubblicitaria on-line, della raccolta pubblicitaria sull'annuariistica cartacea, della fornitura di servizi di accesso ad Internet, nonché la costituzione di una posizione dominante nei nuovi mercati derivanti dalla convergenza, tali da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza nei mercati interessati* ».

Con due distinti ricorsi presentati al TAR Lazio la Telecom Italia Mobile S.p.A. e la SEAT Pagine Gialle S.p.A. impugnavano la delibera AGCom n. 51/2001 chiedendone contestualmente la sospensione dell'efficacia.

Chiamata a riesaminare la precedente determinazione per effetto delle Ordinanze cautelari pronunciate dai Giudici di primo grado, l'AGCom, con la delibera n. 95/01/CONS del 20 febbraio 2001, ribadiva il giudizio negativo espresso circa l'autorizzabilità dell'operazione in esame.

All'esito della camera di consiglio fissata ai fini dell'esame delle istanze con le quali le società ricorrenti, lamentando il carattere esclusivo della delibera da ultimo citato, avevano chiesto la definizione del merito e, in subordine, l'adozione di misure attuative delle pregresse pronunce caute-

lari, il Tribunale, esercitando il potere di definizione del giudizio nel merito ai sensi dell'art. 3, comma 3, della legge 21 luglio 2000, n. 205, ha accolto, previa riunione, i ricorsi ed ha annullato il provvedimento gravato (la delibera n. 51/01 cit.) considerando la successiva determinazione dell'AGCom colpita da effetto caducante.

Appellano con separati ricorsi l'AGCom, Mediaset S.p.A., Rete A s.r.l., Cecchi Gori Group Finmavi S.p.A. e Cecchi Gori Group Media Holding S.p.A. Resiste Telecom Italia S.p.A., che propone altresì appelli incidentali.

Le parti hanno affidato al deposito di memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive posizioni difensive.

All'udienza del 29 maggio 2001 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. L'identità della sentenza gravata impone la riunione degli appelli.

3. Devono essere preliminarmente vagliate le censure con le quali tutte le parti appellanti lamentano il vizio di procedura nel quale sarebbero incorsi i primi Giudici allorché hanno deciso il merito della controversia all'esito della camera di consiglio fissata ai fini della trattazione degli incidenti cautelari di esecuzione proposti a seguito dell'adozione, da parte dell'AGCom, della ricordata delibera n. 95/2001.

Le censure non possono essere condivise.

Osserva il Collegio che l'art. 21, comma 9, della legge n. 1034/1971, risultante dalle innovazioni introdotte dalla legge 21 luglio 2000, n. 205, dispone che « *in sede di decisione della domanda cautelare, il T.A.R., accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria ed ove ne ricorrano i presupposti, sentite sul punto le parti costituite, può definire il giudizio nel merito a norma dell'art. 26* ».

I presupposti sostanziali e procedimentali alla cui verifica il legislatore ancora la possibilità di definizione del merito sono così sintetizzabili:

a) fissazione di camera di consiglio per la decisione della domanda cautelare;

b) completezza del contraddittorio;

c) completezza dell'istruttoria;

d) audizione delle parti costituite.

Sopraesedendo per il momento all'esame del presupposto di cui *sub a)*, non è seriamente contestabile la verifica dei presupposti di cui alle lett. b) ss.

Quanto alla completezza del contraddittorio (lett. b), è pacifico che i ricorsi di primo grado sono stati ritualmente notificati all'autorità emanante ed alle società portatrici di un identificabile interesse antagonistico rispetto alla posizione fatta valere dalle società originariamente ricorrenti. Si deve soggiungere, a conferma della pienezza del contraddittorio e della salvaguardia piena dell'esplicazione del diritto di difesa di cui all'art. 24 della Carta Fondamentale, che, in occasione delle iniziali determinazioni cautelari, è stata disposta la notifica del ricorso delle società del Gruppo Cecchi Gori, e tanto nonostante dette società, quantomeno in un'epoca storica anteriore alla verifica della pretesa condizione risolutiva della fattispecie contrattuale di cui si dirà in seguito, apparissero, nella loro qualità di parti dell'operazione contrattuale non autorizzata

per effetto del provvedimento impugnato, portatrici di un interesse identico o parallelo a quello fatto valere dalle società impugnanti e fossero, quindi, qualificabili come soggetti cointeressati. Si deve altresì rammentare che tutte le parti costituite, ivi comprese le società evocate in giudizio per effetto delle ricordate ordinanze cautelari, avevano illustrato con ampiezza, attraverso gli scritti ed in sede di discussione orale, le posizioni difensive anche sul merito della valenza o, quel che più rileva ai presenti fini, avevano avuto la possibilità di farlo.

A non dissimili conclusioni si deve pervenire per quel che riguarda il requisito *sub* lett. c) (integrità dell'istruttoria), posto che la documentazione in atti e le difese articolate dalle parti offrivano un quadro esauriente dei profili fattuali necessari ai fini della decisione.

Quanto all'aspetto di cui alla lett. d), ossia l'audizione delle parti, è contestato in punto di fatto che tutte le parti interessate e costituite erano state destinatarie della notifica dell'istanza con la quale le società ricorrenti in primo grado avevano esplicitamente richiesto, in via prioritaria rispetto alla delibazione dell'incidente di esecuzione proposto, la definizione della controversia nel merito ai sensi del più volte citato art. 3, della legge n. 205/2000. A nulla rileva, in un contesto così caratterizzato — nel quale non risulta che alcuna delle parti abbia sollecitato un'integrazione dell'istruttoria ovvero chiesto un rinvio ai fini dell'articolazione di incombenzi processuali per i quali non fossero scaduti i termini di rito — la verbalizzazione del dissenso ad opera di tutte le parti odiernamente appellanti: secondo un pacifico insegnamento giurisprudenziale, maturato con riguardo all'omologa fattispecie di cui all'art. 19, del d.l. n. 67/1997, convertito dalla legge n. 135/1997, il potere di operare la conversione del rito è esercitabile *ex officio*, anche in caso di mancata prestazione dell'assenso o addirittura di manifestazione del dissenso delle parti, in presenza dei presupposti della integrità del contraddittorio e della maturità dell'istruttoria che consentano di soddisfare, senza incisione del diritto di difesa, l'esigenza di accelerazione processuale tenuta presente dal legislatore.

Non assume rilievo neanche il dato, sul quale pure hanno posto l'accento le parti appellanti, della già avvenuta fissazione della data imminente dell'udienza di merito. Ad un simile argomento è agevole replicare, per un verso, che la fissazione dell'udienza non esclude la possibile verifica, in un turno di tempo anteriore, in coerenza con la ricordata *ratio* della prescrizione legislativa, dei presupposti per una più celere definizione che conducano ad una tacita revoca della ordinanza di fissazione; e, per altro assorbente profilo, che la rituale notificazione dell'istanza di definizione del merito escludeva nella specie il radicarsi di un affidamento delle parti evocate in giudizio circa la impossibilità di un'anticipazione della decisione di merito rispetto all'imminente data stabilita per l'udienza di trattazione. Si deve allora ribadire che, anche sotto questo profilo, l'anticipazione del merito rispetto all'udienza non è stata idonea a scalfire la piena esplicazione dei diritti e delle prerogative defensionali.

Le considerazioni fin qui svolte sono di aiuto anche al fine di concludere nel senso della sussistenza del primo presupposto, rappresentato dalla fissazione di camera di consiglio per la decisione della domanda cautelare. Alla suggestiva prospettazione offerta dalle parti appellanti, a tenore della quale il legislatore, con l'ancorare la definizione del merito alla sede della « decisione della domanda cautelare », avrebbe inteso fare rife-

rimento alla sola camera di consiglio per l'adozione primigenia della misura cautelare, con conseguente esclusione delle successive camere di consiglio eventualmente fissate per la trattazione degli incidenti di esecuzione, si deve ribattere che la domanda intesa a sollecitare l'adozione di misure esecutive della statuizione cautelare, nella specie formulata in via graduata rispetto alla richiesta di trattazione diretta del merito, lungi dal dar vita ad una fase processuale caratterizzata da un profilo di separatezza, costituisce ulteriore esplicazione della iniziale domanda cautelare ritenuta non soddisfatta per effetto del comportamento omissivo od attivo tenuto dall'amministrazione in un momento successivo alla determinazione giurisdizionale. Ne consegue che lo stesso potere eccitato per effetto dell'incidente di esecuzione non costituisce un potere concettualmente distinto ma, inserendosi come tappa ulteriore dell'unico incidente cautelare inaugurato con la domanda originaria, tende funzionalmente a dare in termini integrativi una risposta a quest'ultima attraverso la verifica della necessità dell'adozione di misure che, in un'ottica appunto integrativa ed esecutiva, siano necessarie al fine di soddisfare le esigenze urgenti poste a corredo dell'istanza introduttiva. In altre parole si può convenire che le disposizioni attuative che il Giudice può adottare in caso di inottemperanza alla misura cautelare, ai sensi del penultimo comma del riformato art. 21, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, non rispondono ad un'autonoma funzione sanzionatoria nei confronti dell'amministrazione inadempiente ma costituiscono esplicazione del medesimo potere cautelare esercitato inizialmente per il tramite di una statuizione asseritamente rivelatasi insufficiente, per via della condotta amministrativa successiva, a fronteggiare il pericolo di danno grave ed irreparabile paventato dall'istante.

La bontà della tesi fin qui esposta, secondo cui il potere di conversione nel merito non spira con l'adozione della misura cautelare primigenia ma si perpetua nelle successive occasioni in cui l'interessato promuove iniziative dirette ad eccitare un'ulteriore esplicazione del potere di decisione della domanda cautelare al quale si riferisce l'art. 3, comma 3, della legge n. 205/2000, è ulteriormente suffragata dall'incongruità logica dei risultati ai quali condurrebbe l'opposto approccio ermeneutico. Non è infatti chi non veda come la tesi in questa sede avversata porterebbe all'illogico risultato di precludere in modo astratto al Giudice, chiamato all'adozione delle misure attuative, l'esercizio di un potere di decisione di merito, che sarebbe esercitabile in occasione della precedente camera di consiglio, e tanto nonostante la ricorrenza, in termini plausibilmente accentuati dal decorso del tempo e dall'atteggiamento non collaborativo dell'amministrazione, delle medesime esigenze di economia processuale che, compatibilmente con la salvaguardia delle esigenze di integrità del contraddittorio, sono alla base della scelta legislativa di cui si discorre. Una simile preclusione rigida si rivela in particolare foriera di risultati incongrui quante volte, come prospettato nella fattispecie in esame in occasione dell'istanza di esecuzione della misura cautelare, la specificità degli interessi in rilievo faccia sì che con il decorso del tempo si accentui non solo il pericolo di pregiudizio non riparabile ma anche la necessità della sollecita definizione di un assetto stabile della controversia non compatibile con la caratterizzazione precaria ed interinale della statuizione cautelare.

4. Non meritano positiva valutazione neanche i motivi di appello, originari ed aggiunti, con i quali le società del gruppo Cecchi Gori deducono

il difetto di interesse alla coltivazione dei ricorsi originari da parte di Seat e Telecom, e tanto sulla base della considerazione che il mancato intervento, entro il 31 gennaio dell'anno in corso, dell'autorizzazione dell'AGCom avrebbe determinato, ai sensi degli artt. 14.1. e 14.5. del contratto stipulato con Seat, la definitiva risoluzione della fattispecie pattizia e, con essa, l'inutilità di una pronuncia giurisdizionale di annullamento non idonea a sanare detto *deficit* provvedimentale.

Il Collegio deve osservare che esula dal compito cognitivo di questo Giudice la verifica dei riflessi che la pronuncia di annullamento del diniego di autorizzazione è idonea a sortire sul piano della perdurante efficacia del contratto stipulato tra le società del Gruppo Cecchi Gori e la Seat, evidente essendo che spetta alla competenza del Giudice civile, già adito al riguardo, la cognizione delle controversie relative all'interpretazione del contratto, con particolare riferimento all'inclusione dell'autorizzazione dell'AGCom nel novero di quelle condizionanti ed alla necessità che, alla scadenza del 31 gennaio 2001, venga in rilievo il provvedimento autorizzatorio come fatto storico ovvero sotto il profilo della decorrenza effettuale anche in ragione dell'annullamento giurisdizionale dell'originario diniego con effetto retroattivo. Si deve in ogni caso rimarcare che, anche ad aderire in linea di ipotesi alla prospettazione delle appellanti, la possibilità, per le società originariamente ricorrenti, di spiccare in un momento successivo l'azione di risarcimento dei danni cagionati dal diniego illegittimo, ai sensi dell'art. 7, della legge 21 luglio 2000, n. 205, sarebbe sufficiente a sostenere l'interesse ad ottenere e preservare la pronuncia giurisdizionale di annullamento del provvedimento negativo originariamente adottato dall'autorità.

5. Sempre sul piano processuale non risulta convincente neanche la tesi secondo la quale la mancata impugnazione della delibera n. 95/2001, resa dall'AGCom a seguito della richiesta di riesame sollecitata con Ordinanza del Giudice in primo grado, produrrebbe il difetto di interesse alla coltivazione del ricorso avverso l'originaria determinazione negativa. Il Collegio deve convenire con i primi Giudici circa la non necessità di un'apposita impugnativa del provvedimento, posto che la seconda statuizione, sprovvista di apprezzabili elementi di novità e di aspetti di autonomia concettuale, si sostanzia nell'illustrazione dei medesimi argomenti posti a sostegno della determinazione reiettiva. Trattasi pertanto di atto a carattere confermativo che trova nel provvedimento impugnato il suo unico antecedente e presupposto logico, e, che, quindi, non può non essere travolto, con effetto automaticamente caducante, a seguito dell'eliminazione del provvedimento iniziale. Sotto altra prospettiva, l'assenza di effettivi elementi di novità e, soprattutto, la riproposizione, a corredo della successiva determinazione confermativa, delle stesse tesi giuridiche confutate dai Giudici di primo grado in occasione della misura cautelare a carattere propulsivo, qualificano il provvedimento in termini di violazione della statuizione cautelare; donde, in applicazione di consolidati principi pretorili in tema di ottemperanza, l'emersione di una situazione di carenza di potere e, con essa, di radicale nullità della statuizione in parola.

