
MARCELLO CLARICH - ALESSANDRO BOSO CARETTA

IL NUOVO SISTEMA DELLE AUTORIZZAZIONI PER LE RETI E I SERVIZI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La nuova disciplina comunitaria delle autorizzazioni per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica. — 3. Direttiva Autorizzazioni: un nuovo passo verso la « conformazione del potere di conformazione » e la crisi della distinzione tra funzione amministrativa e funzione di regolazione?

1. PREMESSA.

Tra gli atti normativi recentemente approvati dal Parlamento europeo e dal Consiglio in materia di comunicazioni elettroniche, un posto di rilievo occupa la direttiva sulle autorizzazioni per le reti e i servizi (di seguito « Direttiva Autorizzazioni » o ad anche « Direttiva »), sottoscritta il 7 marzo 2002¹, che pone la nuova cornice di regole comunitarie riguardanti i titoli abilitativi per lo svolgimento dell'attività di impresa nel settore delle comunicazioni elettroniche; regole destinate a sostituire i principi attualmente fissati dalla direttiva 97/13/CE².

Alla Direttiva Autorizzazioni spetta il compito di ridefinire, all'interno degli ordinamenti nazionali, gli equilibri tra libertà di impresa e controllo pubblico nella fase di « post-liberalizzazione » del settore delle telecomunicazioni e di convergenza tecnologica. Il nuovo modello normativo interessa non solo le imprese, dirette destinatarie degli effetti dei nuovi equilibri normativi, ma anche il giurista, al quale, già a un primo esame, la Direttiva Autorizzazioni fornisce spunti di riflessione più generali sulle linee evolutive dei sistemi di regolazione.

* Il saggio riproduce, con l'aggiunta di note e gli opportuni aggiornamenti, la relazione al convegno organizzato dalla Fondazione « Cesifin Alberto Predieri », a Firenze, il 19 aprile 2002.

¹ Direttiva 2002/20/CE.

² Direttiva CE 10 aprile 1997, n. 13 relativa ad una disciplina comune in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazione.

Anticipando alcune delle conclusioni, possiamo dire che la Direttiva Autorizzazioni segna un ulteriore punto di crisi, almeno per quanto riguarda i riflessi nell'ordinamento italiano, della distinzione tradizionale tra funzione amministrativa (*sub specie* autorizzatoria) e funzione di regolazione. Essa rappresenta inoltre uno dei casi più eclatanti di delimitazione rigida dei poteri pubblici di conformazione del diritto di impresa giustificata in funzione della tutela di interessi pubblici, ovvero, per così dire, di « conformazione dei poteri di conformazione ».

La relazione si articolerà in due parti: una prima dedicata all'illustrazione sintetica delle principali novità introdotte dalla Direttiva Autorizzazioni; una seconda contenente alcune considerazioni sul prevedibile impatto delle nuove regole comunitarie sul nostro sistema nazionale delle autorizzazioni.

2. LA NUOVA DISCIPLINA COMUNITARIA DELLE AUTORIZZAZIONI PER LE RETI ED I SERVIZI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA.

I punti qualificanti della disciplina risultante dalla Direttiva Autorizzazioni, il cui obiettivo dichiarato è quello di creare un quadro armonizzato caratterizzato dalla riduzione e dalla semplificazione dei vincoli regolamentari per l'accesso ai mercati delle comunicazioni elettroniche, possono essere così riassunti:

- a) Passaggio dalle licenze individuali alle autorizzazioni generali.
- b) Separazione delle varie categorie di condizioni poste a carico delle imprese.
- c) Semplificazione delle procedure, minimizzazione degli obblighi informativi a carico delle imprese, potenziamento degli obblighi di trasparenza e pubblicità della P.A.
- d) Stretta proporzionalità delle condizioni corredanti le autorizzazioni generali e le concessioni di diritti individuali d'uso e rafforzamento della tutela dell'impresa.
- e) Riduzione dei contributi amministrativi (« *administrative charges* »), razionalizzazione dei contributi per i diritti d'uso e per i diritti di passaggio (« *fees* »).

a) *Passaggio dalle licenze individuali alle autorizzazioni generali.*

La precedente direttiva (97/13/CE) già privilegiava lo strumento dell'autorizzazione generale (definita all'art. 2 come « autorizzazione che, indipendentemente dal fatto che sia disciplinata da una licenza per categoria o da una normativa generale, e che preveda o meno una registrazione, non obbliga le imprese interessate a ottenere una decisione esplicita da parte delle autorità di regola-

mentazione nazionali per poter esercitare i diritti derivanti dall'autorizzazione») rispetto allo strumento della licenza individuale (definita all'art. 2 come « autorizzazione concessa da un'autorità di regolamentazione nazionale, la quale conferisce diritti specifici a un'impresa, ovvero l'assoggetta a obblighi specifici, se del caso oltre all'autorizzazione generale, così che tale impresa non può esercitare i diritti di cui trattasi senza la previa decisione dell'autorità di regolamentazione nazionale »).

