

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

LE FREQUENZE ELETTROMAGNETICHE FRA DIRITTO ED ECONOMIA

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La natura giuridica delle frequenze elettromagnetiche. — 3. La titolarità delle radiofrequenze, quali beni appartenenti al patrimonio indisponibile. — 4. Il regime di assegnazione delle radiofrequenze (prima della L. 66/2001). — 5. (*segue*) Dopo la L. 66/2001 — 6. Le procedure di assegnazione di radiofrequenze fra diritto ed economia. — 7. (*segue*) Il ruolo del Comitato dei Ministri. — 8. I costi delle frequenze. — 9. Problemi di efficiente allocazione di risorse pubbliche. — 10. Concessione, licenza, contratto. — 11. Radiofrequenze e analisi economica del diritto nell'esperienza statunitense. — 12. (*segue*) Da Herzel e Coase allo *spectrum pricing*. — 13. L'anomalia delle frequenze per radiodiffusione. — 14. Una prospettiva alternativa. — 15. (*segue*) Le « risorse di numerazione ». — 16. La nuova disciplina comunitaria. — 17. La decisione sullo « spettro radio ». — 18. Radiofrequenze e nuovo sistema delle autorizzazioni. — 19. I problemi posti dal « pacchetto » tlc. — 20. Conclusioni.

1. PREMESSA.

Da una decina di anni lo straordinario sviluppo del sistema delle telecomunicazioni, oltre a modificare l'attività produttiva e lavorativa, lo stile di vita, l'offerta di servizi ha, come inevitabile conseguenza, posto questioni nuove ai giuristi.

Esse possono, molto schematicamente e con intenti descrittivi, dividersi in problemi « esterni », legati all'esercizio delle attività di telecomunicazioni, una volta riserva esclusiva dello Stato ed ora aperte alla più vitale delle competizioni economiche. E problemi « interni » connessi ai rapporti giuridici che attraverso il sistema delle telecomunicazioni vengono posti in essere fra l'operatore ed i terzi ovvero fra questi ultimi.

Progressivamente il vuoto di riflessione e lo scompiglio creato dalle ondate liberalizzatrici mosse dalla Comunità Europea sono stati riempiti dalla nuova normativa e da un ampio sforzo di sistemazione e di approfondimento. Certo, vi sono ancora non poche aree di discussione che emergono via via che si infittiscono le relazioni economiche connesse alle, e svolte attraverso le, telecomunicazioni, ma il quadro si va, lentamente, mettendo a fuoco¹.

¹ Nell'ormai vasta produzione scientifica si segnalano i lavori monografici di F.

CARDARELLI-V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto delle telecomunicazioni*, Laterza, 1997;

Un punto, tuttavia, resta ancora avvolto dall'incertezza, quanto meno nel nostro Paese; e tale incertezza è suscettibile di provocare non poco disordine nel sistema faticosamente delineato. Il punto è il seguente: numerose attività di telecomunicazioni si svolgono principalmente attraverso la trasmissione di segnali nell'etere utilizzando frequenze elettromagnetiche (si pensi, tipicamente, alle comunicazioni mobili); quasi tutte le altre se ne avvalgono strumentalmente per taluni aspetti dei servizi prestati (si pensi, ad esempio, ai c.d. ponti-radio).

Che rapporto viene a crearsi, fra queste frequenze e l'esercente l'attività di telecomunicazioni? Semplificando al massimo: le frequenze costituiscono beni giuridici? A chi spettano? Come circolano? Come vengono o devono essere assegnate? Quale rapporto viene a crearsi fra assegnatario di frequenze e gli eventuali terzi? Quale rapporto vi è tra licenza di telecomunicazioni e provvedimento di assegnazione di frequenze?

La risposta (*rectius*, le risposte) a tali quesiti non è univoca. In ogni caso essa incide in maniera significativa sull'intero assetto con effetti come si vedrà anche in settori limitrofi quali quelli delle radiodiffusioni e degli usi privati delle frequenze.

2. LA NATURA GIURIDICA DELLE FREQUENZE ELETTROMAGNETICHE.

La prima questione che occorre chiarire è quella dell'inquadramento giuridico delle frequenze elettromagnetiche. Essa ha formato oggetto di intenso dibattito da quando, con la caduta del monopolio statale sulle emissioni radiotelevisive prima a livello locale, poi a quello nazionale, si è creata una situazione inizialmente fattuale e successivamente, con difficoltà, giuridica di appropriazione/attribuzione di bande di frequenza da parte di/a emittenti private.