6. Per concludere la rassegna dei profili processuali, non merita condivisione l'assunto sviluppato in sede di discussione orale secondo il quale

la Telecom, in quanto parte estranea all'operazione di concentrazione, sarebbe stata priva della legittimazione a ricorrere avverso il provvedimento negativo adottato dall'AGCom. Il dato puramente formale della non assunzione della veste di parte contrattuale non toglie infatti che l'atto di diniego, adottato all'esito di procedimento al quale è stata chiamata a prendere parte la Telecom, muove proprio dalla considerazione dell'asserita impossibilità, per detta ultima società, di fare ingresso nel mercato della televisione in chiaro ed appare quindi lesivo dell'interesse di detto soggetto di entrare in detto mercato per il tramite della controllata Seat.

7. Prima di passare all'esame del merito dei ricorsi principali si impone, per chiari motivi di pregiudizialità, la disamina degli appelli incidentali con i quali la Telecom ripropone la tesi a dire della quale il mancato rispetto del termine generale fissato dall'art. 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, ai fini della definizione dei procedimenti amministrativi, avrebbe determinato l'esaurimento del potere interdittivo in capo all'Autorità, con ciò sortendo l'effetto di legittimare le società interessate allo svolgimento dell'attività ai sensi del meccanismo della denuncia legittimante di cui all'art. 19, della stessa legge n. 241/1990. Di qui la conclusione secondo la quale, all'epoca del provvedimento negativo oggetto di gravame, l'operazione sarebbe già stata pienamente autorizzata in virtù del funzionamento del meccanismo semplificato previsto in termini generali dalla legge, con riferimento ad autorizzazioni sprovviste di profili di discrezionalità amministrativa.

La tesi non è meritevole di positiva considerazione.

La Sezione, in disparte ulteriori considerazioni relative alla tempestività dei meccanismi di proroga, osserva che all'operatività della fattispecie della denuncia legittimante di cui all'art. 19 cit. si oppone l'assorbente considerazione che la competenza esercitata dall'Autorità è regolata da una disciplina speciale *ratione materiae*, che, in considerazione della sensibilità degli interessi in rilievo, contempla l'assoggettamento degli atti di trasferimento della proprietà delle società esercenti attività radiotelevisiva ad un provvedimento autorizzatorio dell'Autorità di garanzia (art. 1, comma 6, lett. c), n. 13, della legge n. 249/1997). In specie, la norma di legge, intervenuta in epoca posteriore alla legge n. 241/1990 ed alle successive modificazioni di questa che hanno interessato l'art. 19, fa riferimento ad un meccanismo autorizzativo che si pone in termini di chiara differenziazione rispetto all'istituto della denuncia legittimante, in seno al quale la facultizzazione del soggetto allo svolgimento dell'attività, non più necessitante di un provvedimento abilitante espresso o tacito, promana dalla semplice iniziativa dell'interessato, se non seguita da un intervento di carattere repressivo-interdittivo da parte dell'amministrazione deputata al controllo. Chiarita la non pertinenza del richiamato all'art. 19, della legge n. 241/1990 per detto assorbente profilo, non risulta convincente neanche l'insistito richiamo alla consumazione del potere decisorio in capo all'AGCom, pacifico essendo che i termini per la definizione del procedimento amministrativo di cui al richiamato art. 2, della legge n. 241/1990 assumono una caratterizzazione sollecitoria e che, in ogni caso, l'assunto della perentorietà, predicabile in astratto con riguardo ad interventi di carattere repressivo, proibitivo o sanzionatorio, sarebbe ontologicamente escluso, in quanto diretto a ritorcersi contro gli interessi

del privato, con riferimento a procedimenti destinati a sfociare in provvedimenti capaci di arricchire la sfera giuridica dell'istante.

8. Si può ora passare all'esame delle censure che toccano il merito della controversia, ruotante attorno all'interpretazione dell'art. 4, comma 8, ulteriore periodo, della legge n. 249/1997, norma a mente della quale « *la concessionaria del servizio pubblico di telecomunicazioni non può essere destinataria direttamente o indirettamente di concessioni radiotelevisive su frequenze terrestri in chiaro né fornire programmi e servizi né raccogliere pubblicità per i concessionari radiotelevisivi nazionali e locali su frequenze terrestri in chiaro* ».

8.1. Le tesi che si contrappongono sono così riassumibili.

a) Secondo la prospettazione offerta dall'AGCom e sviluppata dalle parti appellanti, la norma in parola identificherebbe come destinatario la società Telecom in quanto tale, descrittivamente identificata con la menzione del titolo di concessionaria di esclusiva del servizio di telecomunicazioni, ponendo un divieto destinato a sopravvivere alla cessazione della qualifica di concessionaria ovvero al venir meno della posizione monopolistica di cui questa aveva goduto fino all'avvio effettivo del processo di liberalizzazione del settore. A sostegno dell'assunto si osserva che la norma in parola sarebbe una disposizione asimmetrica volta ad evitare, anche per il tempo successivo al venir meno dei diritti esclusivi collegati tradizionalmente al titolo concessorio, lo sfruttamento del vantaggio competitivo rispetto agli operatori del settore scaturente dallo sfruttamento passato della posizione di monopolista.

b) Secondo l'opposta prospettiva abbracciata dalle società originariamente ricorrenti e fatta propria dai primi Giudici, il menzionato art. 4, comma 8, assumerebbe quale destinatario del divieto di ingresso nel settore delle comunicazioni la concessionaria del servizio pubblico di telecomunicazioni in considerazione della posizione di gestore esclusivo nel servizio di telecomunicazioni rivolto alla generalità degli utenti. Traendo linfa dalla premessa che il riferimento alla qualifica di concessionaria servirebbe non all'identificazione del destinatario ma all'esplicazione dello *status* che giustifica l'inibizione, si conclude che il venir meno della posizione di esclusività, per effetto del mutato quadro normativo nazionale e comunitario nel senso della liberalizzazione, avrebbe determinato l'esaurimento degli effetti del *vetitum* legislativo.

8.2. La Sezione ritiene che un'analisi sistematica e costituzionalmente orientata della disciplina normativa di riferimento depona a favore della tesi sposata dai Giudici di prime cure.

8.3. Giova partire dalla contestazione di fondo mossa dalle parti ricorrenti alla parabola argomentativa sviluppata dal Tribunale. Secondo i ricorrenti, nonostante il dato letterale della disposizione sembri legare il divieto allo *status* di società concessionaria, occorre dare preferenza ad un approccio teleologico che prenda le mosse dalla *ratio* della prescrizione. Emerge allora che si è al cospetto di una norma orientata, in un'ottica asimmetrica, ad evitare che l'operatore storico *ex* monopolista instauri la propria attività nei mercati diversi da quello oggetto dell'esclusiva da poco cessata e, quindi, a favorire condizioni di parità



sostanziale tra gli operatori; in una simile prospettiva proconcorrenziale, ispirata ad un'asimmetria benigna, il permanere della qualità formale della concessionaria finirebbe allora per perdere ogni rilievo ai fini della persistenza di un divieto che trova il suo fondamento in una posizione dominante certamente non superata automaticamente con il cessare sul piano formale dell'esclusiva legale.

La tesi non resiste ad una lettura attenta ai valori costituzionali ed ai principi comunitari in tema di eguaglianza, di libertà di iniziativa economica e di garanzia della concorrenza. La premessa secondo la quale al legislatore sarebbe consentito di dettare prescrizioni asimmetriche, destinate ad operare dopo l'avvento del processo di liberalizzazione e volte ad impedire all'ex monopolista di sfruttare la posizione dominante, è in linea astratta suscettibile di condivisione a patto che la trama legislativa sia corredata da limiti capaci di concludere in termini di ragionevolezza la penalizzazione stabilita in modo singolare nei confronti di un operatore. Se infatti non è illogico che il legislatore, prendendo atto della gradualità fattuale dei processi di liberalizzazione, possa presumere *juris et de jure* che l'operatore monopolista conservi, anche dopo la sanzione formale del processo liberalizzatore, una posizione di fatto dominante capace di inquinare l'affermazione reale del principio concorrenziale, è nondimeno indubitabile che una disposizione di tal fatta, eccezionalmente diretta ai danni di un singolo operatore di un mercato ormai concorrenziale, può essere considerata ammissibile solo laddove fissi, in conformità ad un parametro di ragionevolezza, in modo diretto ovvero *per relationem*, il torno di tempo con riguardo al quale il legislatore reputa, sulla base di una presunzione assoluta non suscettibile di essere vanificata da prova concreta di segno contrario, che l'operatore storico vanti una posizione dominante suscettibile di alterare lo sviluppo concorrenziale.

Si intende in definitiva affermare che una norma asimmetrica di carattere singolare, in un regime di mercato concorrenziale, deve essere necessariamente temporanea. Una prescrizione la quale, in un mercato ormai liberalizzato, fissasse, a carico di uno specifico operatore economico, un divieto a tempo indeterminato rispetto al momento della cessazione della posizione di esclusiva, presumendo in modo assoluto il permanere di una posizione dominante anche con riferimento ad un periodo di tempo nel quale ragionevolmente gli effetti storici della posizione di monopolio potrebbero risultare superati o sensibilmente attenuati, presenterebbe una connotazione irragionevolmente discriminatoria, in chiaro contrasto con i principi di ragionevolezza, di eguaglianza, di libertà di iniziativa economica e di concorrenza ricavabili dagli artt. 3 e 41 Cost. oltre che dalle disposizioni comunitarie anche relative al settore specifico di riferimento.

Nel caso di specie non è seriamente dubitabile che la tesi avversata, espungendo dal tessuto normativo il riferimento alla qualifica di concessionaria e, quindi, reputando irrilevante il venir meno della posizione di monopolio tradizionalmente ricollegata allo *status* in esame, finisce per il conferire alla disposizione asimmetrica un respiro temporale potenzialmente indefinito, e ciò in chiaro contrasto con i ricordati referenti costituzionali e, prima ancora, in contraddizione intrinseca con la pure affermata vocazione asimmetrica della prescrizione. Non può neanche valorizzarsi, al fine di recuperare una necessaria dimensione di temporaneità,

il richiamo dell'art. 5, comma 6, della legge n. 249/1997, alla possibilità di una modifica delle disposizioni dettate dall'art. 4 attraverso l'adozione di un regolamento di delegificazione da emanarsi ai sensi dell'art. 17, comma 2, della legge n. 400/1988. Non è infatti chi non veda come la teorica possibilità dell'avvio di un processo di delegificazione, espressione di scelte politiche non suscettibili di coercizione, non valga a conferire alla norma una dimensione temporale certa che, sola, può rendere costituzionalmente ammissibile una disposizione volta a dettare una disposizione proibitiva a carico di un operatore specifico nel contesto di un mercato liberalizzato.

8.4. L'irrazionalità, anche sul piano costituzionale, della lettura patrocinata dalle parti appellanti è vieppiù accentuata dalla considerazione, efficacemente espressa dai primi Giudici, che, venuta meno l'efficacia della proibizione legislativa di cui all'art. 4, la tutela dei valori di concorrenzialità e di pluralismo nel settore delle telecomunicazioni non resta sguarnita di presidio e rifluisce:

a) per « i settori delle comunicazioni sonore e televisive », nelle forme procedurali e nei criteri di valutazione stabiliti dall'art. 2, della legge n. 249/1997, rimessi alla competenza dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ed oggetto di specifica disciplina con il regolamento 23 marzo 1999, n. 26;

b) per il più ampio settore delle comunicazioni, nei poteri di vigilanza e controllo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con il concorso in via consultiva dell'AGCom giusta il disposto di cui all'art. 1, comma 6, lett. c), n. 11, della legge n. 249/1997.

Reputa invero la Sezione che la presenza, nel tessuto ordinamentale, di norme di carattere generale idonee a garantire la verifica in concreto della compatibilità di operazioni e comportamenti delle imprese con i valori della concorrenza e del pluralismo rendano ancora più plasticamente evidente l'incongruità di un'opzione ermeneutica che finisce per reputare operante un divieto a tempo indeterminato, sulla base di una valutazione astratta non suscettibile di confutazione, quando, anche, per effetto del decorso del tempo, ne siano venuti meno i presupposti fattuali. Una lettura di tal fatta, ricavando dall'art. 4, comma 8, della legge n. 249/1997 una inibizione assoluta, finisce infatti per privare, in via autoritativa ed a tempo indeterminato, un operatore economico della possibilità di tutelare i suoi diritti dimostrando, all'esito di procedimenti ispirati alla logica del contraddittorio, la non concorrenza in concreto di profili pregiudizievoli per la piena esplicazione del gioco concorrenziale e per la salvaguardia dei valori del pluralismo nel settore delle comunicazioni. Emblematica dell'incongruità dei risultati ai quali conduce la tesi interpretativa portata avanti dalle parti appellanti si appalesa la compresenza, nella vicenda in concreto, di un provvedimento negativo dell'AGCom, basato sulla mera valorizzazione dello sbarramento assoluto derivante dalla presunzione *juris et de jure* dell'incompatibilità con il principio dell'effettività della concorrenza dell'ingresso nel mercato televisivo dell'ex monopolista nel settore delle telecomunicazioni, e di un provvedimento di segno opposto dell'AGCM, che, chiamata a pronunciarsi ai sensi dell'art. 6, della legge n. 287/1990, ha ritenuto, sulla base questa volta di una verifica in concreto della situazione di mercato, che, nel rispetto delle prima ricordate prescrizioni correttive, l'operazione in esame non fosse ido-

nea ad eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza.

8.5. Le considerazioni fin qui svolte mettono in risalto l'incostituzionalità della tesi che finisce per qualificare la prescrizione di cui all'art. 4, comma 8, della legge n. 249/1997 alla stregua di norma proibitiva, singolare, asimmetrica e sostanzialmente a tempo indeterminato.

In omaggio al canone ermeneutico che impone la preferenza per un approccio interpretativo costituzionalmente orientato, si deve allora privilegiare l'interpretazione offerta dai primi Giudici che, in conformità al dato letterale, collega alla permanenza dello *status* di gestore esclusivo la *ratio* e, con essa, il raggio temporale di azione della limitazione legale posta all'attività di impresa della Telecom. Ne deriva che la definitiva perdita della qualifica di monopolista e l'ingresso sul mercato della telefonia vocale di altri operatori, resi possibili in virtù dell'attuazione del processo di liberalizzazione innescata dal d.P.R. 19 settembre 1997, n. 318 sulla base di principi di non discriminazione e di non proporzionalità (art. 2), hanno determinato il venir meno delle condizioni che giustificavano e rendevano costituzionalmente compatibile il divieto. È superfluo soggiungere che con l'ingresso effettivo di altri operatori nel settore della telefonia vocale è venuta meno la differenziazione della posizione giuridica della Telecom fotografata dalla legge del 1997 e, soprattutto, è divenuta non più tollerabile una limitazione posta a carico di uno solo degli operatori nel settore *de quo*, in modo avulso dalla verifica in concreto della posizione dominante e dei rischi concorrenziali, al cospetto della possibilità di ingresso degli altri operatori, teoricamente dotati anche di notevole forza anche in ambito internazionale, nel settore del mercato televisivo in chiaro.