Ciò risulta in particolare dall'art. 3 della direttiva citata, che dettava i principi generali in materia di autorizzazioni, e dall'art. 7, che indicava, delimitandoli, i casi nei quali gli Stati potevano ricorrere allo strumento della licenza individuale.

La disciplina posta lasciava comunque agli Stati un margine di manovra piuttosto ampio nella scelta di escludere determinati diritti dalla sfera di efficacia delle autorizzazioni generali e di subordinarli al rilascio di licenze individuali.

Tale situazione ha avuto come conseguenza — come osservato dalla Commissione nella relazione illustrativa della proposta di nuova direttiva — che nella gran parte degli Stati le licenze individuali hanno finito per rappresentare la regola piuttosto che l'eccezione, determinando difficoltà di accesso ai mercati nazionali delle telecomunicazioni e ostacoli allo sviluppo di servizi transfrontalieri. L'esperienza maturata negli anni di applicazione della prima generazione di direttive in materia di telecomunicazioni ha dimostrato che l'imposizione alle imprese dell'onere di richiedere licenze individuali distinte per distinte tipologie di servizi di comunicazione elettronica risulta il più delle volte priva di una giustificazione obiettiva. La suddivisione delle autorizzazioni in funzione della tipologia del servizio di comunicazione elettronica offerto non solo crea impacci al dispiegarsi della concorrenza, innalzando barriere artificiali, ma trascura anche il fatto che vi è un naturale movimento di convergenza tra servizi, reti e tecnologie nel settore delle comunicazioni elettroniche.

In un contesto europeo di questo tipo, caratterizzato dalla segmentazione dei titoli autorizzatori, l'Italia non ha fatto eccezione. Il d.P.R. 318/97, al quale si deve il recepimento della prima serie di direttive comunitarie sulle telecomunicazioni, compresa la direttiva 97/13/CE in tema di autorizzazioni, ha, com'è noto, previsto un ampio uso delle licenze individuali; queste sono infatti richieste, tra l'altro, per la prestazione dei servizi di telefonia vocale, per l'installazione e fornitura di reti di telecomunicazioni pubbliche, per la prestazione di servizi di comunicazione mobili e personali, per l'assegnazione di frequenze radio o di specifiche numerazioni, per l'imposizione di oneri e condizioni inerenti alla fornitura obbligatoria di servizi e reti di telecomunicazioni pubblici, compresi gli obblighi del servizio universale, e per l'imposizione di obblighi specifici alle imprese dotate di notevole forza di mercato (art. 6, comma 6, d.P.R. 318/97).

La soluzione proposta dalla Commissione e fatta propria dal Parlamento europeo e dal Consiglio è consistita nel fissare il principio, accolto nella nuova Direttiva Autorizzazioni, secondo cui la fornitura di reti o di servizi di comunicazione elettronica può essere assoggettata soltanto a un'autorizzazione generale (art. 3.2); la definizione di autorizzazione generale che viene data, parzialmente diversa da quella posta nella vecchia disciplina, rende ancor più evidente, rispetto al passato, come tale autorizzazione non consista in un provvedimento amministrativo in senso proprio, ma si sostanzia in una normativa di settore, fonte di diritti ed obblighi di carattere generale per le imprese che in quel settore operano³.

In base alle nuove regole (v. in particolare l'art. 3.2 della Direttiva), alle imprese che intendano fornire reti o servizi di comunicazione elettronica potrà dunque essere imposto solo un obbligo di notifica; per contro, l'esercizio dell'attività da parte dell'impresa non potrà essere subordinato all'adozione di una decisione esplicita o di qualunque altro atto amministrativo da parte dell'autorità nazionale di regolamentazione (di seguito anche « NRA »).

Ciò porta a prefigurare un quadro normativo nazionale profondamente diverso rispetto a quello attuale disegnato dal d.P.R. 318/97; non solo per il maggior spazio che dovrà essere necessariamente riconosciuto alle autorizzazioni generali rispetto alle licenze individuali, ma anche perché il regime attualmente previsto per il rilascio delle autorizzazioni generali dovrà essere modificato. La nuova direttiva, come meglio si dirà in seguito, sembra infatti precludere la possibilità per gli Stati membri di subordinare l'inizio dell'esercizio dell'attività di impresa ad un atto amministrativo, qualunque esso sia, esplicito o implicito: dunque, anche a un atto formato mediante la tecnica del silenzio-assenso, oggi prevista dall'art. 6.3 del d.P.R. 318/97.