Conviene peraltro rammentare che la genesi della riflessione giuridica — e del copioso intervento giurisprudenziale — sul tema nasce dall'esigenza di individuare il soggetto legittimato (ovvero titolare del « miglior diritto ») a trasmettere su un determinato canale, con esclusione di altri e cessazione delle eventuali interferenze. La prospettiva, necessariamente contenziosa, se è servita a saggiare la solidità di alcune impostazioni — in particolare nel binomio diritto/rimedio — tuttavia rappresenta solo una delle

L. RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni*, Giappichelli, 1999; F. BONELLI-S. CASSESE, *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Giuffrè, 1999; G. VENTURINI, *Servizi di telecomunicazione e concorrenza nel diritto internazionale e comunitario*, Giappichelli 1999; R. ZACCARIA, *Informazione e teleco-*

municazione, in *Trattato Santaniello*, Cedam, 1999; R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Giuffrè, 2002; F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, 2002; V. DI STEFANO, *Diritto delle telecomunicazioni*, Il Sole-24 Ore, 2001.

sfaccettature della questione. Essa, come si vedrà, non è trasponibile *sic et simpliciter* con riguardo al tema oggetto della presente ricerca, offrendo semmai spunti di riflessione.

Si prenda ad esempio la conclusione più diffusa, e cioè che le emissioni di segnali su onde hertziane costituiscano energie, come tali qualificabili come beni mobili ai sensi dell'art. 814 c.c. Essa appare sicuramente aderente ad una corretta ricostruzione naturalistica (meglio ancora, fisica) del fenomeno; ma non è in alcun modo risolutiva ai nostri fini.

Infatti non si fa, in questa sede, questione del diritto del soggetto assegnatario di radio-frequenze di utilizzarle, bensì, in via preliminare se e che cosa venga assegnato.

Viene dunque da osservare che le emissioni di segnali costituiscono un *posterius* rispetto all'assegnazione; ed in ogni caso le emissioni sono proprie di chi, appunto, le emette, e non certamente dello Stato².

Un approccio remediale³, dunque, non è appagante se la domanda che ci si pone è se le frequenze radio costituiscono beni giuridici e a chi spettano.

Occorre dunque partire da più lontano, e cioè dalla scoperta che le onde elettromagnetiche possono propagarsi nello spazio, a distanze notevolissime, ed essere captate da apparecchi e trasformate variamente in impulsi, suoni, immagini, testi che da quelle onde sono trasportati. Da più di un secolo dunque si discute delle radiofrequenze, la cui diffusività transnazionale ha rapidamente imposto intese convenzionali volte a disciplinarne e l'uso in maniera uniforme, dando vita anche ad apposite organizzazioni internazionali, di cui sicuramente la più importante è l'Unione Internazionale per le Telecomunicazioni.

Senza dover entrare in una analitica esposizione del sistema mondiale delle telecomunicazioni⁴, quel che interessa qui far emergere è che in via convenzionale, anche in relazione agli

² Peraltro la questione può rientrare dalla finestra ove si consideri se l'emittente abbia uno *ius excludendi alios* sulle proprie trasmissioni. Il problema si pone tipicamente con riguardo alle trasmissioni crittate e se costituisca illecito captarle e decodificarle *invito domino*. La questione è risolta, nel nostro Paese, in via legislativa: v. l'art. 171-octies legge sul diritto d'autore, introdotto dalla L. 18.3.2000 n. 248.

Per gli Stati Uniti si v. le chiare osservazioni di H.A. SHELANSKI-P.W. HUBER, *Administrative Creation of Property Rights to Radio Spectrum*, in 41 *J.L. & Econ.* 581 (1998) a p. 600 ss.

³ Sul punto v. da ultimo la ricognizio-

ne di F. SCAGLIONE, *Possesso dell'etere e tutela del canale televisivo*, Cedam, 2000.