8.6. Non vale a superare le osservazioni fin qui svolte la considerazione secondo la quale la tesi ora esposta finirebbe per svuotare di significato la prescrizione dettata dalla legge n. 249/1997, posto che proprio detta normativa ha sancito il passaggio dal sistema monopolistico all'assetto liberalizzato nel settore delle telecomunicazioni. A tale rilievo si deve replicare che la legge n. 249/1997 ha sancito in termini programmatici il principio della liberalizzazione nel settore che qui rileva, rinviando alle successive determinazioni la fissazione di modi e tempi per il venir meno della posizione esclusiva della Telecom e per l'effettivo ingresso di altri operatori concorrenti. Solo il d.P.R. 19 settembre 1997, n. 318, regolamento di delegificazione per l'attuazione delle direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni, ha dotato di effettività il processo di liberalizzazione, sancendo il venir meno, in un arco di tempo compreso tra il 1° gennaio 1998 ed il 1° gennaio 1999, dei diritti speciali e di esclusiva per l'offerta del servizio della telefonia vocale, l'allineamento delle concessioni e delle autorizzazioni alle disposizioni regolamentari, l'eliminazione degli obblighi derivanti dalle concessioni non compatibili con la nuova disciplina e, infine, l'assoggettamento dell'offerta del servizio di telefonia vocale a licenze individuali le cui condizioni sono basate su criteri di obiettività, proporzionalità, non discriminazione e trasparenza (art. 2, comma 3 ss.; art. 5, comma 6). Giova soggiungere che, in ossequio a detta disciplina, l'AGCom ha rilasciato, in data 22 novembre 2000, licenza in-

dividuale per la prestazione del servizio di telefonia locale in favore della Telecom.

Non assume neanche rilievo la disputa formale circa la permanenza o meno, dal punto di vista formale, del titolo concessorio anche dopo le ricordate scadenze fissate dal d.P.R. n. 318/1997. La ricordata necessità di privilegiare una lettura costituzionalmente compatibile consente agevolmente di ravvisare nella qualità di gestore esclusivo tradizionalmente connessa alla qualità di concessionario il significato del riferimento alla posizione di concessionario contenuto nell'art. 4, comma 8, più volte citato. Una volta che la concessione è stata depurata dei profili di specialità e di esclusività che la connotavano, in virtù dell'allineamento imposto dal d.P.R. n. 318/1997, e che alla Telecom è stata rilasciata licenza individuale, la posizione dell'ex gestore esclusivo, oprante sul mercato in concorrenza con i nuovi licenziatari, ha smarrito quei profili qualificanti capaci di giustificare un divieto assoluto operante a prescindere dalla verifica in concreto della situazione di mercato e degli effetti derivanti dalle operazioni di concentrazione. L'affermarsi della concorrenza ha imposto a questo punto, in coerenza con il principio di non discriminazione coesenziale alla logica del mercato, il superamento di divieti meccanici privi della ragione giustificatrice originaria e potenzialmente idonei a determinare situazioni anticompetitive.

Non decisiva appare infine l'osservazione, sviluppata dagli appellanti, secondo cui la volontà legislativa di non fissare un termine preciso per il divieto in esame si ricaverebbe dalla comparazione con le altre disposizioni contenute nell'art. 4 della legge che, riferendosi alla medesima concessionaria, fissano divieti connotati da una dimensione temporale. La mancanza di un termine proprio per il divieto in parola, lungi dal suffragare la tesi della perpetuità del divieto, rafforza la ricordata necessità di agganciare alla permanenza dello *status* di gestore esclusivo il divieto e di individuare nella transizione al mercato liberalizzato resa possibile dall'attuazione del d.P.R. n. 318/1997, al più tardi in coincidenza con il 1° gennaio 1999, la caducazione degli effetti della prescrizione inhibitoria.

9. Le considerazioni che precedono dimostrano l'illegittimità del provvedimento impugnato in primo grado, stante la non perdurante operatività del divieto normativo sul quale è fondato l'unico motivo a sostegno del diniego di un'autorizzazione che, ai sensi dell'art. 1, comma 6, lett. c), n. 13, della legge n. 249/1997, non presenta profili di discrezionalità amministrativa. Ne deriva l'automatica caducazione del provvedimento confermativo successivamente adottato dall'AGCom.

10. Gli appelli principali, al pari di quelli incidentali, vanno pertanto respinti mentre la sentenza di primo grado merita integrale conferma.

Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M. — Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, riuniti i ricorsi in epigrafe indicati, respinge gli appelli principali ed incidentali e conferma la sentenza di primo grado.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

**LA CONVERGENZA  
TRA TELEVISIONE  
E TELECOMUNICAZIONI  
NEL CASO SEAT-TMC**

**1. PREMESSA.**

Con le decisioni n. 1852/01 del T.A.R. Lazio prima, e n. 3463/01 del Consiglio di Stato poi, si sono aperte nuove prospettive per il mondo della comunicazione: la cd. convergenza multimediale è stata sanzionata dalla giustizia amministrativa, che ha concretizzato e reso possibile sul piano giuridico quello che, in base alle considerazioni dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, sembrava dover restare un'utopia, quanto meno fino a successive modificazioni del quadro normativo vigente. Il giudice di secondo grado, infatti, accogliendo la soluzione già offerta dal Tar Lazio in primo grado, ha avallato una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 4 della « legge Maccanico », sì da respingere l'interpretazione datane dall'Autorità di settore che aveva precedentemente bollato l'operazione SEAT-TMC come illegittima.

Prima di passare all'esame del caso, tuttavia, appare doveroso fornire qualche cenno sul processo di convergenza tecnologica tra mezzi di comunicazione, affinché sia possibile comprendere meglio la portata della pronuncia in oggetto, carica di potenziali conseguenze per la società dell'informazione.

**2. LA CONVERGENZA COME FULCRO DELLA LEGGE N. 249/1997.**

Per *digital collision* tra telecomunicazioni, televisione e informatica s'intende la capacità di differenti piattaforme di rete di gestire servizi di tipo fondamentalmente simile in un processo di graduale scomparsa della distinzione fra mezzi della comunicazione e suoi contenuti (voce, immagini, dati)<sup>1</sup>. In tal modo, contenuti tradizionalmente veicolati mediante la televisione potranno essere diffusi tramite diversi mezzi di comunicazione, quali il PC o i telefonini che utilizzano la tecnologia UMTS o GPRS, consentendo all'utente un certo grado di interattività con il mezzo stesso<sup>2</sup>. Peraltro, ad un simile approccio accolto in Italia dalla legge n. 249/1997, sono state rivolte critiche autorevoli che, sostenendo la sostanziale diversità quanto alla natura storica e alle funzioni svolte dai due mezzi di comunicazione, sottolineano la necessità, in controtendenza, di discipline giuridiche differenziate<sup>3</sup>.

L'integrazione di diversi mezzi di comunicazione dovrebbe portare taluni vantaggi all'utenza anche grazie alla recente (1° gennaio 1998) e de-

<sup>1</sup> Così E. CHELI, *Convergenza, grande opportunità che impone nuove regole, flessibili*, in *Telèma*, n. 25/01, <http://www.fub.it/telema/TELEMA25/Cheli25.html>.

<sup>2</sup> Sul tema della convergenza digitale, si veda l'interessante ed esaustivo documento predisposto dalla Commissione Eu-

ropea: « *Libro Verde sulla convergenza tra i settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e delle tecnologie dell'informazione e sulle sue implicazioni normative* », Bruxelles, 1997 (COM(97) 623).

<sup>3</sup> V. ZENO-ZENCOVICH, *Il sistema integrato delle telecomunicazioni: spunti sistematici e critici sulla legge 31 luglio*

finitiva liberalizzazione del settore delle TLC — ed al conseguente abbattimento di diritti speciali ed esclusivi —, che ha aperto il settore alla concorrenza e posto il consumatore di fronte a una nuova varietà di offerte, migliori dai punti di vista qualitativo e del costo<sup>4</sup>. Dunque, ne dovrebbero derivare maggior rapidità e capillarità dell'informazione, interattività e flessibilità nella selezione di essa, innovazione continua e servizi a prezzo inferiore. A tali vantaggi potrebbe corrispondere, sul versante negativo, un certo sbandamento iniziale dovuto al maggior ventaglio di possibilità che si profileranno sin dall'inizio della fase di apertura dei mercati. Il passaggio dal regime di monopolio a quello di competizione non è facile né indolore, vista la portata del fenomeno, e c'è chi deve rinunciare a una consolidata posizione di lungo e incontrastato dominio in favore del libero gioco delle forze di mercato. È proprio in base a queste considerazioni che si evidenzia l'importanza di un altro aspetto che è diretta emanazione del primo e suo fondamento. Il contesto economico appena descritto fa sorgere la necessità di nuovi approcci di regolamentazione in un settore nel quale confluiscono sia le telecomunicazioni sia la radio-diffusione. Il ruolo della legislazione nazionale assume dei contenuti essenziali e strategici nella reale attuazione della libera concorrenza nel mercato delle TLC, dovendo garantire che non si verifichino distorsioni della concorrenza nella fornitura di nuovi servizi (abusi di posizione dominante), che siano aboliti gli ostacoli alla loro libera circolazione, che l'accesso (interconnessione) alle nuove reti di telecomunicazione sia disponibile senza discriminazioni e infine, ma non da ultimo, che vi sia la concreta ed efficace salvaguardia del pluralismo nell'offerta (*in primis* attraverso la previsione di una regolamentazione asimmetrica che favorisca, almeno nella fase iniziale, l'ingresso di nuovi operatori sul mercato) e nell'informazione, a effettiva tutela del consumatore, perché egli possa davvero esercitare la sua libertà di scelta con cognizione di causa.

---

1997, n. 249, in questa *Rivista*, 1997, p. 735 ss.

<sup>4</sup> La direttiva n. 88/301 della Commissione Europea ha stabilito la soppressione dei diritti speciali o esclusivi concessi dagli Stati ad alcuni enti pubblici o privati, per la commercializzazione, l'allacciamento, l'installazione e la manutenzione di apparati terminali di telecomunicazioni. Ai sensi della direttiva, gli Stati avrebbero dovuto fare in modo che tutti gli operatori avessero gli stessi diritti e che la normazione tecnica e di omologazione fosse attribuita a un ente indipendente. In seguito, l'Unione è nuovamente intervenuta a sollecitare l'adozione da parte degli Stati membri di misure liberalizzatrici e, sulla base della proposta contenuta nel Libro Bianco *Delors*, predisposto dalla Commissione sul tema della « *Crescita, competitività e occupazione. La sfida e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo* », Bruxelles, 1993, il Commissario Martin

Bangemann, responsabile della politica delle telecomunicazioni e delle tecnologie dell'informazione, è stato incaricato di formare e coordinare un gruppo di personalità indipendenti al fine di elaborare progetti concreti per lo sviluppo della società europea dell'informazione. Il rapporto che ne è scaturito nel 1994 — noto come « Piano Bangemann » — ha individuato tre priorità: deregolamentazione, liberalizzazione, privatizzazione, raccomandando principalmente: agli Stati membri di accelerare il processo di liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni; di aprire alla concorrenza le infrastrutture e i servizi ancora in regime di monopolio; di eliminare gli oneri politici di natura non commerciale e i vincoli finanziari imposti agli operatori di telecomunicazioni; di definire calendari e scadenze precisi per l'attuazione di misure pratiche per conseguire tali obiettivi; di istituire a livello europeo un'Autorità di regolamentazione; come

Il caso in oggetto testimonia tale stato di cose e contiene in sé nodi problematici di ordine economico — poiché realizza la più imponente operazione di integrazione verticale sul mercato — e di ordine giuridico — poiché mette in luce alcune inadeguatezze dell'attuale contesto normativo rispetto al fenomeno della convergenza — che meritano di essere analizzati in prospettiva futura, considerando che l'operazione Seat-TMC crea un precedente nel settore delle comunicazioni ed apre la strada ad ulteriori questioni. Infatti, considerata l'attuale tendenza all'integrazione delle varie tecnologie comunicative, si intuisce per quale ragione la legge istitutiva dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è arrivata a ricomprendere in un unico testo due discipline, quella radiotelevisiva e quella relativa alle telecomunicazioni. Ciò, coerentemente con le tendenze attuali che vedono l'avvenire delle comunicazioni di massa nella convergenza<sup>5</sup> resa possibile a livello tecnico dal progredire della tecnologia digitale, attraverso cui è consentito unificare le reti di trasmissione e ridurre le distanze tra le piattaforme TV, PC o TLC. Il legislatore, nell'intento di anticipare scenari tecnologici assai prossimi, ha deciso di accogliere una concezione innovativa in proposito — per lo meno nelle intenzioni — e di intraprendere una strada a dire il vero poco battuta. Si pensi che a tutt'oggi un simile modello è adottato solo in Finlandia, Olanda, Svizzera, Stati Uniti e Canada (è a quest'ultimo che si è più ispirato il nostro legislatore), anche se con molta probabilità la « coabitazione » tra TV e TLC sarà destinata a costituire per il futuro il *trend* di riferimento per chiunque si accinga a una sistemazione della normativa in materia<sup>6</sup>.

Tuttavia, non sono mancate autorevoli critiche, che hanno posto l'accento sulla profonda diversità dei due settori, l'uno, quello delle telecomunicazioni, caratterizzato dalla sostanziale neutralità del mezzo rispetto al contenuto, l'altro, quello della radiodiffusione, intrinsecamente e inevitabilmente contraddistinto dal contenuto veicolato, dal che sarebbe stato opportuno far discendere una tutela differenziata e la predisposizione di contesti normativi adeguati alle particolarità della comunicazione<sup>7</sup>. Sul piano teorico, questa impostazione appare ineccepibile, poiché è naturale che modalità diverse di comunicazione implicino profili regola-

obiettivi precipui, l'interconnessione delle reti e l'interoperabilità dei servizi e delle applicazioni.

<sup>5</sup> Cfr. D. GALLINO, *Il libro delle telecomunicazioni*, Adnkronos libri, Roma, 1998, p. 273 ss.