La Direttiva Autorizzazioni si preoccupa anche di indicare il contenuto minimo dell'autorizzazione generale (art. 4). Questa attribuisce alle imprese autorizzate almeno il diritto di fornire reti e servizi di comunicazione elettronica e il diritto a che sia esaminata la loro domanda per la concessione dei diritti per l'installazione delle relative *facilities* (i cd. « diritti di passaggio », secondo la terminologia impiegata nella Direttiva Quadro) nei modi previsti dall'art. 11 della Direttiva Quadro (ispirati ai principi di trasparenza e non discriminazione, sia per quanto riguarda il procedimento, sia per quanto riguarda il contenuto delle condizioni poste). Ulteriori diritti minimi sono previsti nel caso in cui la forn-

³ Ai sensi dell'art. 2, comma 2, Direttiva Autorizzazioni, per « autorizzazione generale » si intende « il quadro normativo istituito dallo Stato membro che garantisce i diritti di fornitura di reti o di servizi di co-

municazione elettronica e stabilisce obblighi specifici per il settore applicabili a tutti i tipi o a tipi specifici di servizi e di reti di comunicazione elettronica, conformemente alla presente direttiva ».

tura di reti e servizi di comunicazione elettronica sia rivolta al pubblico (art. 4.2).

L'unica ipotesi in relazione alla quale la Direttiva mantiene la possibilità, per gli Stati membri, di regolare il rapporto con l'impresa a mezzo di provvedimenti amministrativi riguarda la disciplina dell'utilizzo delle frequenze radio e dei numeri. Anche con riferimento a tale ipotesi, tuttavia, la regolazione del rapporto mediante concessione di diritti individuali d'uso, anziché attraverso autorizzazioni generali, risulta legittima solo se necessaria (art. 5). In particolare, è previsto che qualora sia possibile, e quando il rischio di interferenze dannose sia trascurabile, gli Stati membri devono comunque astenersi dal subordinare l'uso delle frequenze radio alla concessione di diritti individuali, e includere le condizioni d'uso di tali frequenze nell'autorizzazione generale (art. 5.1). In ogni caso, la concessione di diritti d'uso individuali deve avvenire sulla base di procedure pubbliche, trasparenti e non discriminatorie (art. 5.2) e deve essere finalizzata ad assicurare l'uso efficiente delle risorse. Sono altresì previsti dei termini per la conclusione del procedimento di concessione dei diritti d'uso ed è imposta la pubblicazione delle decisioni adottate in materia (art. 5.5).

Di rilievo è anche il principio, contenuto nella nuova normativa (art. 5.5), che il numero dei diritti individuali d'uso non può essere limitato, salvo che una limitazione risulti necessaria per assicurare l'uso efficiente delle frequenze radio. La regola in questione, richiamando il requisito della necessità, appare più stringente di quella contenuta nella precedente direttiva (art. 10 dir. 97/13/CE). La valutazione circa la necessità della limitazione dovrà essere operata sulla base dei criteri indicati dall'art. 7 della nuova Direttiva, in particolare tenendo conto dell'esigenza di massimizzare i benefici per gli utenti e di facilitare lo sviluppo della concorrenza. La decisione di limitare il numero dei diritti d'uso, similmente a quanto disposto dalla vecchia direttiva, potrà essere pronunciata solo dopo che sia stata data alle parti interessate la possibilità di esprimere le loro valutazioni; tale decisione dovrà essere resa pubblica, con l'indicazione delle motivazioni della limitazione, e dovrà essere sottoposta a periodica revisione (art. 7.1). Nel caso di limitazione, l'assegnazione dovrà avvenire in base a criteri di selezione obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori (art. 7.3). La formula riproduce la previsione della vecchia direttiva (art. 10.3 dir. 97/13/CE), con la sola differenza della mancata menzione del requisito del carattere « dettagliato » dei criteri di selezione.

Per quanto riguarda le condizioni per l'esercizio dei diritti derivanti da autorizzazioni generali o concessi individualmente, la Direttiva stabilisce che queste non possano essere diverse da quelle menzionate nei tre elenchi allegati alla Direttiva, dove vengono indicate, separatamente, le condizioni che possono corredate, rispettivamente, le autorizzazioni generali (All. A), la con-

cessione di diritti individuali d'uso delle frequenze (All. B), la concessione di diritti individuali d'uso dei numeri (All. C).

L'elenco delle condizioni è piuttosto nutrito, anche perché è stato ampliato nella versione finale della Direttiva in raffronto all'originaria proposta della Commissione evidente è comunque il maggiore sforzo di puntualizzazione delle condizioni apponibili, rispetto alle formule, alcune delle quali assai generiche, impiegate nella vecchia direttiva.

Presupposto di legittimità dell'apposizione di una condizione è che essa presenti un'obiettivo giustificazione con riferimento specifico al servizio o alla rete oggetto di fornitura, e che sia individuata, tra quelle astrattamente apponibili, mediante criteri di non discriminazione, proporzionalità e trasparenza (art. 6.1).