⁴ Per vari aspetti v. G. P. ORSELLO, *Il sistema radiotelevisivo nell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, 1984 p. 16 ss.; R. ESPOSITO, *Il governo tecnico dell'etere*, in R. ZACCARIA, *I servizi dell'informazione*, II, *Radiotelevisione*, Cedam, 1996, p. 237 (a p. 246 ss.) L. CONDORELLI, *Profili di diritto internazionale attinente all'organizzazione della radiotelevisione locale* in P. BARILE-E. CHELI-R. ZACCARIA, *Radiotelevisione pubblica e privata in Italia*, Mulino, 1980, p. 401 S. STAMMATI, commento sub Art. 3, in E. BOCCHINI-N. LIPARI, *Legge 6 agosto 1990, n. 223. Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, in

straordinari progressi della tecnica, talune radiofrequenze vengono destinate a taluni usi, altre ad altri, distinguendosi la dicotomia civile/militare ovvero quella pubblico/privato e, all'interno di essa una grandissima varietà (dalle emissioni satellitari alle comunicazioni da e con aeromobili, dalle trasmissioni telegrafiche a quelle radiotelevisive, dalle comunicazioni mobili a quelle marittime).

Stabilito un quadro regolamentare internazionale, si procede successivamente ad un maggiore dettaglio su scala continentale (tipicamente, per quel che ci interessa maggiormente, i paesi dalle Comunità Europee) ovvero nazionale.

Nell'indagine qui svolta ricoprono un ruolo essenziale i piani nazionali di ripartizione delle frequenze, atti amministrativi con i quali talune gamme di frequenza (comprese fra un minimo ed un massimo) vengono destinate e riservate a talune tipologie di servizi.

In questi atti — internazionali e nazionali — vi è un essenziale nucleo di regolazione di attività umane. La normazione tecnica svolge due fondamentali funzioni: per un verso coordina l'intervento degli Stati determinando un omogeneo utilizzo dello spettro elettromagnetico e riducendo altrimenti inevitabili conflitti (si immagini che in un Paese talune frequenze siano utilizzate per servizi civili, ed in un altro per servizi militari con reciproche e assai dannose interferenze)⁵. Per altro verso consente alle imprese produttrici di apparecchiature sia trasmettenti che riceventi di adeguarsi a standard globalmente accettati, fabbricando modelli universali.

Gli atti sovranazionali, impegnativi per lo Stato, impongono a questo una certa destinazione — e non altra — di talune gamme. Non paiono tuttavia costituire un indice univoco in ordine alla qualificazione delle onde elettromagnetiche⁶. La cosa non deve sorprendere anche perché essi sono destinati ad una pluralità di ordinamenti, ciascuno con proprie regole e qualificazioni. D'altra parte non pare che le numerose convenzioni sulle telecomunicazioni possano assimilarsi a quelle convenzioni internazionali nelle quali si determina la natura di taluni spazi⁷: tipicamente quello

NLCC, 1991, 602 (e per le vicende dell'UIT la « sintesi » ivi riprodotta a p. 930 ss.).

⁵ H.J. LEVIN, *The Radio Spectrum Resource*, in 11 *J.L. & Econ.* 433 (1968) (a p. 460 ss.) evidenzia come a livello internazionale si siano sviluppate, con riguardo a talune frequenze, prassi di tipo appropriativo-occupativo da parte di singoli Stati.

⁶ Si tenga presente che « la propagazione delle radiofrequenze è influenzata dall'atmosfera, dalla ionosfera, dalla curvatura del globo terrestre, nonché da mon-

tagne, edifici, campi, deserti e oceani. Poiché tali effetti variano notevolmente a seconda delle frequenze, alcune gamme di frequenze posso richiedere diverse forme di assegnazione » (A.S. DE VANY et al., *A Property System for Market Allocation of the Electromagnetic Spectrum: A Legal - Economic - Engineering Study*, in 21 *Stan. L. Rev.* 1499 (1969) (a p. 1502).

⁷ Il confronto è frequente: v. H. J. LEVIN, *The Radio Spectrum Resource*, op. cit., a nt. 5, p. 447 ss.

del mare, suddiviso in acque territoriali e acque internazionali, con ulteriori specificazioni; ma anche lo spazio aereo per la (messa in) orbita di satelliti⁸.

Scendendo all'esame dei provvedimenti nazionali, va in primo luogo evidenziata la loro forma, quella di un Decreto Ministeriale. Originariamente esso traeva origine dal sistema del c.d. « Codice postale » (D.P.R. 29 marzo 1973, n. 156) che attribuendo in riserva allo Stato l'attività di telecomunicazione, conseguentemente riservava al medesimo la messa a disposizione delle frequenze relative.