<sup>6</sup> In Canada opera dal 1976 la CRTC (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission), nata nel 1968 con il *Broadcasting Act* come agenzia regolativa del solo settore radiotelevisivo (Canadian Radio-television Commission). Attualmente, la CRTC è incaricata di regolare e sorvegliare i due ambiti della radiotelevisione, ai sensi del *Broadcasting Act* del 1991, e delle telecomunicazioni, ai sensi del *Telecommunications Act* del 1993, e il suo ruolo consiste principalmente nel bilanciare correttamente le finalità culturali, sociali ed economiche della legi-

slazione in suddetti settori, in modo da offrire al pubblico l'accesso a servizi di comunicazione competitivi sul piano nazionale così come su quello internazionale, di alta qualità e a prezzi ragionevoli. A livello strutturale, vi è da registrare un fatto abbastanza curioso: la CRTC vede i suoi membri, nominati dal Governo, suddivisi nelle due categorie di componenti *full-time* (fino a 13) e *part-time* (fino a 6) e solamente i primi sono coinvolti nei processi decisionali concernenti le telecomunicazioni, mentre tutti partecipano alle decisioni riguardanti la radiotelevisione. Nel complesso, la CRTC conta circa 400 impiegati. Per maggiori dettagli, si consiglia di visitare il sito [www.crtc.gc.ca](http://www.crtc.gc.ca), disponibile nelle lingue francese e inglese.

<sup>7</sup> V. ZENO-ZENCOVICH, *Il sistema integrato delle telecomunicazioni*, cit., p. 735 ss.

mentari molteplici e quasi sicuramente non sovrapponibili tra loro. Tuttavia, l'evoluzione tecnologica sembra voler sovvertire il quadro e spingere il legislatore a disciplinare situazioni varie con modalità simili; persino la Commissione europea si è preoccupata di affrontare il problema della convergenza in un Libro verde<sup>8</sup>, segno evidente che si tratta di tematiche sulle quali il dibattito è vivo e acceso in tutta la Comunità.

Ma se, da un lato, l'integrazione tv-tlc costituisce il punto di forza della nuova disciplina, al contempo ne determina un certo grado di debolezza. Infatti, mentre l'Autorità per le comunicazioni (nello specifico il Consiglio ai sensi dell'art. 1, comma 6, lett. c), n. 8) risulta titolare di una competenza pressoché esclusiva nel settore della radiotelevisione, nel quale si erge a «*guardiano dei parametri predefiniti di concentrazione*»<sup>9</sup>, nel campo delle telecomunicazioni la sua attività subisce un notevole ridimensionamento, diventando l'AGC una sorta di «consulatore». Ciò, per converso, comporta il rafforzamento dell'Antitrust che vede comprendere nel proprio raggio d'azione il campo delle telecomunicazioni, giacché il legislatore non ha voluto predisporre alcuna disciplina speciale, ma piuttosto rimandare al diritto antitrust generale. Questa scissione interna alle previsioni della legge n. 249/1997 non è da tutti condivisa<sup>10</sup>, poiché sembra svuotare il senso stesso dell'esistenza di un'Autorità indipendente nel settore delle comunicazioni di massa, cioè di un organismo preposto alla tutela e al bilanciamento di delicatissimi valori costituzionali che, in quanto tale, dovrebbe poter vedere le proprie competenze riunificate in un solido impianto normativo. D'altronde, proprio il legislatore ha ritenuto opportuno considerare unitariamente le discipline della radiotelevisione e delle telecomunicazioni in nome della convergenza esaltata come il principio ispiratore di tutta la legge. Forse, si è peccato di incoerenza e, soprattutto, si è penalizzata la funzione stessa dell'AGC, ridotta, nella radiotelevisione, a una sorta di supervisore di parametri predeterminati per legge, e, nelle telecomunicazioni, a un collaboratore dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, nei cui confronti vanta, in pratica, poteri consultivi e di segnalazione<sup>11</sup>.

Nella complessa giungla delle Autorità indipendenti, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (la cui struttura è stata persino definita «pachidermica»<sup>12</sup>) rappresenta probabilmente il caso più eclatante, comunque un caso *sui generis*, non essendosi riscontrata in passato una tale concentrazione di poteri — amministrativi (nello specifico, di tipo informativo e di vigilanza, controllo, autorizzazione ecc), paragiurisdizionali, normativi, consultivo-propositivi — in capo a un unico organismo,

<sup>8</sup> Com (97)623, «Libro verde sulla convergenza tra i settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e delle tecnologie dell'informazione e sulle implicazioni normative», Bruxelles, 3 dicembre 1997.

<sup>9</sup> Così R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova, 1998, p. 248 ss.

<sup>10</sup> G. D'AMATO, *L'Autorità di garanzia nel settore delle comunicazioni di*

*massa*, Giuffrè Editore, Milano, 1997, p. 88.

<sup>11</sup> Per un inquadramento generale dei rapporti tra AGC e antitrust, vedi R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., p. 531 ss.; C. SEBASTIANI, *Posizione dominante e competenze antitrust nel settore delle comunicazioni*, in questa *Rivista*, 1999, p. 653 ss.

<sup>12</sup> S. NICCOLAI, *Le Autorità indipendenti*



per quanto indipendente esso potesse apparire; la previsione dell'espletamento di tante funzioni di così varia natura, inoltre, sembra aver messo in crisi l'ormai consolidata categorizzazione dottrinarina tra Autorità « di garanzia » e Autorità « di regolazione », concetti che si escluderebbero a vicenda<sup>13</sup>. La stessa legge n. 249/1997 istituisce espressamente un'Autorità *per le garanzie* nel settore delle comunicazioni, con questo intendendo che l'organismo sarà preposto a *vigilare*, a mo' di arbitro, sul « *rispetto e la realizzazione di diritti fondamentali sanciti dalla nostra Costituzione, da quello di manifestare liberamente il proprio pensiero a quello di essere correttamente informati* »<sup>14</sup>. Ma se il ruolo di garanzia si esplica soprattutto con riguardo all'area della radiotelevisione, è pur vero che il nutrito nucleo dei poteri regolatori conferiti dalla legge si mostra con particolare incisività ed estensione nel campo delle telecomunicazioni.

Siamo di fronte a una inedita concezione di organismo indipendente, che assolve ai compiti assegnati modellando la sua azione sulle particolari esigenze dei *due diversi ambiti* cui il legislatore ha ritenuto di poter preporre *un unico organismo*, pur consapevole del fatto che nel nostro ordinamento telecomunicazioni e diffusione radio-televisiva hanno alle spalle un « vissuto » profondamente diverso, e che solo oggi le prime si aprono davvero alla concorrenza. Forse ci si può domandare se non sarebbe stato opportuno dare ascolto alle critiche mosse dalla dottrina<sup>15</sup>, ed affidare le due aree mediatiche a soggetti differenti che avrebbero potuto trattarle con la dovuta specificità. Del resto, in una legge dalla portata così innovativa come la n. 249/1997, che sulla carta si pone come un provvedimento foriero di nuove prospettive per i media, il nome della « grande ragnatela » (*Internet*) non compare nemmeno una volta, e forse anche un minimo, misero accenno poteva risultare gradito a chi, a ragione, vede nel Web il futuro delle telecomunicazioni<sup>16</sup>.

Il problema è di estrema complessità: in un momento storico così importante per le TLC, che dopo quasi un secolo di monopolio statale approdano finalmente ad un regime di libero mercato, grazie al determinante intervento comunitario, si rivela tutta la necessità di una regolazione dedicata e volta sia a consentire l'ingresso di nuovi entranti, sia a scoraggiare comportamenti abusivi da parte dell'operatore e/o dell'ex-monopolista, ma senza determinare, tuttavia, un eccessivo irrigidimento del sistema economico. Regolazione e concorrenza, cioè, devono essere non in opposizione ma complementari e tendere al perseguimento della maggiore utilità possibile che dalla loro azione congiunta possa provenire ai cittadini.

enti come potere di garanzia, in *Rass. Parl.*, 1998, p. 342, nota 16.

<sup>13</sup> Cfr. M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. Giur. Trecani*, vol. IV, Roma, 1995; C. FRANCHINI, *Le Autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 549 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Tipi di Autorità indipendenti*, in *I Garanti delle regole*, a cura di S. CASSESE - C. FRANCHINI, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 25 ss.; L. TORCHIA, *Gli*

*interessi affidati alla cura delle Autorità indipendenti*, *ibidem*, p. 55 ss.

<sup>14</sup> Citazione tratta dalla *I Relazione annuale* dell'Autorità, parte I, par. 4.

<sup>15</sup> V. ZENO-ZENCOVICH, *Il sistema integrato delle telecomunicazioni*, cit., p. 735 ss.

<sup>16</sup> Cfr. N. NEGROPONTE, *La rivoluzione multimediale ed il futuro delle telecomunicazioni*, incontro di studio a Palazzo Giustiniani, Senato della Repubblica, Roma, 1995, *passim*.

### 3. SEAT-TMC: SUL PRIMO CASO CONCRETO DI CONVERGENZA TECNOLOGICA (E SULLA DIFFICOLTÀ DI ATTUARLA).

Il modo con cui è stato affrontato il caso Seat-TMC — che è assurdo agli onori delle cronache per aver rappresentato il primo caso concreto di convergenza tecnologica tra i settori della radiotelevisione e delle telecomunicazioni — è la dimostrazione di quanto complessa sia la realizzazione nella pratica di un'effettiva integrazione tra i suddetti campi, dovuta non tanto a difficoltà di natura tecnica, quanto ad ostacoli di tipo giuridico. E vi si possono cogliere talune resistenze delle Autorità di settore nei confronti di operazioni che potrebbero nella sostanza condurre alla costituzione o al rafforzamento di posizioni dominanti sul mercato nazionale e, dunque, all'instaurarsi in esso di comportamenti anti-concorrenziali<sup>17</sup>.

Sin dal primo momento in cui l'accordo tra le due società è stato reso noto, è risultato palese che stava per compiersi qualcosa di veramente innovativo e, allo stesso tempo, temibile nel campo delle comunicazioni, qualcosa che in poco tempo sarebbe stato in grado di rivoluzionare l'assetto economico del settore e di rendere una legge emanata circa tre anni prima un vero e proprio reperto archeologico<sup>18</sup>. È opportuno ripercorrere le fasi salienti della vicenda ed analizzare alcuni passaggi dei provvedimenti che i vari soggetti chiamati in causa hanno adottato — ora esprimendo perplessità in merito, ora appoggiando, seppure in maniera condizionata, le posizioni delle società coinvolte — nel corso del procedimento, infine conclusosi con l'intervento del Consiglio di Stato.

L'accordo concluso tra Seat e TMC nell'agosto 2000 — e comunicato all'autorità di settore e all'Antitrust, ai sensi dell'art. 2, comma 3, della legge n. 249/1997 — desta sin da subito la preoccupazione dell'Autorità per le comunicazioni, che il 12 settembre delibera di aprire un'istruttoria diretta a verificare l'esistenza delle condizioni previste dalla vigente normativa nazionale e comunitaria, ai fini del rilascio dell'autorizzazione all'acquisto. Il 9 novembre si attiva nello stesso senso anche il guardiano del mercato — in quanto l'operazione costituisce una concentrazione ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. b), della legge n. 287/1990 ed è soggetta all'obbligo di comunicazione preventiva come disposto dall'art. 16, comma 1, della stessa legge<sup>19</sup> — ed è proprio nel provvedimento di avvio dell'istrut-

<sup>17</sup> Si veda l'analisi del fenomeno svolta da F. GHEZZI, *La valutazione delle concentrazioni verticali nei « mercati della convergenza » tra i settori delle telecomunicazioni e dell'emittenza televisiva*, in *Rivista delle Società*, 2001, p. 563 ss., in particolare, sul caso Seat-TMC, p. 582 ss.

<sup>18</sup> Sulle problematiche sollevate dal caso, cfr. G. AGLIATA, *La convergenza tra telecomunicazioni, audiovisivo e tecnologie dell'informatica. Prime riflessioni sull'operazione Seat Pagine Gialle/Cecchi Gori Communications*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 2001, p. 95 ss.; A. CHIMENTI, *In-*

*formazione e televisione. La libertà vigilata*, Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 137-139; E. CUCCODORO - B. DI GIANNATALE, *Governo e controllo democratico delle comunicazioni*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2000, p. 27 ss., in particolare 36 ss.; M. GIAMPIERETTI, *Pluralismo e concorrenza nel caso Seat-TMC*, in *Giur. Cost.*, 2001, p. 828 ss.; in Internet, si vedano alcuni commenti a caldo contenuti nei siti [www.interlex.com](http://www.interlex.com), [www.diritto-telefonia.it](http://www.diritto-telefonia.it) e [www.jei.it](http://www.jei.it).

<sup>19</sup> Naturalmente, distinte sono le finalità cui le Autorità tendono perché diffe-

toria<sup>20</sup> dell'Antitrust che ritroviamo una serie di elementi di fondamentale importanza ai fini della valutazione dell'operazione in oggetto. In particolare, posto che ci si trova di fronte a un'ipotesi di concentrazione, il Garante ragiona soprattutto su due argomenti: l'individuazione dei mercati rilevanti e gli effetti dell'operazione. Sul primo versante, sostanzialmente si tratta di pressoché tutti i mercati della comunicazione, da quelli tradizionali (emittenza televisiva in chiaro, raccolta pubblicitaria sull'annuaristica telefonica e categorica, accesso alla rete locale di TLC) a quelli più innovativi (pay-TV, servizi di accesso a Internet, raccolta pubblicitaria on-line, nuovi mercati derivanti dal processo di convergenza tra TV e TLC). In concreto, portando a termine l'operazione, Telecom diverrebbe presente nell'intera filiera della produzione e commercializzazione di prodotti e servizi di telecomunicazioni e dell'emittenza televisiva, dando luogo ad effetti di integrazione verticale tra le attività svolte dalle società interessate<sup>21</sup>. Sul secondo versante, quello degli effetti, in virtù di questa fusione Telecom — operatore dominante nel settore delle TLC — si avvantaggerebbe della presenza della Cecchi Gori Communications nell'ambito radiotelevisivo per integrare la propria offerta di prodotti e servizi, che sarebbe in grado di promuovere in maniera incrociata attraverso la rete Internet, le emittenti televisive e gli annuari telefonici e categorici, trovandosi a disporre di tutte le infrastrutture di rete (rete telefonica pubblica commutata, rete in fibra ottica, rete satellitare, rete mobile cellulare e rete televisiva). La posizione di Telecom — in quanto ex monopolista legale — appare inoltre tanto più solida quanto più si considera il fatto che essa è *difficilmente replicabile* da parte degli operatori concorrenti, ciò che si configura come una potenziale minaccia allo sviluppo di un mercato competitivo. Così inquadrato il problema, l'Antitrust conclude che effettivamente l'operazione potrebbe risultare idonea a concretizzare il rischio di costituzione o rafforzamento della posizione dominante detenuta dal Gruppo Telecom nei mercati considerati e pertanto delibera l'avvio dell'istruttoria.