Il considerando 15 della Direttiva sottolinea, inoltre, che l'apposizione di condizioni è legittima solo nei limiti di quanto strettamente necessario per assicurare il rispetto delle disposizioni e degli obblighi fondamentali sanciti dal diritto comunitario e dal diritto nazionale in conformità del diritto comunitario.

b) Separazione delle varie categorie di condizioni poste a carico delle imprese.

Il principio in questione trova applicazione in particolare nelle disposizioni di cui all'art. 6, commi 2, 3 e 4. Come accennato, la Direttiva Autorizzazioni prevede che siano tenute separate le condizioni che derivano da: autorizzazioni generali, concessioni di diritti individuali d'uso, Direttiva Accesso o Direttiva Servizio Universale, altra normativa. Vieta inoltre la riproduzione nelle concessione di diritti d'uso di condizioni imposte con l'autorizzazione generale (art. 6.2).

L'obiettivo è quello di evitare duplicazioni di oneri e di garantire maggiore trasparenza di regime.

c) Semplificazione delle procedure, minimizzazione degli obblighi informativi a carico delle imprese, potenziamento degli obblighi di trasparenza e pubblicità della P.A.

Tra gli obiettivi della nuova Direttiva vi è quello di semplificare e di rendere più trasparenti le procedure per ottenere le autorizzazioni generali o la concessione di diritti individuali d'uso su frequenze e numeri, nonché di limitare gli obblighi informativi a carico delle imprese allo stretto necessario, armonizzando in tal senso i diversi regimi nazionali.

La semplificazione riguarda, come si è detto, anzitutto le procedure per beneficiare delle autorizzazioni generali.

Al riguardo, la notificazione eventualmente richiesta ai fini dell'autorizzazione generale deve limitarsi alla dichiarazione, resa alla NRA dalla persona fisica o giuridica interessata, di iniziare la fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica, accompagnata da un'informazione « minimale », limitata a quanto necessario a consentire alla NRA di tenere un registro dei fornitori di reti o servizi (dati di identificazione del prestatore del servizio, referenti, indirizzo, breve descrizione della rete o del servizio fornito, data stimata di inizio attività) (art. 3.3).

Ne consegue che la previsione del d.P.R. 318/97 (art. 6.3) secondo la quale l'impresa che intende avviare il servizio deve comunicare all'Autorità la propria dichiarazione in tale senso, « annettendo tutte le informazioni relative al servizio, necessarie a verificare la conformità alle condizioni stabilite », non potrà essere conservata nel nuovo quadro normativo. Le imprese, infatti, non potranno essere costrette a fornire le informazioni comprovanti il rispetto delle condizioni per l'esercizio dell'attività *prima* dell'inizio dell'attività. Informazioni di questo tipo potranno esser loro richieste soltanto *dopo* l'inizio dell'attività, allo scopo di permettere all'Autorità di effettuare i controlli sul rispetto delle condizioni annesse all'autorizzazione generale, o per gli altri fini tassativamente indicati dall'art. 11 della Direttiva.

Questo principio vale per le autorizzazioni generali, non per le connessioni individuali: l'art. 11.1, lett. c), della nuova Direttiva consente all'Autorità di richiedere informazioni allo scopo di valutare le domande per la concessione dei diritti di uso; e, in base, all'art. 11.1, ultima proposizione, la comunicazione delle informazioni funzionali alla concessione dei diritti d'uso, a differenza di quanto stabilito per tutte le altre informazioni, può essere prevista quale condizione per l'accesso al mercato.

In ogni caso, qualsiasi richiesta di informazioni, sia che abbia riguardo a situazioni governate da autorizzazioni generali, sia che si riferisca a situazioni governate da concessioni individuali, sia che attenga al rispetto degli specifici obblighi che possono essere imposti alle imprese in base alla Direttiva Accesso ed alla Direttiva Servizio Universale, dovrà osservare, ai sensi dell'art. 11.1, prima parte, Direttiva Autorizzazioni il principio della proporzionalità rispetto allo scopo e dell'obiettiva giustificazione.

La Direttiva impone inoltre agli Stati obblighi di trasparenza, sia di carattere generale (art. 15), sia di carattere particolare, con riferimento a specifiche procedure.

Quanto ai primi, l'art. 15 prevede che tutte le informazioni rilevanti riguardanti diritti, condizioni, procedure, *charges*, *fees* e decisioni concernenti autorizzazioni generali e diritti d'uso siano pubblicate e tenute aggiornate opportunamente, in modo da consentire alle parti interessate di accedere agevolmente alle informa-

zioni medesime; stabilisce inoltre che quando le predette informazioni siano gestite da diverse amministrazioni, le NRA adottino ogni ragionevole sforzo per realizzare un prospetto di facile lettura di tutte le informazioni rilevanti.