Se si ripercorrono storicamente le vicende normative si constata che anche il precedente « codice postale » (R.D. 27 febbraio 1936, n. 645) con il suo regolamento di esecuzione (R.D. 19 luglio 1941, n. 1198) riservavano allo Stato i servizi di telecomunicazioni.

Come pure il R.D. 8 febbraio 1923, n. 1067 contenente « norme per il servizio delle comunicazioni senza filo » e il suo regolamento di esecuzione (R.D. 10 luglio 1924, n. 1226) riservavano allo Stato l'attività di radiocomunicazioni. Le disposizioni in materia di frequenze (ad es. art. 9 R.D. 1226/1924) si limitano a stabilire che le frequenze vengono scelte dall'Amministrazione e da questa assegnate.

La logica del sistema è unitaria: riservata essendo l'attività, riservate sono anche le frequenze. Non sorge dunque questione intorno alla natura di queste ultime, giacché è sempre lo Stato che governa, concede, ripartisce, revoca.

Ma una volta liberalizzato l'« etere », prima per la radiodiffusione, poi per le telecomunicazioni, cosa rimane di questa impostazione?

Il nodo giunge dunque al pettine: se libero è l'esercizio dell'attività, qualora essa abbisogni di svolgersi per il mezzo di onde elettromagnetiche, sono anche queste « libere »? Come si vede una lettura estrema porterebbe a sostenere che le frequenze costituiscano una *res nullius* ovvero una *res communis omnium* liberamente utilizzabili⁹.

⁸ Il problema è particolarmente sentito con riguardo ai satelliti c.d. geostazionari i quali, messi su una orbita sovrastante l'equatore coprono costantemente una determinata posizione del globo. Con riguardo a quelle dove maggiore è l'uso di servizi satellitari viene a crearsi una situazione di congestione fisica dello spazio. V. anche per l'evoluzione della riflessione sul punto, C.G. WILBORG-P.M. WILKMAN, *Outer Space Resources in Efficient and Equitable Use: New Frontiers for Old Principles*, in 24 *J. L. & Econ.* 23 (1981); M.K. MACAULEY, *Allocation of*

Orbit and Spectrum Resources for Regional Communications: What's at Stake, in 41 *J.L. & Econ.* 737 (1998); G.P. ORSELLO, *op. cit.* 501 ss.

⁹ Ravvisa nella L. 6 agosto 1990, n. 223 sul sistema radiotelevisione una tendenza alla « demanializzazione » dell'etere P.A. CAPOTOSTI, *sub Art. 3*, in E. ROPPO-R. ZACCARIA, *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, Giuffrè, 1991, p. 49 ss. (a p. 50), il quale ritiene che « solitamente l'etere è configurata come *res communis omnium* ». Il concetto è sviluppato anche nel commento *sub art. 16* (p. 369).

Si potrebbe prendere ad esempio la disciplina delle telecomunicazioni ad uso privato in alcune delle sue infinite applicazioni: il proprietario di una delle milioni di autovetture che si aprono o chiudono a distanza non deve chiedere ad alcuno se può utilizzare il proprio telecomando, né si preoccupa di dove si trovi e se l'uso del congegno, normalmente in un luogo pubblico, possa arrecare disturbi o interferenze. Lo stesso potrebbe dirsi per una miriade di altri apparecchi, dal dispositivo di apertura automatico di un cancello alla macchinina giocattolo comandata a distanza, dal telecomando di un televisore al « walkie-talkie » dei bambini.

In tutti questi esempi vengono emesse delle onde elettromagnetiche che occupano porzioni, sia pure minime, dell'« etere ». Il controllo dello Stato si limita alla determinazione *a priori* ed in generale delle frequenze da utilizzare, con rinvio a normative tecniche per ciascun prodotto¹⁰.

L'esempio tuttavia non porta ad una conclusione definitiva: si potrebbe immaginare un simile approccio *de minimis* con riguardo alla persona che cammina per strada occupando vario spazio del suolo pubblico, oppure del bagnante che pianta nella sabbia un ombrellone e vi stende un telo da mare. Sarebbe difficile trarre da questi esempi una compiuta disciplina di quelli che sono sicuramente beni demaniali per definizione legislativa.