Nel frattempo, circa due mesi dopo, esattamente in data 17 gennaio 2001, l'Autorità per le comunicazioni delibera — con il discusso provvedimento n. 51/01/CONS — di *non autorizzare* il trasferimento di proprietà della CGC a Seat, in quanto il combinato disposto degli articoli 2, commi 17 e 18, e 4, comma 8, della legge n. 249/1997 non lo consente: Telecom Italia, in seguito all'operazione di concentrazione Seat/Tin.it, autorizzata dal Garante per la concorrenza ed il mercato, detiene il controllo diretto di Seat, di cui possiede il 63,3% del capitale sociale. La delibera riveste particolare importanza per l'interpretazione — restrittiva — dell'art. 4, comma 8, di suddetta legge data dall'Autorità per giustificare il diniego dell'autorizzazione alla conclusione dell'operazione, laddove dispone che « *la concessionaria del servizio pubblico di telecomunicazioni non può essere destinataria direttamente o indirettamente di*

renti sono i parametri costituzionali sui quali si fonda la loro ragion d'essere: la prima si adopera affinché siano garantiti il pluralismo dell'informazione e la libera manifestazione del pensiero ex art. 21 Cost., la seconda a tutela della concorren-

za e della libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost.; sul punto, cfr. A. GENTILI, *Multimedialità e concorrenza*, in questa *Rivista*, 1996, p. 309 ss.

<sup>20</sup> Provvedimento n. 8877 (C4158).

<sup>21</sup> Sul punto, vedi anche *infra*, p. 88.

*concessioni radiotelevisive su frequenze terrestri in chiaro né fornire programmi o servizi né raccogliere pubblicità per i concessionari radiotelevisivi nazionali e locali su frequenze terrestri in chiaro* ». Il provvedimento è argomentato attraverso il ricorso a una lettura sostanziale della norma, tra l'altro qualificata anche come asimmetrica<sup>22</sup> (quindi, per sua natura, transitoria), per cui la variazione del titolo da concessione a licenza e l'abolizione definitiva dei diritti speciali ed esclusivi in capo ai concessionari dei servizi di TLC, così come previste dalle norme comunitarie, « non valgono a mutare l'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione del divieto di cui alla norma in questione ». Se la ratio del disposto sta nell'assicurazione della tutela di valori costituzionalmente garantiti, quali il pluralismo e l'accesso all'informazione, allora si può e, anzi, si deve prescindere dal *nomen iuris* del provvedimento con cui l'ex monopolista esercita la sua attività, tanto più se ci si avvede del fatto il legislatore non ha indicato alcuna scadenza temporale a decorrere dalla quale il divieto cessa di essere applicabile all'incumbent. Inoltre, il fatto che dall'emanazione della legge Maccanico non si sia ricorsi all'applicazione della procedura speciale prevista dall'art. 5, comma 6, della stessa legge<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Il problema nasce dalla situazione di squilibrio tra i potenziali soggetti che potrebbero entrare nel mercato e l'*incumbent*, che rispetto ad essi si trova in uno stato di netto vantaggio o addirittura in posizione dominante, grazie al ruolo detenuto nel passato e consolidatosi in virtù dei diritti speciali o esclusivi di cui godeva per l'essere l'unico operatore presente sulla scena economica. In casi di questo genere, il rischio di abuso di posizione dominante è dietro l'angolo, pertanto si può rendere necessaria l'adozione di misure « correttive » che impediscano agli operatori con « rilevante potere di mercato » (quantificato, in via presuntiva, al 25% del mercato delle telecomunicazioni dell'area geografica in cui l'operatore agisce, ma suscettibile di subire variazioni ad opera degli Stati membri, che possono ritenere « detentori di una quota di mercato significativa » anche soggetti che non oltrepassano quella soglia, ovvero non considerarne tali altri aventi quote superiori) di mettere in atto comportamenti diretti a limitare o impedire l'ingresso di nuovi entranti nel mercato. La cosiddetta « regolamentazione asimmetrica » costituisce un esempio di simili correttivi e comporta, quantomeno nella fase iniziale di transizione dal monopolio alla concorrenza — e, comunque, sempre per un lasso di tempo ben determinato — un regime normativo differenziato per gli ex-monopolisti, cui non vengono più attribuiti diritti e privilegi, ma obblighi od oneri non gravanti invece sugli altri operatori, ciò al fine sia di ripartire obbli-

ghi ed oneri fra gli operatori in modo tale da non scoraggiarne l'accesso al mercato, sia di evitare che i soggetti economicamente e strutturalmente più forti approfittino della propria posizione di preminenza (abuso di posizione dominante). Anche la Corte di giustizia ha riconosciuto la legittimità di questo tipo di disciplina (« *Un sistema di concorrenza non alterato può garantirsi solo se venga assicurata l'uguaglianza delle opportunità tra i vari operatori economici* », sentenza 19 marzo 1991 in causa C-202/88, *Francia c. Commissione*, I-1259, punto 51) sancendo così l'incompatibilità con il diritto comunitario di ogni misura che ingiustificatamente conferisca ad alcuni operatori e non ad altri la facoltà di beneficiare di certi diritti o vantaggi. Cfr. L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni*, cit., p. 119 ss.; IDEM, *Simmetria e asimmetria nel diritto comunitario delle telecomunicazioni*, in questa *Rivista*, 1997, p. 501 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *Asimmetrie e funzioni delle Authorities nel processo di liberalizzazione delle telecomunicazioni*, 1998, p. 493 ss.; A. GAMBINO, *Dal monopolio alla deliberazione: regolamentazione normativa delle asimmetrie nel mercato delle telecomunicazioni*, in *Giur. comm.*, 1996, p. 5/I ss.

<sup>23</sup> « Le disposizioni di cui all'art. 4 della presente legge e al presente articolo possono essere modificate su proposta del Ministro delle comunicazioni, secondo le procedure dell'art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sentite l'Autorità e le competenti Commissioni parlamentari ».

per modificare la disposizione di cui all'art. 4, rinforza la tesi sostenuta nella delibera secondo cui le limitazioni previste a carico dell'ex monopolista sarebbero ancora certamente valide. Così l'Autorità, pur deliberando in senso negativo sulla questione, contestualmente richiama l'attenzione del Governo sul fatto che il processo di convergenza in atto nel settore delle comunicazioni rende opportuna una rivisitazione e un ammodernamento, se così lo si può definire, del quadro normativo vigente, perché si possano stabilire condizioni e limiti relativi alle proprietà incrociate tra i vari soggetti del mercato delle comunicazioni di massa adeguati allo sviluppo tecnologico.

Il 23 gennaio, però, si chiude l'istruttoria dell'Antitrust che, clamorosamente, getta le basi per la realizzazione della convergenza multimediale nonché di quello che è stato ribattezzato il « terzo polo televisivo », autorizzando le parti a concludere l'operazione seppure con un assenso subordinato all'osservanza di quattro precise condizioni da parte del Gruppo Telecom: consentire agli operatori di tlc che ne facciano richiesta l'accesso, ai fini della posa di cavi in fibra ottica per la fornitura di servizi interattivi e multimediali, a tutte le infrastrutture civili di cui Telecom abbia titolo ad avvalersi<sup>24</sup>; includere nelle condizioni generali di contratto relative alla raccolta pubblicitaria sul mezzo televisivo il divieto, per gli inserzionisti che acquistano spazi pubblicitari sullo stesso mezzo, di inserire un rinvio alla consultazione delle Pagine Gialle negli spot televisivi diffusi su TMC e TMC2; non inserire, per tre anni dall'autorizzazione dell'operazione di concentrazione, clausole di esclusiva nei contratti che saranno conclusi dal Gruppo Telecom con il Gruppo Cecchi Gori per l'acquisto di contenuti da diffondere su Internet e garantire l'effettiva disponibilità degli stessi contenuti agli operatori concorrenti che ne facciano richiesta; sperimentare o commercializzare servizi televisivi interattivi solo a patto che la stessa capacità di banda trasmissiva utilizzata effettivamente messa a disposizione dei concorrenti da parte di Telecom o altri operatori.

In sostanza, l'Antitrust non preclude alle società coinvolte di concludere l'operazione, ritenendo, contrariamente a quanto sostenuto dall'Autorità per le comunicazioni, che non sussistano, a condizione del rispetto delle predette misure, i presupposti per la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante; nel contempo riconosce che debbano essere introdotti dei « correttivi » che impediscano alla situazione di sfociare in esiti anticompetitivi come paventato nella delibera n. 51/01/CONS.

<sup>24</sup> In relazione a questo punto, si è recentemente chiusa un'istruttoria dell'Antitrust, avviata con il provvedimento n. 10081 del 31 ottobre 2001 in seguito alla contestazione a Telecom Italia da parte di alcuni operatori di telecomunicazioni di aver messo in atto comportamenti ostruzionistici, non prestando la propria necessaria collaborazione per l'attività di posa dei cavi in fibra ottica, andando, pertanto, tale comportamento ad integrare una fattispecie di inottemperanza alla delibera dell'Autorità del 23 gennaio 2001, sanzionabile ai sensi

dell'art. 19, comma 1, della legge n. 287/1990. Con il provvedimento di chiusura n. 10463, emesso in data 28 febbraio 2002, l'Antitrust solleva però la Telecom dalle accuse contestate, in quanto « i fatti accertati hanno messo in luce che i ritardi nell'esecuzione della misura prevista dall'Autorità, nel caso di specie, sono ascrivibili ad oggettive difficoltà nell'individuazione delle iniziative da assumere al fine di dare adempimento alla misura prescritta, nonché ad obiettive difficoltà di natura tecnica connesse all'implementazione della stessa ».

#### 4. LE AUTORITÀ INDIPENDENTI TRA DIRITTO SCRITTO E INTERPRETAZIONE GIURISDIZIONALE.

Due autorità indipendenti, due conclusioni incompatibili tra loro; il conflitto<sup>25</sup> sembra insanabile e, nel vespaio di polemiche suscitate dalla decisione negativa presa in merito, indispensabile appare l'intervento del Tribunale amministrativo del Lazio che, adito sia da Seat sia da Telecom Italia per ottenere l'annullamento del provvedimento n. 51/01/CONS e di tutti gli atti connessi, presupposti e conseguenti, ordina in via cautelare che l'Autorità per le comunicazioni proceda al riesame della propria delibera, che fino a quella data è sospesa nell'attesa di una nuova pronuncia<sup>26</sup>. Il T.A.R. intravede la possibilità di un esito favorevole del ricorso, un *fumus boni iuris* che lo spinge a credere in una risoluzione positiva della vicenda nei confronti dei ricorrenti. Le argomentazioni sviluppate nell'ordinanza, infatti, poggiano su una presunta illegittimità dell'applicazione dell'art. 4 alla fattispecie considerata, stante il fatto che, quanto al profilo formale, Telecom Italia non agisce più in qualità di concessionario del servizio pubblico di telecomunicazioni e, per ciò che concerne il profilo sostanziale, la delibera dell'Anti-trust — cui va riconosciuta preminente potestà valutativa nei casi di concentrazione di cui all'art. 6, comma 2, della legge n. 287/1990 — ha riconosciuto l'ammissibilità, seppure subordinatamente al rispetto di talune condizioni, del trasferimento del capitale sociale. Per questo, con l'ordinanza n. 770/01, il T.A.R. accoglie l'istanza cautelare presentata dai ricorrenti e dispone il riesame della domanda di autorizzazione dell'operazione di concentrazione, fissando contestualmente la data dell'udienza per la discussione nel merito. La successiva delibera dell'Autorità n. 95/01/CONS non fa altro che confermare le conclusioni già delineate in precedenza, ribadendo che la norma in oggetto contenga un divieto operante a prescindere dal titolo — concessione o licenza — in base al quale l'operatore ex-monopolista svolge la sua attività.

L'intervento del T.A.R. Lazio, a questo punto, rappresenta già un'anticipazione di quella che sarà la decisione finale assunta dal giudice di secondo grado: la posizione di esclusività detenuta dalla concessionaria del servizio pubblico è venuta meno per effetto del mutato contesto normativo nazionale e comunitario (d.P.R. n. 318/1997, direttiva n. 97/13/CE), che ha condotto alla liberalizzazione dell'installazione, esercizio ed offerta di servizi di telecomunicazione, con abolizione di diritti speciali ed esclusivi

<sup>25</sup> In realtà, appare pertinente l'osservazione secondo cui non sarebbe corretto parlare di conflitto in senso stretto, in quanto le posizioni divergenti assunte dalle due Autorità «risultano "soltanto" come due provvedimenti che si caratterizzano per i differenti parametri normativi di riferimento, rilevando perciò una "naturale" diversità di orientamento e non già un contrasto vero e proprio»: così G. AGLIATA, *op. cit.*, p. 118. D'altronde, è ciò che ribadisce la stessa

Autorità per le comunicazioni al punto 7 della delibera n. 95/01/CONS, laddove si specifica che le leggi n. 249/1997 e n. 287/1990 hanno distinti ambiti di applicazione e distinte finalità, cui corrispondono diversi compiti e funzioni delle Autorità da esse disciplinate; non risulta, pertanto, possibile stabilire alcun rapporto di sovraordinazione o di preminenza fra di esse.

<sup>26</sup> T.A.R. Lazio, Sez. II, Ordinanza 31 gennaio 2001, n. 770.

in capo ai soggetti concessionari di servizi pubblici di telecomunicazioni. Va infatti ricordato il fondamentale apporto delle Comunità europee nell'apertura dei mercati di telecomunicazione, così fortemente pervasivo ed efficace da far pensare al diritto delle telecomunicazioni come ad un diritto « riflesso », in quanto prodotto prevalentemente in recepimento di direttive comunitarie, e di certo non spontaneo.