Obblighi di trasparenza sono poi specificamente fissati in relazione alle condizioni apposte alle autorizzazioni generali (art. 6.1), alla concessione di diritti d'uso (art. 5.2), alla decisione di limitare la concessione di diritti d'uso (art. 7.1, lett. c), ai criteri di selezione ed alle procedure per la concessione dei diritti d'uso in numero limitato (artt. 7.3 e 7.4), all'imposizione di contributi amministrativi (art. 12.1, lett. c), e art. 12.2) e di *fees* per i diritti d'uso e per i diritti di passaggio (art. 13).

d) Stretta proporzionalità delle condizioni corredanti le autorizzazioni generali e le concessioni di diritti individuali d'uso e rafforzamento della tutela dell'impresa.

Il principio di proporzionalità delle condizioni imposte agli operatori, che già è contemplato nel regime vigente, risulta potenziato dalla nuova Direttiva, che lo ridefinisce come principio di « stretta proporzionalità » (v. in particolare considerando n. 15). Le condizioni relative alle autorizzazioni generali e alle concessioni di diritti individuali d'uso devono infatti essere limitate allo stretto necessario per garantire il rispetto delle esigenze rilevanti per il diritto comunitario (e per il diritto nazionale, nei limiti in cui sia conforme al diritto comunitario).

Vi è, poi, un rafforzamento della tutela dell'impresa nei confronti della pubblica amministrazione.

Tale tutela si realizza anzitutto nella fase di formazione delle decisioni amministrative, attraverso il potenziamento del principio di trasparenza amministrativa (v. *supra*), la previsione di meccanismi di partecipazione degli interessati ai procedimenti (v. in particolare: art. 5.4; art. 7.1., lett. b); art. 10.2; art. 10.6; art. 14), e la definizione di tempi certi e brevi per la conclusione dei procedimenti (v. in particolare: art. 5.3, salvo estensione del termine consentita dall'art. 7.4; art. 5.4).

Significative nel senso di una maggiore tutela dell'impresa sono poi le disposizioni previste dall'art. 9 (diritto delle imprese ad ottenere attestazioni da parte delle NRA volte ad agevolare l'esercizio dei diritti di passaggio e di interconnessione) e dall'art. 14.2 (divieto per gli Stati membri di limitare o revocare i diritti di passaggio prima della scadenza del periodo per il quale sono stati concessi, salvo giustificato motivo, e previsione che, in tal caso, ciò avvenga in conformità alle pertinenti disposizioni nazionali che prevedono la corresponsione di indennizzi per la revoca).

e) *Riduzione dei contributi amministrativi (« administrative charges »), razionalizzazione dei contributi per i diritti d'uso e per i diritti di passaggio (« fees »).*

La nuova Direttiva rafforza il principio, già presente nel regime attuale (v. art. 6 della direttiva 97/13/CE), della corrispondenza tra contributi amministrativi (« *administrative charges* ») e costi amministrativi, sicché i primi non possono essere stabiliti in misura superiore ai secondi (v. in particolare considerando 30).

Al riguardo, i contributi amministrativi eventualmente richiesti alle imprese che prestano servizi in base a un'autorizzazione generale o alle quali siano stati concessi diritti individuali d'uso devono coprire soltanto i costi amministrativi relativi alla gestione, al controllo e all'applicazione, rispettivamente, del regime di autorizzazione generale, e dei diritti d'uso concessi (nonché degli specifici obblighi eventualmente imposti alle imprese in base alla Direttiva Accesso od alla Direttiva Servizio Universale) (art. 12 Direttiva).

Questi contributi dovrebbero tendenzialmente diminuire nel nuovo regime, tenuto conto della semplificazione delle procedure imposta dalla nuova Direttiva, cui dovrebbe ragionevolmente accompagnarsi una riduzione dei costi amministrativi.

Una novità in proposito è rappresentata dall'obbligo di pubblicazione annuale di un prospetto riassuntivo dei costi amministrativi, fissato dalla Direttiva a carico delle NRA, laddove esse richiedano il pagamento di contributi amministrativi, e dalla previsione che nel caso in cui il totale dei contributi amministrativi pagati nell'anno ecceda il totale dei costi amministrativi, i primi debbano necessariamente essere ridotti, in modo da rimanere allineati ai secondi (art. 12, comma 2).

Per quanto riguarda invece i contributi per i diritti d'uso e i diritti di passaggio, la regola fondamentale è che questi contributi possono essere imposti soltanto per garantire l'uso ottimale delle risorse e non devono essere invece trattati alla stregua di mere fonti di entrate per l'erario. Ciò è detto nell'art. 13, e ancor più chiaramente nei considerando (in particolare, considerando n. 32).