Dall'*impasse* non si esce — anzi ci si infila ancor più — aderendo alla tesi talvolta prospettata che sarebbe proprio lo spazio aereo (l'etere) a costituire oggetto dell'attività dispositiva dello Stato, il quale lo ripartirebbe in porzioni variabili entro le quali viaggerebbero le onde elettromagnetiche¹¹. Essa non convince non tanto per la metafisica (anzi, afisica) considerazione che lo spazio null'altro sarebbe che « vuoto » (esso invece è composto di elementi misurabili, da Evangelista Torricelli in poi, ed economicamente valutabili, come è facile intuire dall'incidenza dell'inquinamento atmosferico)¹², quanto piuttosto per il fatto che le onde elettromagnetiche non occupano porzioni di etere predefinite bensì sono assolutamente variabili anche in relazione alle caratteristiche orografiche e urbanistiche del territorio, e in larga mi-

Ma V. sul punto le critiche di S. STAMMATI, *op. cit.*, nt. 4, p. 607, nt. 24.

¹⁰ Si v. come è disciplinato l'uso privato delle radiofrequenze dal D.P.R. 5 ottobre 2001, n. 447.

¹¹ In tal senso, ma con riferimento alla radiodiffusione v. A. PACE, *Stampa, giornalismo, radiotelevisione*, Cedam, 1983, p. 389 (« il "mezzo" la cui disponibilità viene decisamente in considerazione per rendere possibile l'esercizio degli im-

pianti di radiodiffusione è lo spazio attraverso il quale si propagano le onde elettromagnetiche, e cioè l'etere »).

¹² La riflessione è comune ad altri ordinamenti. V. per gli Stati Uniti M.S. FOWLER-D.L. BRENNER, *A Marketplace Approach to Broadcast Regulation*, in *60 Tex. L. Rev.* 207 (1982) i quali parlano (a pag. 211) di « quasi mistiche affermazioni su particelle che scorrono nell'etere ».

sura, determinate e modificate da chi esercita l'attività di trasmissione e non dallo Stato.

A voler prendere un esempio che potrebbe in qualche modo accostarsi, nella servitù di elettrodotto o di teleferica i cavi tra un traliccio e l'altro occupano spazi predefiniti nel tracciato e nell'altezza dal suolo. Nulla di tutto ciò nelle onde hertziane.

In realtà lo spazio aereo (« l'etere ») è sottoposto al controllo pubblico, come le altre porzioni del territorio statale, in particolare quando esso venga utilizzato per attività a contenuto economico: basti pensare all'esercizio di una impresa aeronautica la quale deve necessariamente poter utilizzare lo spazio aereo delle diverse rotte¹³. Sono la tradizione quiritaria e l'elencazione (ritenuta tassativa) dall'art. 822 c.c. a farci ritenere lo spazio adespota, purché non si interferisca con le facoltà di godimento del titolare del suolo o dell'edificio sottostante¹⁴.

Se non fossimo, per ragioni storico-sistematiche, dominati dallo schema dominicale non avremmo difficoltà nel riconoscere che, proprio in virtù di tale controllo (quasi coesenziale con la sovranità territoriale), lo Stato gestisce le frequenze come (se fossero) beni. La proposizione è più chiara se ci pone in una visuale eminentemente economica e la si applica al caso, non raro, di c.d. frequenze scarse: l'atto amministrativo con il quale il soggetto può svolgere una attività economica trasmettendo su determinate frequenze ha un preciso valore, determinato (o determinabile) dal mercato.

Si tratta peraltro di un fenomeno comune, anche nel nostro ordinamento: si pensi alla c.d. cessione di volumetria, ovvero alle licenze commerciali o alle « quote latte ». In questi casi la facoltà, attribuita dalla pubblica amministrazione, viene — come normalmente avviene in un sistema di *common law* — trasformato in « *property right* » e oggetto di scambio, irrilevante (o, comunque, non decisiva) essendo la natura (corporeale o incorporeale, mobile o immobile) dell'entità che ne costituisce l'oggetto di riferimento.

¹³ Sullo spazio aereo come spazio soggetto al controllo di sovranità v. R. ESPOSITO, *Il governo tecnico dell'etere*, in R. ZACCARIA (a cura di), *I servizi dell'informazione, II, Radiotelevisione*, Cedam, 1996, p. 237 (a p. 242). C. Cost. 12 maggio 1988, n. 535 (in questa *Rivista* 1988, 411) parla, ma come mero *obiter dictum*, di « polizia e amministrazione dell'etere su cui lo Stato è sovrano ».