Inoltre, secondo il T.A.R., il contenuto univoco dell'art. 4 — che ricollega ad un preciso *status* il divieto di ingresso nella radiodiffusione a mezzo di frequenze terrestri — non consente il ricorso ad un'interpretazione della norma basata sulla sua *ratio*, criterio ermeneutico sussidiario che può adoperarsi solo in presenza di una formulazione dubbia (in questo caso insussistente) della stessa proposizione normativa. Per di più, la mancanza di un termine certo in merito alla cessazione dei limiti posti a carico dell'ex-monopolista conferma la riconduzione delle medesime limitazioni alla specifica posizione di gestore esclusivo del servizio di cui trattasi. Tra l'altro, rileva il T.A.R., fra le diverse interpretazioni possibili di una norma, va privilegiata quella conforme alla Costituzione, ed è certo che l'interpretazione data dall'Autorità introdurrebbe un'evidente irragionevolezza interna alla disposizione in esame, nonché un'ipotesi di contrasto con i principi di parità di trattamento di cui all'art. 3 Cost., poiché consentirebbe — indipendentemente dalle garanzie e forme procedurali formalizzate all'art. 2 della legge n. 249/1997 e dall'applicazione dei parametri valutativi stabiliti dalla stessa disposizione — di considerare la Società Telecom in posizione dominante o, comunque, lesiva del pluralismo, per di più a tempo indefinito. A questo proposito, a parere del T.A.R., pur cessata l'efficacia della proibizione legislativa di cui all'art. 4, tuttavia i valori di concorrenzialità e di pluralismo non restano privi di presidio, poiché, in ogni caso, i settori delle comunicazioni sonore e televisive sono rimessi alla competenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed oggetto di specifica disciplina con il regolamento n. 26/1999, e il più ampio settore delle comunicazioni è sotto il controllo dell'Antitrust, che opera con il concorso in via consultiva dell'Autorità ai sensi del disposto di cui all'art. 1, comma 6, lett. c), n. 11 della legge n. 249/1997<sup>27</sup>.

Il ricorso dell'Autorità al Consiglio di Stato è scontato ed è proprio in tale sede che ad opera dei giudici amministrativi vengono definitivamente dissipati i contrasti sorti riguardo all'interpretazione del ricordato art. 4, che, nella « lettura sostanziale » datane nel provvedimento n. 51/01/CONS, profila una tesi che « *non resiste ad una lettura attenta ai valori costituzionali ed ai principi comunitari in tema di eguaglianza, di libertà di iniziativa economica e di garanzia della concorrenza* », qualificando la prescrizione *de quo* alla stregua di una « *norma proibitiva, singolare, asimmetrica e sostanzialmente a tempo indeterminato* ». La necessità di privilegiare una lettura costituzionalmente compatibile conduce i giudici a dichiarare l'illegittimità del provvedimento impugnato in primo grado,

<sup>27</sup> In virtù di tali considerazioni e nell'esercizio del potere di definizione del giudizio nel merito di cui all'art. 3, comma 3, della legge n. 205/2000, il T.A.R. adito dispone l'annullamento del-

la delibera n. 51/01/CONS con effetto caducante del deliberato n. 95/01/CONS, che nel provvedimento impugnato trova il suo unico antecedente e presupposto logico e procedimentale.

stante la non perdurante operatività del divieto normativo sul quale è fondato l'unico motivo a sostegno del diniego di un'autorizzazione che, ai sensi dell'art. 1, comma 6, lett. c), n. 13 della legge n. 249/1997, non presenta profili di discrezionalità amministrativa.

Quest'ultimo punto deve spingere a qualche riflessione sul rapporto fra le funzioni delle autorità indipendenti ed il controllo sui loro atti esercitato dalla giustizia amministrativa, e sui limiti entro i quali la discrezionalità che contraddistingue le scelte effettuate da queste autorità possa essere censurata in sede di controllo di legittimità dei provvedimenti impugnati. Certo, si tratta di decisioni scaturenti per lo più da valutazioni aventi il carattere della discrezionalità tecnica<sup>28</sup>; ma anche nel caso dell'Autorità per le comunicazioni la questione assume profili ancor più complessi, giacché talora i suoi atti si contraddistinguono per una natura intrinsecamente regolatoria. Si pensi, ad esempio, agli atti relativi alla c.d. « competition trilogy » costituita da interconnessione, accesso alle infrastrutture e servizio universale<sup>29</sup>, e che sono esercizio di un potere discrezionale in senso ampio. Se mediante il ricorso alla giustizia si pone in dubbio la bontà del processo decisorio seguito dal soggetto regolatore, in effetti si finisce per mettere in discussione il valore complessivo dell'attività di regolamentazione, inficiandone la validità prescrittiva attraverso successivi eventuali provvedimenti di sospensione ovvero di annullamento ad opera della giustizia amministrativa.

Il caso Seat-TMC, inoltre, si distingue da altri precedenti nei quali le decisioni assunte da autorità indipendenti sono state smentite dai giudici amministrativi in sede di ricorso<sup>30</sup>. In questo caso, infatti, non è stato

<sup>28</sup> Sulla questione del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità esercitata dalle autorità indipendenti, vedi, recentemente, le pronunce del Consiglio di Stato n. 601/99, in *Cons. St.*, 1999, p. 584 ss., e n. 1348/00, in *Cons. St.*, 2000, p. 559 ss. — nella quale si afferma chiaramente che non è in facoltà del giudice sostituire proprie valutazioni a quelle operate dall'Autorità (nel caso specifico, dell'Antitrust) —. In dottrina, cfr. M. DE ANGELIS, *Regole amministrative e mercati rilevanti: il problema della discrezionalità tecnica*, in *Prisma*, 2001, p. 129 ss.; L. IEVA, *La discrezionalità tecnica nella più recente giurisprudenza amministrativa*, in *T.A.R.*, 2001, p. 29 ss.; S. MIRATE, *La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, in *Giur. It.*, 2000, p. 2402 ss.; D. DE PRETIS, *I vari usi della nozione di discrezionalità tecnica*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1998, p. 331 ss.; S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, p. 80 ss.; F. CORTESE, *Momenti e luoghi salienti*

*di una transizione: la tutela giurisdizionale amministrativa e i suoi sviluppi al cospetto delle amministrazioni indipendenti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, p. 430 ss.; D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1999, p. 1179 ss.; M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2000, p. 185 ss.; P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2000, p. 212 ss.; L. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro Amm.*, 2000, p. 424 ss.; M.G. ROVERSI MONACO, *Note su alcune « Autorità garanti » e sulla tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 245 ss.

<sup>29</sup> Sull'argomento, cfr. D. GALLINO, *Il libro delle telecomunicazioni*, cit., p. 116 ss.

<sup>30</sup> A tal proposito, vanno ricordate L'OPA INA-Generali e la scalata di Olivetti alla Telecom: nel primo caso, in particolare, il T.A.R. del Lazio arrivò persino a sospendere l'efficacia di un intero regola-



tanto sindacato il cattivo esercizio della discrezionalità amministrativa posto in essere dall'autorità, ma è stato reinterpretato in sede giurisdizionale il parametro normativo cui è subordinata l'attività autoritativa del garante.

A tal proposito va sottolineata l'anomalia della devoluzione al giudice amministrativo della competenza a giudicare in via esclusiva dei provvedimenti delle Autorità, organismi nati con la pretesa (o la speranza) di essere qualificati come « indipendenti » dai poteri politico ed economico<sup>31</sup>. Anzi si ritiene che proprio la competenza in massima parte attribuita ai Tribunali amministrativi regionali<sup>32</sup> abbia aperto una crepa in

mento CONSOB, in accoglimento del ricorso dell'INA sulla c.d. *passivity rule*, per cui una società oggetto di OPA ostile a un certo punto non debba reagire.

<sup>31</sup> La dottrina si è occupata in numerosissime occasioni delle Autorità indipendenti. Dei vari contributi, si vedano, tra gli altri, C. FRANCHINI, *Le Autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1988, n. 3, p. 549 ss.; A. CAGLI, *Il quadro normativo delle amministrazioni pubbliche indipendenti*, in *Foro Amministrativo*, 1991, vol. II, p. 1627 ss.; F. SEVERO SEVERI, *Amministrazioni indipendenti, Agenzie, Autorità: nuove (o vecchie) formule organizzative per la Pubblica Amministrazione*, in *Le Autorità amministrative indipendenti. Aspetti problematici*, a cura di F. SEVERO SEVERI, Collana di Quaderni Giuffrè editore, n. 12, Milano, 1998, p. 107 ss.; G. GRASSO, *Spunti per uno studio sulle Autorità amministrative indipendenti: il problema del fondamento costituzionale (Italia, Francia, Stati Uniti d'America)*, in *Quaderni Regionali*, 1993, vol. II, p. 1310 ss.; M.G. ROVERSI MONACO, *Note su alcune « Autorità garanti e sulla tutela giurisdizionale »*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 245 ss. (l'Autrice ben definisce le Autorità organismi nati per « la regolamentazione e la protezione di interessi collettivi all'interno di settori socialmente rilevanti, quali l'informazione e le comunicazioni, le assicurazioni e il mercato dei valori mobiliari, i rapporti tra amministrazione e amministrati, la tutela della concorrenza e dell'iniziativa economica privata, di settori cioè in cui il confronto tra diritti privati legati alle iniziative economiche, libertà fondamentali ed esigenze di controllo pubblico si presenta particolarmente complesso »); A. PREDIERI, *L'arcipelago delle Autorità indipendenti*, relazione introduttiva alla Giornata di studi su *Le Autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, promossa dalla Fondazione Cesifin il 16 febbraio 1996; M. MORISI, *Le Autorità indipendenti*

*in Italia. Premesse per una riflessione politologica*, in *Queste istituzioni*, n. 108, 1996, p. 103 ss.; C. FRANCHINI, *Le Autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 1988, p. 549 ss.; F. BASSI - F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Giuffrè Editore, Milano, 1993; G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Amm.vo*, 1996, p. 1 ss.; S. BARONCELLI, *La costituzionalizzazione delle Autorità amministrative indipendenti*, in *La riforma della Costituzione nel progetto della Bicamerale*, a cura di P. CARETTI, CEDAM, Padova, 1998, p. 265 ss.; M. MANETTI, *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Politica del Diritto*, n. 4, 1997, p. 657 ss.; F.P. CASAVOLA, *Quale statuto per le Autorità indipendenti*, in *Impresa e Stato*, n. 35, 1996, p. 39 ss.; S. CASSESE - C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996; M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1988; R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 143 ss.; M. PASSARO, *Le Amministrazioni Indipendenti*, Quaderni del Dipartimento di Diritto Pubblico, Univ. di Pisa, G. Giappichelli editore, Torino, 1996; V. CAIANIELLO, *Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Il Foro Amministrativo*, 1997, p. 346 ss.; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè editore, Milano, 1994; C. FRANCHINI, *Mito e realtà delle Autorità indipendenti*, in *Impresa e Stato*, n. 35, 1996, p. 36 ss.; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed Autorità di garanzia*, in *Riv. Trim. di Dir. pubbl.* n. 3, 1997, p. 645 ss.; E. VITELLO, *Basta la parola? Uso e abuso di Authorities*, in *Rass. Parl.*, 1999, p. 471 ss.

<sup>32</sup> A ciò si aggiunga il recente intervento legislativo realizzato con la legge n. 205/2000, che ha devoluto in via esclusiva al giudice amministrativo la competenza

quell'aura di mito che ha finora contraddistinto l'istituzione e l'azione<sup>33</sup> di organismi che per loro stessa natura e per grado di specializzazione dei loro componenti sono generalmente riconosciuti come organismi di esperienza ed affidabilità nei settori di rispettiva competenza<sup>34</sup>. Del resto, il numero piuttosto elevato di sospensive e di annullamenti inflitti dai T.A.R. nei confronti degli atti emanati dalle Autorità è forse il sintomo che stanno emergendo con sempre maggiore evidenza i nodi irrisolti causati dalla mancanza di un quadro legislativo omogeneo e coerente con i rapidi mutamenti del contesto operativo<sup>35</sup>, e dai difetti di coor-

sui ricorsi contro i provvedimenti adottati dalle Autorità amministrative indipendenti (art. 4, comma 1, lett. d). In generale, sull'argomento, cfr. A. PERINI, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. Amm.*, 1994, p. 71 ss.; G. VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, p. 739 ss.; R. CARANTA, *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE - C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., p. 165 ss.; S. MESCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, p. 964 ss.; F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti « regolatrici »*, in *Mercato concorrenza regole*, 2000, 469 ss.; M.E. SCHINAIA, *Prime notazioni sulle modifiche apportate al processo amministrativo con la legge n. 205/2000 concernenti le autorità amministrative indipendenti*, in *Cons. St.*, 2000, p. 1785 ss.; F. CARINGELLA, *La tutela giurisdizionale amministrativa nei confronti delle Autorità indipendenti ieri, oggi e domani*, in *Cons. St.*, 2000, p. 1535 ss.; Id., *Le Autorità indipendenti tra neutralità e paragiurisdizionalità*, in *Cons. St.*, 2000, p. 541 ss.; M. CLARICH, *Senza un sicuro « paracadute » normativo, convivenza difficile tra authority e giudici*, in *Guida al diritto*, Il Sole 24 Ore, n. 11/2001, p. 5 ss.; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo « quasi » giallo*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 85 ss.; G. DE MINICO, *Spunti per una riflessione in merito al sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Antitrust e della CONSOB*, in *Pol. Dir.*, 1998, p. 243 ss.

<sup>33</sup> È la definizione delle Autorità come « panacea » di tutti i mali legati al concetto di Amministrazione tradizionale. In G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 1 ss.

<sup>34</sup> Nel caso delle Autorità indipendenti, in ragione della delicatezza degli inte-

ressi su cui queste sono chiamate a vigilare, il legislatore ha creato dei sistemi di nomina differenziati, sui quali si rimanda a M. MANETTI, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1997, e C. TUCCIARELLI, *Il procedimento di istituzione delle Autorità indipendenti in relazione al sistema delle fonti*, in *Rass. Parl.*, 1997, p. 115 ss., giustificabili solo in virtù dell'alto grado di tecnicità delle funzioni esercitate. In effetti, l'elemento tecnico appare come una caratteristica da tenere sempre in debita considerazione, poiché professionalità tanto elevate non possono certo essere rinvenute tramite una comune procedura concorsuale aperta a tutti, ma esclusivamente attraverso una selezione dei soggetti più qualificati, dotati di « specifica e comprovata esperienza e di indiscussa moralità », scelti nell'ambito di determinate categorie (Giudice costituzionale; Presidenti di sezione della Cassazione o equiparati; professori universitari ordinari nelle discipline giuridiche, aziendali o economiche; esperti di riconosciuta competenza nel settore da regolare; esperti di diritto costituzionale, del lavoro ecc.), avendo comunque come obiettivo primario il buon andamento e l'imparzialità, limiti allo stesso tempo alla discrezionalità legislativa. Per un approfondimento di questi temi, si vedano le interessanti osservazioni di G. Azzariti e C. PINELLI a commento della sent. 453/90 in *Giur. Cost.*, Giuffrè Ed., Milano, 1990, parte II, p. 2713 ss.