Proprio allo scopo di evitare che l'imposizione di *fees* sia vista dagli Stati soprattutto come fonte di entrata, il considerando n. 32 è stato emendato dal Parlamento europeo rispetto alla formulazione originaria, con l'aggiunta della previsione che in caso di procedure di selezione competitiva o comparativa le modalità di pagamento delle *fees* per l'uso delle frequenze radio dovranno essere stabilite in modo da garantire che tali contributi non portino in pratica a una selezione basata su criteri estranei all'obiettivo di garantire l'uso ottimale delle frequenze radio. Al riguardo è anche prevista una funzione di orientamento della Commissione, da svolgersi attraverso la pubblicazione di studi comparativi relativi alle migliori prassi in materia di allocazione delle frequenze, assegna-

zione di numeri o diritti di passaggio. È verosimile che una siffatta soluzione abbia fatto tesoro dell'esperienza europea dell'aggiudicazione delle licenze UMTS in relazione alle quali, com'è noto, gli operatori hanno assunto l'obbligo di corrispondere somme per un verso particolarmente elevate, per altro verso assai differenziate nei vari Paesi in seguito alla partecipazione ad aste competitive finalizzate ad accrescere gli introiti a favore dell'erario.

3. DIRETTIVA AUTORIZZAZIONI: UN NUOVO PASSO VERSO LA « CONFORMAZIONE DEL POTERE DI CONFORMAZIONE » E LA CRISI DELLA DISTINZIONE TRA FUNZIONE AMMINISTRATIVA E FUNZIONE DI REGOLAZIONE?

In sede conclusiva è possibile esprimere alcune considerazioni sui riflessi che la nuova Direttiva potrà avere sul sistema nazionale delle autorizzazioni e sui rapporti tra diritto d'impresa e potere pubblico di conformazione dell'impresa.

Nel nostro ordinamento il controllo pubblico sull'impresa ha spesso preso le forme di poteri autorizzatori e di regolamentazione penetranti e pervasivi; l'esercizio di tali poteri, definibili nell'insieme come poteri pubblici di conformazione, ha portato a una compressione del diritto di impresa, più o meno accentuata a seconda del settore economico considerato, legittimata sul piano costituzionale dal comma 3 dell'art. 41 della Costituzione.

Il modello culturale che per lungo tempo ha dominato il panorama nazionale vedeva, in effetti, un rapporto tra diritto di impresa e potere pubblico di conformazione sbilanciato in favore del secondo. Si tratta di un modello in cui, in buona sostanza, è l'impresa a doversi legittimare, piuttosto che il potere pubblico che esercita il controllo; è l'impresa ad aver l'onere di dimostrare la propria coerenza con l'interesse pubblico, piuttosto che il potere pubblico a dover giustificare il proprio intervento.

In questa tradizione giuridica e culturale, il potere pubblico di conformazione, pur formalmente sottoposto alla legge, nella sostanza ha spesso goduto di grande libertà di esplicazione, avvalendosi degli ampi spazi concessi alla discrezionalità amministrativa dalle maglie larghe della legge. Così, per esempio, è principio generalmente accolto quello secondo cui, anche in assenza di una espressa previsione legislativa in tal senso, l'atto autorizzatorio può stabilire oneri e condizioni, purché ragionevoli e coerenti con il fine del potere esercitato, in tal modo conformando il diritto di impresa.

La Direttiva Autorizzazioni sembra infrangere questo modello culturale, riequilibrando il rapporto tra diritto di impresa e controllo pubblico. Nel nuovo regime, è il potere pubblico di conformazione a dover giustificare il proprio intervento. Questo infatti viene ammesso nella misura in cui risulti effettivamente necessa-

rio, in conformità al principio di stretta proporzionalità, ed è sottoposto a una disciplina a « maglie strette », che ne delimita il percorso e ne imbriglia la discrezionalità. Il potere di conformazione dell'impresa viene quindi, per così dire, conformato a sua volta.

Questa conformazione non è solo volta a garantire la libertà di impresa in sé, come posizione giuridica soggettiva individuale, ma tende altresì, come è del resto tipico dei fenomeni di « conformazione », al perseguimento di un interesse pubblico, nella specie costituito dalla promozione della concorrenza. L'idea è infatti che, in un mercato ormai in fase di post-liberalizzazione, un potere di conformazione del diritto di impresa troppo ampio nuoccia alla concorrenza. Di qui la necessità che il potere pubblico di conformazione dell'impresa sia ben delimitato.

Già la direttiva 97/13/CE aveva posto una serie di paletti al controllo pubblico sull'impresa nel settore delle telecomunicazioni. Quella direttiva aveva tuttavia disegnato un regime improntato a una elevata flessibilità, lasciando agli Stati margini di manovra piuttosto ampi. Ma tale flessibilità era in qualche modo resa necessaria dall'esigenza di dare agli Stati gli strumenti per gestire, tenendo conto delle peculiarità delle rispettive situazioni nazionali, la fase del passaggio dal monopolio alla concorrenza.