<sup>35</sup> Cfr. C. Franchini, *Proposta di norme sulle Autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amm.vo*, 1996, n. 5, p. 487 ss.: l'Autore sottolinea la necessità di adottare una disciplina di principio uniforme per « quel corpo di Autorità, ormai sempre più numerose, che non sono riconducibili in via esclusiva a nessuno dei poteri tradizionali dello Stato e che, in conseguenza, si affermano come strumento di limitazione di quei fattori di natura politica, burocratica ed economica che possono venire a incidere su interessi col-

dinamento tra le Autorità stesse<sup>36</sup>. Non si vuole certo mettere in dubbio la giustiziabilità degli atti di questi organismi<sup>37</sup>, ma certamente non può essere vanificato quell'obiettivo di snellezza e agilità procedimentale che il legislatore intende ottenere ricorrendo alla creazione di soggetti avulsi dal tradizionale circuito decisionale<sup>38</sup>.

Dal punto di vista sopra sottolineato, la legge n. 249/1997 contiene prescrizioni normative di carattere proibitivo che, a poca distanza dalla sua emanazione, la rendono superata e non più idonea a disciplinare in maniera soddisfacente l'evoluzione degli assetti relativi al mercato delle comunicazioni nel suo complesso<sup>39</sup>. La questione, infatti, scaturisce pro-

lettivi particolarmente sensibili»; è importante che il legislatore affronti i due aspetti della copertura costituzionale e della predisposizione di uno «statuto» in materia, che sia in grado di ampliare e completare quel processo di armonizzazione iniziato con la legge n. 431/1995, in cui sono state previste una serie di norme valevoli per tutte le Autorità di pubblica utilità. L'urgenza di un intervento legislativo in materia è ben sottolineata da F. Patroni Griffi, *Tipi di Autorità indipendenti, ne I garanti delle regole*, a cura di S. CASSESE - C. FRANCHINI, cit., p. 25 ss., il quale auspica un'iniziativa normativa che arrivi a una definizione legislativa unitaria e sistematica della materia, strutturata nei seguenti termini: a) fissazione dei caratteri minimi delle Autorità, specie riguardo alle funzioni, con conseguente esclusione degli organismi che non rispondano alla logica delle Autorità; b) disciplina omogenea, il che non significa uniforme, quanto ai procedimenti di nomina, alle incompatibilità, all'assetto organizzativo, ai *remedies*, e ridimensionamento dei profili di autonomia che sfociano nel privilegio (tanto da aver fatto parlare, in sede governativa, di una sorta di «comparto Banca d'Italia»); c) disciplina delle singole Autorità nell'ambito appena delineato e con espressa abrogazione della normativa di settore esistente; d) delimitazione degli apparati ministeriali di settore, al fine di evitare duplicazioni funzionali e organizzative, cosicché le Autorità possano realmente costituire un modello alternativo, ma pur sempre complementare, a quello tradizionale dell'apparato amministrativo ministeriale.

<sup>36</sup> Appare condivisibile la critica di chi, constatando la mancata previsione di un meccanismo di consultazione preventiva fra le due Autorità, vi ha ravvisato un grave difetto di coordinamento: infatti, ai sensi dell'art. 22 della legge n. 287/1990, che autorizza l'AGCM a esprimere pareri sulle iniziative legislative o regolamentari e sui problemi riguardanti la concorrenza e il mercato quando lo ritenga opportuno

o sia sollecitata da amministrazioni ed enti pubblici interessati, il Garante potrebbe legittimamente intervenire in parallelo con l'Autorità di regolazione, ciascuno invocando una propria autonoma competenza fondata in entrambi i casi sulla legislazione antitrust. In tal senso, note critiche sui rapporti delle Autorità per i servizi pubblici con l'Antitrust sono espresse da F. VASSALLI, *L'Autorità di regolazione dei servizi pubblici nei rapporti con le altre Autorità indipendenti*, in *Rass. Giur. En. El.*, 1996, p. 297 ss. Specificamente sul caso Seat-TMC, si vedano le considerazioni di C. OSTI, *Telecom-TMC, o de la démocratie en Italie*, in *Mercato concorrenza regole*, 2001, p. 519 ss., in particolare p. 524 ss.

<sup>37</sup> Scrive G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, in A. PREDIERI, *L'erompere delle Autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, p. 145 ss., in particolare p. 251, che «la riconducibilità al sistema costituzionale delle autorità indipendenti richiede una loro sottoposizione al pieno controllo giurisdizionale, come svolgimento della loro soggezione alla legge, considerando che difettano controlli amministrativi e controlli politici, ed essendo in gioco valori costituzionali».

<sup>38</sup> Risponderebbe a quest'esigenza la proposta avanzata da alcuni di prevedere un ricorso in unico grado al Consiglio di Stato: sul punto — e sulla compatibilità di una simile previsione con l'art. 125, comma 2, Cost. — si vedano R. CARANTA, op. cit., pp. 182-183; G. MORBIDELLI, op. cit., p. 249 ss.; P. EMILIOZZI, *Le decisioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Soc.*, 1995, p. 365 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, 1998, p. 93; A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1994, p. 481 ss.; S. CASSESE, *Le Autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, ne *I garanti delle regole*, cit., p. 222.

<sup>39</sup> Così, anche G. AGLIATA, op. cit., p. 123 ss.

prio dalle difficoltà interpretative sollevate in merito all'art. 4, comma 8, che, in combinato disposto con l'art. 2, commi 17 e 18, della c.d. « legge Maccanico », non consentirebbe alla concessionaria del servizio pubblico di telecomunicazioni di essere destinataria direttamente o indirettamente di concessioni radiotelevisive su frequenze terrestri in chiaro, né di poter fornire programmi o servizi o raccogliere pubblicità per i concessionari radiotelevisivi nazionali e locali su frequenze terrestri in chiaro. Le conseguenze riconducibili all'eventuale violazione di tali prescrizioni sono chiaramente illustrate nel provvedimento C4158 del 23 gennaio 2001<sup>40</sup> adottato dall'Antitrust al termine dell'istruttoria avviata il 9 novembre 2000: « *Attraverso l'operazione in esame, il gruppo TELECOM sarà presente in tutti gli stadi della nuova "catena del valore"*<sup>41</sup> *creata dalla convergenza: creazione/fornitura di contenuti, fornitura dell'infrastruttura necessaria per la diffusione del contenuto, fornitura della connettività, distribuzione del contenuto/servizio. Ad oggi, nessun operatore di telecomunicazioni né alcun operatore del settore televisivo ha realizzato un tale livello di integrazione verticale, pur essendo presente in alcuni dei segmenti della catena del valore suddetta (omissis) L'operazione di concentrazione comporta dunque la costituzione in capo al gruppo TELECOM di una posizione dominante sui mercati in via di sviluppo grazie alla irripetibilità delle sue risorse e strategie, in quanto esso sarà in grado di offrire un servizio completamente integrato (omissis) con una copertura territoriale ed una base di utenti estremamente più ampie di quelle dei concorrenti* »<sup>42</sup>.

Tutto ciò considerato, l'Autorità per le comunicazioni e l'Antitrust sono pervenute a due differenti soluzioni, partendo dall'interpretazione delle medesime disposizioni della legge n. 249/1997 in materia di concentrazioni. L'una ha ritenuto che la Seat non potesse procedere all'acquisizione di Telemontecarlo, in quanto, nei fatti, controllata da una società ancora in posizione di netto vantaggio rispetto ai *newcomers*, nonostante l'ormai avvenuto processo di liberalizzazione del settore e la trasformazione della concessione di Telecom in licenza individuale, peraltro rilasciata in data 22 novembre 2000 proprio dalla stessa Authority, così come previsto dalle normative comunitarie e nazionali. L'altra non ha riscontrato la sussistenza di impedimenti di natura giuridica alla conclusione dell'operazione, ma ha realisticamente tenuto conto del fatto che esiste un'oggettiva « dipendenza tecnologica » dei nuovi operatori da Telecom, la quale gode di vantaggi strutturali irripetibili nel breve periodo

<sup>40</sup> Integralmente pubblicato nel Bollettino dell'Autorità n. 3 del 5 febbraio 2001.

<sup>41</sup> La « catena del valore » menzionata nel Libro Verde sulla convergenza è articolata su cinque livelli: creazione del contenuto, presentazione del servizio e del contenuto, fornitura del servizio, fornitura dell'infrastruttura e vendita finale: se le aziende interagiscono con altri operatori agenti nel loro stesso segmento, si hanno integrazioni di tipo *orizzontale*; se, al con-

trario, si muovono verso segmenti diversi della catena, allora si originano fenomeni di integrazione *verticale*, di cui l'operazione in esame costituisce un esempio concreto. Sul punto, cfr. F. GREZZI, *La valutazione delle concentrazioni verticali nei mercati della convergenza tra i settori delle telecomunicazioni e della emittenza televisiva*, in *Rivista delle Società*, 2001, p. 563 ss.

<sup>42</sup> Cfr. punti nn. 109 e 131 del provvedimento in esame.

e, dunque, suscettibili di distorcere o limitare la concorrenza. Per queste ragioni, l'Antitrust ha concesso un assenso condizionato, che, brevemente riassunto nel suo senso complessivo, mira nella sostanza a correggere potenziali effetti anticompetitivi derivanti dalle sinergie tra il colosso radio-televisivo e quello delle TLC<sup>43</sup>.

Il Consiglio di Stato, chiamato infine dall'Autorità per le comunicazioni a pronunciarsi sulla vicenda, si è espresso favorevolmente alla concretizzazione dei piani delle due società interessate, formulando interessanti rilievi sui parametri normativi della vicenda. Si chiarisce infatti che l'art. 4 della legge n. 249/1997 va interpretato facendo riferimento al d.P.R. n. 318/1997 di recepimento della direttiva 97/13/CE, con cui è stata realizzata l'eliminazione definitiva delle barriere formali all'accesso al mercato delle telecomunicazioni attraverso il passaggio dal regime concessorio a quello autorizzatorio. Conseguenza immediata di ciò, è che il predetto articolo non si applica più nei confronti di Telecom Italia, essendo venute meno le ragioni della differenziazione della posizione giuridica di quest'ultima e con essa i profili che giustificavano le misure anticoncorrenziali normativamente disposte nei confronti dell'ex monopolista. Se si procedesse non trattando quest'ultimo alla stregua di uno fra i diversi operatori presenti sul mercato, si ignorerebbe il quadro normativo comunitario e il complesso e faticoso processo tramite il quale l'Unione è pervenuta a predisporre una serie di atti nel tempo<sup>44</sup> dai quali ha lentamente preso il

<sup>43</sup> Sul ruolo svolto dall'Antitrust, vedi S. MEZZACAPO, *Nell'esame delle operazioni di concentrazione maggiore peso al giudizio dell'Antitrust*, in *Guida al Diritto*, ed. Il Sole 24 Ore, 2001, pp. 130-131 ss.; F. BRUNO, *Antitrust - Due Authority a confronto nell'operazione Seat-TMC*, in *Diritto e pratica delle società*, ed. Il Sole 24 Ore, 2001, p. 33 ss.; AA.VV., *Il provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in merito alla concentrazione Telecom Italia/Seat Pagine Gialle*, in *Riv. Soc.*, 2000, p. 1245 ss.

<sup>44</sup> La produzione normativa in materia di telecomunicazioni si presenta vastissima, avendo dovuto affrontare ora il processo di liberalizzazione del settore, ora quello di armonizzazione delle legislazioni nazionali, processi giuridicamente fondati l'uno sull'art. 90, l'altro sull'art. 100A del Trattato. Mentre le direttive emanate in base all'art. 90 sono adottate dalla Commissione al fine di garantire l'applicazione da parte degli Stati membri delle norme relative al comportamento da tenere rispetto alle imprese pubbliche e a quelle titolari di diritti speciali ed esclusivi, le direttive discendenti dall'art. 100A sono adottate tramite il procedimento di codecisione previsto nell'art. 189B e mirano all'armonizzazione delle legislazioni nazionali preesistenti, creando nuovi obblighi a carico

degli Stati membri. Riassumendo, possiamo dire che i seguenti siano i principali atti di diritto derivato in materia di telecomunicazioni:

con le direttive 90/387/CEE (individuazione di un ambito strutturale — procedurale e organizzativo — armonizzato per la fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni) e 90/388/CEE (abolizione dei diritti speciali ed esclusivi gravanti sui servizi di telecomunicazione diversi dalla telefonia vocale, dal telex, dalla radiotelefonica mobile e dal radioavviso) si è avviato il processo di liberalizzazione di quasi tutti i servizi di telecomunicazione (grande esclusa, come si è ricordato, la telefonia vocale, in quanto maggiore fonte di finanziamento, per gli operatori, del servizio universale. Sull'argomento, cfr. P. CASSINIS - O. STEHMANN, *La liberalizzazione dei servizi di telecomunicazioni a livello comunitario, con particolare riferimento ai servizi di telefonia vocale*, in *Rass. Giur. En. El.*, 1994, p. 25 ss.). Il fatto che le due direttive siano state approvate nello stesso giorno non è una semplice casualità, ma sta a sottolineare che si tratta di provvedimenti strettamente collegati l'uno all'altro: mentre il primo è un tipico atto di armonizzazione, con cui il Consiglio ha inteso delineare un quadro in ordine ai principi fondamentali per l'uso delle reti e il loro libero accesso,

via l'apertura del settore delle telecomunicazioni al libero gioco delle

al fine di istituire un mercato aperto per i servizi di telecomunicazioni attraverso la realizzazione di una rete aperta di telecomunicazioni (c.d. ONP, *Open Network Provision*), il secondo costituisce il documento fondamentale in tema di concorrenza nel settore, poiché è a partire da questo momento che ha origine il vero e proprio processo di liberalizzazione, seppure da esso restino inizialmente esclusi alcuni servizi cui si è già accennato; la Commissione ha, cioè, posto una distinzione tra servizi riservati, che restano (temporaneamente) in regime di monopolio affinché gli organismi di telecomunicazione titolari di diritti speciali o esclusivi possano conservare gli introiti necessari per continuare a fornire il servizio universale, e servizi non riservati, che possono invece essere proficuamente liberalizzati in quanto non rientranti nell'ipotesi di deroga contemplata nell'art. 90, par. 2 del Trattato. Le due direttive sono legate da un'origine comune: entrambe, infatti, fanno seguito alla Comunicazione della Commissione del 28 novembre 1987 sul tema « *Verso una economia europea dinamica - Libro Verde sullo sviluppo di un mercati comune dei servizi ed apparati di telecomunicazioni* »: in essa, la Commissione fa il punto della situazione a proposito dello stato del settore, soffermandosi sugli aspetti tecnici, economici e sulle tendenze regolamentari, ricordando anche che, dal 1984 in poi, gli Stati membri hanno iniziato a creare le condizioni favorevoli perché fosse possibile far convergere le singole legislazioni ed esperienze nazionali in un unico contesto paneuropeo, ristrutturando il mercato e l'industria delle telecomunicazioni, agendo particolarmente su determinate tendenze:

- apertura dei mercati dei terminali alla concorrenza;
- realizzazione di un settore concorrenziale dei servizi a valore aggiunto (VAS);
- separazione delle funzioni regolamentate da quelle operative;
- mantenimento dei diritti speciali o esclusivi per la fornitura delle infrastrutture di rete e un numero limitato di servizi di base;
- prezzi il più possibile conformi ai costi per tali servizi.