La nuova direttiva segna una ulteriore e, almeno in apparenza, più incisiva tappa verso la delimitazione del controllo pubblico. Basti qui ricordare, richiamando alcuni dei punti evidenziati precedentemente, che l'uso di provvedimenti per la concessione di diritti individuali viene confinato ai casi di stretta necessità; le condizioni apponibili a ogni tipo di autorizzazione sono definite in modo più puntuale rispetto al passato, e risultano rigidamente separate per tipi di autorizzazione; i vincoli al diritto d'impresa debbono essere informati al principio di stretta proporzionalità; l'informativa richiedibile alle imprese è ridimensionata e, salvo eccezioni, non può costituire condizione alla quale subordinare l'avvio dell'attività di impresa.

Misure queste che, complessivamente considerate, legittimano l'idea, qui espressa, della conformazione del potere pubblico di conformazione.

Un secondo aspetto merita di essere sottolineato. Il modello di autorizzazione generale disegnato dalla Direttiva Autorizzazioni mette ulteriormente in crisi la distinzione tra funzione di amministrazione e funzione di regolazione.

Ciò che la Direttiva Autorizzazioni definisce « autorizzazione generale » altro non è, come il contenuto della definizione vale a precisare (art. 2, comma 2, lett. a), che un « quadro normativo » di settore. Il concetto di autorizzazione generale si stacca perciò dal modello del provvedimento amministrativo, inteso come atto con il quale l'amministrazione cura in concreto interessi pubblici, per confluire all'interno della categoria dell'atto normativo o, per essere più precisi, di « quadro normativo ». Infatti, il concetto di

autorizzazione generale, stando alla definizione fornita dalla Direttiva, individua non tanto l'atto (o gli atti) fonte di disciplina, ma la disciplina stessa.

Il fenomeno delle « autorizzazioni generali » con valenza sostanzialmente normativa non è del tutto nuovo nel nostro ordinamento. L'ipotesi più rilevante è costituita probabilmente dalle autorizzazioni generali che possono essere rilasciate dal Garante per la privacy ai sensi dell'art. 41, comma 7, legge 31.12.1996, n. 675. Altri esempi possono rinvenirsi in certe prassi adottate in passato dal Ministero del commercio con l'estero e più di recente nella disciplina dettata dal d.P.C.M. 21 luglio 1989 in materia di inquinamento atmosferico ad opera di impianti industriali.

E tuttavia il fenomeno non aveva mai assunto contorni così netti. Di fronte alle indicazioni puntuali della Direttiva Autorizzazioni sembra che il legislatore nazionale non abbia altra scelta che abbandonare il modello « amministrativo » del titolo abilitativo, per accogliere il modello « normativo ».

Ciò si ripercuote sulla questione delle modalità di « rilascio » dell'autorizzazione generale, ammesso che questo termine possa ancora essere usato per indicare il perfezionamento della fattispecie autorizzatoria, ormai non più legata all'emanazione di un provvedimento amministrativo.

L'istituto del silenzio-assenso, attualmente previsto dall'art. 6, comma 3, del d.P.R. 318/97 come modalità normale di rilascio delle autorizzazioni generali risulterà impraticabile nel nuovo regime, perché incompatibile con il meccanismo abilitativo prefigurato dalla Direttiva Autorizzazioni. L'art. 3.2 della Direttiva Autorizzazioni è infatti chiaro nell'escludere che l'avvio dell'attività possa essere subordinato a un provvedimento amministrativo, potendo essere imposto all'impresa soltanto l'obbligo di preventiva notifica⁴. Il passo avanti realizzato rispetto alla precedente direttiva è sostanziale.

L'art. 5.2 della direttiva 97/13/CE consentiva che fosse imposto all'impresa un periodo di attesa tra il momento della comunicazione della volontà di avviare l'attività (corredata dalla fornitura delle informazioni rilevanti) per la quale era richiesta l'autorizzazione generale e l'avvio dell'attività stessa. Inoltre prevedeva (art. 5.3) che in caso di mancata conformazione dell'impresa alle condizioni imposte dall'autorizzazione generale, l'autorità di regolamentazione nazionale potesse comunicare all'impresa che essa non aveva diritto di avvalersi di tale autorizzazione.

⁴ Ai sensi dell'art. 3.2 della Direttiva Autorizzazioni « all'impresa interessata può essere imposto l'obbligo di notifica, ma non l'obbligo di ottenere una decisione

esplicita o qualunque altro atto amministrativo da parte dell'autorità nazionale di regolamentazione prima di esercitare i diritti che derivano dall'autorizzazione ».

Sfruttando queste previsioni il legislatore nazionale ha avuto la possibilità di regolare il rilascio delle autorizzazioni generali secondo lo schema del silenzio-assenso.

In base alla nuova Direttiva, l'avvio dell'attività di impresa — come si è detto — non potrà essere subordinato ad altra condizione che all'invio di una comunicazione (cd. « notifica ») da parte dell'impresa, contenente alcune informazioni minime. Il che, evidentemente, esclude l'utilizzazione del sistema del silenzio-assenso, dove il perfezionamento della fattispecie autorizzatoria, e dunque l'avvio dell'attività, è subordinato al mancato diniego dell'amministrazione entro un certo termine dall'istanza iniziale formulata dal privato.

A seguito della notifica, l'impresa potrà chiedere alla NRA, ai sensi dell'art. 9 della Direttiva, che le venga rilasciato un atto dichiarativo dell'avvenuta notifica, contenente altresì l'indicazione dei diritti dell'impresa scaturenti dall'autorizzazione generale, ed in particolare dei diritti di installazione di strutture, e dei diritti di accesso e di interconnessione. Questa dichiarazione, secondo quanto previsto dalla Direttiva, potrà essere rilasciata anche automaticamente dalla NRA, a seguito della ricezione della notifica da parte dell'impresa.

Si tratta, con tutta evidenza, di un atto a contenuto dichiarativo, privo di carattere provvedimentoale, il cui scopo è quello di agevolare l'impresa nell'esercizio dei diritti derivanti dall'autorizzazione generale, tanto nei confronti delle amministrazioni pubbliche, quanto nei confronti delle altre imprese. Nessun dubbio può sussistere perciò sul fatto che la possibilità per l'impresa di avviare l'attività prescinde dal rilascio di questa dichiarazione, apparendo chiaro dal testo della Direttiva che essa ha valore ricognitivo, e non costitutivo, dei diritti connessi all'autorizzazione generale.

Se l'incompatibilità dell'istituto del silenzio-assenso con la nuova cornice di regole comunitarie appare certa, qualche perplessità va a nostro avviso espressa anche in ordine alla possibilità di adottare lo schema della « denuncia di inizio attività », strumento attualmente previsto dall'art. 6.3, ultima parte, del d.P.R. 318/97 con riferimento ad alcune ipotesi particolari. L'istituto della denuncia di inizio attività (in breve: « D.I.A. ») non prevede, a differenza del silenzio-assenso, l'intermediazione di un potere amministrativo in ordine all'avvio dell'attività di impresa, trovando questa titolo diretto di legittimazione nel quadro normativo; da questo punto di vista, dunque, detto istituto sembra coerente con lo schema di legittimazione definito dalla Direttiva Autorizzazioni, anche perché permetterebbe, come vuole il legislatore comunitario, che l'attività di impresa sia avviata a seguito di una mera dichiarazione informativa dell'impresa stessa. Alcune differenze tuttavia emergono per quanto riguarda la fase di verifica, successiva alla comunicazione di inizio attività.

In base alla disciplina generale dettata per la D.I.A. dall'art. 19, legge 241/90, l'amministrazione competente deve, entro i 60 giorni successivi alla denuncia, verificare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti per l'esercizio dell'attività e disporre, se del caso, con provvedimento motivato, il divieto di prosecuzione dell'attività e la rimozione dei suoi effetti, salvo che l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente l'attività ed i suoi effetti entro il termine prefissatogli dall'amministrazione stessa. Decorso il termine dei 60 giorni, viene meno la possibilità per l'amministrazione di esercitare il generale potere inibitorio previsto dall'art. 19, mentre potranno comunque essere applicate, in caso di rilevata difformità dell'attività rispetto alle condizioni normative, le specifiche sanzioni previste dalla legge (art. 21, l. 241/90).

L'art. 10 della Direttiva Autorizzazioni stabilisce, per contro, che un provvedimento inibitorio della continuazione dell'esercizio dell'attività potrà essere adottato dalle NRA solo in caso di violazioni gravi e ripetute delle condizioni dell'autorizzazione generale. La regola è che la NRA, ove accerti l'inosservanza da parte di un'impresa di una o più condizioni di un'autorizzazione generale, notifica all'impresa quanto accertato, offrendo ad essa la possibilità di formulare osservazioni e di rimediare alla violazione, entro un certo termine. Se l'impresa non rimedia alle violazioni, la NRA adotta misure adeguate e proporzionali volte ad assicurare l'osservanza delle condizioni; misure che potranno consistere anche in sanzioni pecuniarie (art. 10.3 Direttiva). Soltanto a questo punto, nell'eventualità che le misure adottate si rivelino inefficaci a far cessare le violazioni, e queste siano qualificabili come gravi, potranno trovare applicazione provvedimenti inibitori, volti ad impedire alle imprese la prosecuzione dell'attività.

Pertanto, ove il legislatore nazionale intendesse, in sede di recepimento, attuare il meccanismo autorizzatorio comunitario mediante un istituto già conosciuto nell'ordinamento, come appunto la D.I.A., anziché introdurre un istituto completamente nuovo, costruito *ad hoc* per dare piena attuazione ai principi comunitari, occorrerebbe quantomeno introdurre previsioni speciali, derogatorie rispetto al modello generale di cui alla legge 241/90, che tengano conto delle peculiarità proprie dei meccanismi abilitativi descritti dalla Direttiva Autorizzazioni.