La direttiva 96/19/CE del 13 marzo 1996, più nota come « direttiva *full competition* » (un approfondito commento della quale si trova in P. CASSINIS, *Liberalizzazione dei servizi e delle infrastrutture di telecomunicazioni in ambito comunitario*:

*prime considerazioni sulla direttiva full competition*, in questa *Rivista*, 1997, p. 249 ss.), ha infine disposto la completa e totale liberalizzazione del sistema delle telecomunicazioni nell'Unione ai sensi del combinato disposto degli artt. 90, par. 1, 59 e 86 del Trattato (cfr. cons. nn. 6-7). Il provvedimento recepisce le decisioni politiche precedentemente adottate dal Consiglio, stabilendo al 1° gennaio 1998 la data ultima per l'abolizione dei diritti speciali ed esclusivi ancora esistenti relativamente alla telefonia vocale, cosicché sia possibile per gli organismi di telecomunicazioni di uno Stato membro prestare direttamente i loro servizi in un altro Stato membro. La Commissione, tuttavia, è consapevole del fatto che la sola abolizione dei diritti speciali ed esclusivi non sarebbe in grado di esplicare le sue piene potenzialità se i nuovi concorrenti dovessero essere costretti a usare le rete pubblica degli organismi di telecomunicazioni; pertanto, accanto alla liberalizzazione della telefonia vocale, dispone quella dell'infrastruttura di rete, non menzionata nella « direttiva servizi », ma ora ritenuta condizione imprescindibile per il conseguimento di un'effettiva concorrenza nel mercato delle telecomunicazioni. Perché i nuovi entranti possano avere accesso ai mercati di telecomunicazioni, gli Stati membri predispongono un regime giuridico che contempla tre categorie di atti, di cui due di tipo autorizzatorio (autorizzazioni generali e licenze individuali: il numero di quest'ultime può essere limitato, purché ciò avvenga nel rispetto del principio di proporzionalità, solo « *in relazioni ad insufficienti disponibilità delle frequenze* », art. 3; inoltre, sempre in ossequio al principio di proporzionalità, la concessione di licenza è da ritenersi ingiustificata quando una semplice dichiarazione sia sufficiente a raggiungere l'obiettivo perseguito, cons. n. 10) e la terza consistente in atti di tipo unilaterale (semplici dichiarazioni, una sorta di denuncia d'inizio attività). Nella direttiva in questione sono contemplati almeno altri due argomenti « caldi »: il primo è costituito dall'interconnessione delle reti fisse e mobili e interoperabilità dei servizi. Nella pratica, l'interconnessione consente agli operatori presenti sul mercato di far comunicare i propri clienti con quelli degli altri o anche di farli accedere ai servizi da altri offerti. Il problema sorge dalla differente (e certamente migliore) posizione in cui si trova l'ex-monopolista, che in quanto tale dispo-

forze di mercato<sup>45</sup>.

Per quanto appena detto, appare opportuna una revisione della legge Maccanico, che pur fondandosi sul criterio della convergenza tecnologica e disciplinando unitariamente radiotelevisione e telecomunicazioni, in concreto non mette i soggetti operanti nei settori regolati in condizione di poter operare in modo « convergente », a causa delle restrizioni normative in materia di incroci proprietari.

Nella risoluzione della controversia un passaggio fondamentale è rappresentato dall'interpretazione *costituzionalmente orientata* del citato art. 4 che legittima definitivamente ed inequivocabilmente la realizzazione della convergenza digitale nel mercato delle telecomunicazioni. Secondo la tesi sostenuta dall'Autorità per le comunicazioni, andrebbe privilegiato un approccio ermeneutico di tipo teleologico al dato letterale della disposizione<sup>46</sup>, per cui, se la *ratio* della norma sta nell'evitare che l'operatore storico instauri la propria attività nei mercati diversi

ne di una rete estesa e capillare sul territorio, rispetto al nuovo operatore, detentore di una rete ancora ridotta o incompleta e quindi bisognoso di ottenere punti di interconnessione alla rete pubblica esistente di telecomunicazioni, in modo che gli sia veramente possibile fare concorrenza all'*incumbent*. L'art. 4-bis, introdotto dalla direttiva 96/19 nel testo consolidato della direttiva 90/388, impone, per l'appunto, agli Stati membri di garantire l'interconnessione « con il proprio servizio di telefonia vocale e con la propria rete pubblica commutata di telecomunicazioni alle altre imprese autorizzate alla fornitura di tali servizi o reti sulla base di condizioni non discriminatorie, proporzionali e trasparenti ed in conformità di criteri oggettivi ». Il secondo tema scottante cui si accennava sopra è rappresentato dalla fornitura e dal finanziamento del servizio universale, per cui, ai sensi dell'art. 5, par. 1 della direttiva 98/10, gli Stati membri devono fare in modo che « siano soddisfatte da almeno un operatore tutte le richieste ragionevoli di collegamento alla rete telefonica pubblica fissa e possono a tal fine, se necessario, designare uno o più operatori affinché sia coperto l'intero territorio ». Da questa disposizione scaturisce un diritto-dovere degli Stati membri di individuare entro il proprio territorio uno o più operatori che colleghino alla loro rete tutti gli utenti che ne facciano richiesta, compresi quelli che non producono traffici remunerativi o che, trovandosi in zone geografiche « scomode », un operatore non avrebbe interesse a servire. Va comunque detto che dalla lettura di altre disposizioni si evince che gli Stati non sono sempre tenuti a imporre coattivamente degli obblighi a determinati soggetti, ma che devono anzi evitarlo qualora sia possibile raggiungere gli stessi ri-

sultati in modo « non coattivo », supponiamo perché il mercato è già di per sé così ben funzionante da indurre gli operatori a soddisfare spontaneamente le richieste della normativa.

<sup>45</sup> Sull'importanza — e sull'ampiezza — dell'intervento comunitario, cfr., oltre agli Autori citati nella nota precedente, LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1999, *passim*; F. CARDARELLI - V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto delle telecomunicazioni*, Editori Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 29-95 e 207-325; V. DI STEFANO, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, Ed. Il Sole 24 Ore Pirola, Milano, 1997, p. 189 ss.; LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, *Simmetria e asimmetria nel diritto comunitario delle telecomunicazioni*, in questa *Rivista*, 1997, p. 501 ss.; G. NATALICCHI, *Il tramonto dei monopoli di Stato: politica delle telecomunicazioni e integrazione europea*, in *Riv. it. Sc. Pol.*, n. 2/99, p. 283 ss.; V. AMENDOLA - G. MOGLIA, *L'attività dell'autorità garante per la promozione e la tutela della concorrenza nelle telecomunicazioni italiane*, in questa *Rivista*, 1995, p. 267 ss.; D. CALDIROLA, *Problemi attuali: aspetti giuridici della liberalizzazione nelle telecomunicazioni*, in *Economia pubblica*, n. 4, 1996, p. 121 ss.

<sup>46</sup> Al punto 10 della delibera n. 51/01/CONS, adottata dall'Autorità in data 17 gennaio 2001, il Consiglio afferma che va data una lettura sostanziale della norma, ragion per cui il divieto in essa contenuto è da ritenersi vigente a prescindere dal titolo in base al quale l'operatore ex-monopolista svolga la sua attività, al fine di evitare distorsioni concorrenziali nei mercati delle comunicazioni e per assicurare la tutela di valori costituzionalmente protetti, quali il pluralismo e l'accesso all'informazione.

da quello oggetto dell'esclusiva appena cessata e, di conseguenza, nel favorire condizioni di parità sostanziale tra i vari soggetti presenti sul mercato, allora si può prescindere dal titolo autorizzatorio in base al quale l'ex-monopolista esercita la sua attività e considerarlo concessionario esclusivo dei servizi di telecomunicazione a tempo indeterminato, o comunque finché non siano stati elusi i rischi di strategie anticoncorrenziali.

Ma, a parere del Consiglio di Stato, si tratta di una interpretazione che mal si concilia sia con un'attenta lettura dei valori costituzionali, sia con i principi comunitari in materia di eguaglianza, libertà di iniziativa economica e garanzia della concorrenza. Considerare la norma in questione come proibitiva, singolare, asimmetrica, e sostanzialmente *a tempo indefinito*, è lesivo dei principi costituzionali sanciti agli artt. 3 e 41 della Carta fondamentale e finisce per penalizzare in maniera irragionevole ed irrazionale un soggetto operante in un regime non più di stampo monopolistico, bensì ormai traghettato — proprio dalla normativa di cui alla legge n. 249 — ad uno liberalizzato. L'opposta interpretazione, invece, soddisfa sia il canone interpretativo che impone la preferenza per un approccio ermeneutico costituzionalmente compatibile, sia il dato letterale della disposizione, nel senso di ancorare alla permanenza dello *status* di gestore esclusivo la *ratio* e, con essa, il raggio temporale di azione della limitazione legale<sup>47</sup>.

La vicenda Seat-TMC è emblematica della difficoltà con cui il diritto scritto stenta a tenere il passo dell'evoluzione tecnologica (ma sarebbe assurdo pretendere che il legislatore preveda il futuro), che sembra arrivare sempre prima che sia stato possibile disciplinare le diverse fattispecie giuridiche attraverso la predisposizione di un tessuto normativo adeguato o sufficientemente lungimirante<sup>48</sup>. Al contempo, l'intervento dei giudici sembra assumere non tanto una funzione pretoria, quanto un ruolo inevitabile di cerniera tra i veloci mutamenti della realtà effettuale, le prescrizioni legislative ed i valori di rilievo costituzionale e comunitario. Nel campo delle comunicazioni, questo è tanto più vero quanto più le tecnologie rendono realizzabili in concreto nuove modalità di diffusione e fruizione delle informazioni tramite sistemi fortemente integrati e connotati da elementi di multimedialità, che costringono ad un aggiornamento continuo e ad una ridefinizione permanente delle « regole del gioco », che, per resistere all'impatto con la sfida tecnologica, devono necessariamente tenere in debito conto gli scenari aperti dai nuovi mercati della convergenza digitale.

Se esiste convergenza tecnologica, dovrà esistere in parallelo anche la convergenza delle normative e le nuove norme dovranno possedere tre requisiti essenziali, come auspicato dal Presidente stesso dell'Autorità per le

<sup>47</sup> « ( ) È divenuta non più tollerabile una limitazione posta a carico di uno solo degli operatori nel settore de quo, in modo avulso dalla verifica in concreto della posizione dominante e dei rischi concorrenziali, al cospetto della possibilità di ingresso degli altri operatori, teoricamente dota-

ti anche di notevole forza anche in ambito internazionale, nel settore del mercato televisivo in chiaro ( ) ».

<sup>48</sup> A sostegno di tale tesi, cfr. anche F. DONATI, *Regolamentazione ex ante e controllo successivo a tutela della concorrenza*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 614 ss.



comunicazioni<sup>49</sup>: un elevato e serio contenuto tecnico, una buona flessibilità e una forte imparzialità. D'altronde, è stata la stessa Autorità per le comunicazioni, nella delibera n. 51/01/CONS, a rilevare la necessità di un adeguamento della normativa vigente all'andamento dell'innovazione tecnologica. La legge n. 249/1997 non appare più funzionale al soddisfacimento delle esigenze del mercato ed è quindi « *necessario considerare l'opportunità di elaborare un insieme organico di regole che permettano una rapida realizzazione del processo di convergenza, senza ostacolare il dispiegarsi della concorrenza nei diversi settori, alla luce della recente evoluzione del quadro normativo comunitario* ». Il medesimo provvedimento si chiude con la segnalazione al Governo, ai sensi dell'art. 1, comma 6, lett. c), n. 1 della legge n. 249, del fatto che la realizzazione del processo di convergenza nel settore delle comunicazioni rende quanto meno opportuna la predisposizione di un quadro normativo che disciplini, pur nel rispetto dei principi di pluralismo e concorrenza, le modalità ed i confini entro i quali è possibile operare incroci proprietari tra operatori di diversi settori nell'ambito delle comunicazioni di massa. Rimettere al Governo la revisione di una parte così importante della disciplina in conformità al vigente meccanismo di delegificazione sembra avere la finalità di accrescere la flessibilità operativa del quadro legislativo anche in connessione all'eventualità di improvvisi cambiamenti del contesto fattuale<sup>50</sup>. In questo processo di aggiornamento normativo sarebbe tuttavia opportuno coinvolgere anche gli organi parlamentari, giacché si tratta di interessi protetti dalla Costituzione, sia quelli propri dei soggetti che semplicemente comunicano o « *consumano* » l'informazione ai sensi degli artt. 15 e 21 della Costituzione, sia gli interessi di coloro che esercitano o intendono esercitare l'iniziativa economica privata nei settori in discussione conformemente al dettato dell'art. 41 della medesima Carta costituzionale.

BARBARA MALAISI

<sup>49</sup> Cfr. E. CHELI, *op. cit.*, <http://www.fub.it/telema/TELEMA25/Cheli25.html>.

<sup>50</sup> Le stesse Autorità, per il loro stesso esistere, potrebbero configurarsi come una sorta di soggetti « permanentemente delegificatori ». Il fatto è, nota acutamente G.M. SALERNO, *L'efficienza dei poteri pubblici nei principi dell'ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 38, che « *non ci si meraviglia più — al contrario, è considerato un segno distintivo della modernità — se nelle leggi di nuova produzione si introducono peculiari strumentazioni giuridiche che, talora con formule*

*sin troppo sofisticate, sono rivolte a perseguire obiettivi di maggiore efficienza in connessione allo svolgimento delle funzioni pubbliche e delle attività individuali o collettive giuridicamente disciplinate, anche rimettendo la stessa legge ad una successiva attività di valutazione degli effetti concretamente verificatisi nell'esperienza applicativa, ovvero delegando al Governo l'eventuale modifica delle prescrizioni legislative stesse entro un determinato periodo di tempo al fine di apportarne le "correzioni" che si riterranno adeguate alle esigenze concretamente manifestatesi* ».