Con specifico riguardo all'« etere » e per gli Stati Uniti, v. H.J. LEVIN, *The Radio Spectrum Resource*, in *op. cit.* a nt. 5, p. 447 ss.

¹⁴ Secondo R. ESPOSITO (*op. ult. cit.* p. 242) lo spazio aereo « è un bene che pertenece, come il territorio, alla dimensione

spaziale della sovranità e soggiace dunque, in relazione agli interessi generali imputabili allo Stato persona come ente esponenziale della collettività governata, al regime del demanio necessario ». Tuttavia lo stesso A. evidenzia (p. 243) che lo spazio può essere di volta in volta qualificato come *res communis omnium* o come bene adespota. Non convince peraltro lo stesso A. quando afferma, *ivi*, che l'etere riceve « il trattamento giuridico riservato ai beni demaniali, quand'anche tra questi esso stesso non potesse *naturaliter* annoverarsi », non solo per il silenzio normativo in materia ma anche per le conseguenze contabili che ne discenderebbero.

Tornando alla prospettiva sistematica si può indicare un punto di partenza:

a) in origine vi è la potestà dello Stato di autorizzare la trasmissione di segnali su determinate radiofrequenze;

b) prima dell'esercizio di tale potestà le radiofrequenze esistono come ripartizione teorica della capacità di trasmissione; dopo l'esercizio della potestà i segnali trasmessi sulle radiofrequenze assegnate sono riferibili giuridicamente a chi li emette;

c) in relazione alla loro maggior o minore scarsità le radiofrequenze si qualificano, economicamente, come beni di cui taluni chiedono l'assegnazione;

d) dal rilievo economico deriva l'esigenza che i criteri di assegnazione delle radiofrequenze (*rectius* degli atti amministrativi con i quali viene attribuita la facoltà di trasmissione su determinate radiofrequenze) seguano alcuni criteri coerenti con il sistema sia civilistico che amministrativo.

Le radiofrequenze possono dunque qualificarsi come beni ai sensi dell'art. 810 c.c. Senza ripercorrere una ricostruzione svolta approfonditamente in altra sede¹⁵, tale norma deve leggersi (e tale è tutta la lettura che vi dà ed è data dal codice) nel senso che « sono beni le entità che possono formare oggetto di diritti », ivi incluse dunque le entità non corporali, i crediti e, per arrivare al caso nostro, le radiofrequenze.

Ma la qualificazione cui si è giunti ci fa fare solo mezzo passo avanti. Se le frequenze, oggetto di specifico provvedimento di assegnazione in forza del quale taluno può vantare su di esse situazioni giuridiche attive (tipicamente chiedere ed ottenere la cessazione di interferenze ed il risarcimento dei danni subiti), costituiscono beni è necessario porsi un ulteriore, e fondamentale, quesito: che tipo di beni sono?

Siamo partiti dal postulato che sull'« etere » lo Stato esercita la sua sovranità e che le radiofrequenze, essenziali per trasmettere attraverso l'etere, devono essere assegnate dallo Stato. Beni pubblici dunque¹⁶: ma di che genere?

Occorre subito rimarcare come la classificazione di cui agli artt. 822 ss. c.c. risente fortemente della matrice dominicale del nostro sistema.

Essa è dunque improntata ad una visione materiale (in senso proprio) dei beni: dalle spiagge alle navi da guerra, dalle foreste agli edifici pubblici siamo in presenza di cose, ovverosia di entità dotate di corporalità.

¹⁵ Sia consentito il rinvio alla voce « Cosa » in *Dig. IV, sez. civ.*, IV, UTET 1990, p. 438

¹⁶ Dubita che le frequenze possano

qualificarsi come beni pubblici C. CHIOLA, *Cenni sulla ripartizione delle frequenze*, in P. BARILE-E. CHELI-R. ZACCARIA (a cura di), *op. cit.* a nt. 4, p. 205.

Un esame più attento evidenzia, tuttavia, che in non poche occasioni l'elencazione trascolora in astrattezza, materiale o giuridica: il lido, la rada ed il porto comprendono aree la cui ampiezza è determinata non dalla natura delle cose, bensì da provvedimenti amministrativi; le numerose universalità demaniali (museali, bibliotecarie, archivistiche) sono il risultato di una preesistente qualificazione giuridica¹⁷.

In maniera ancor più significativa, poi, l'art. 825 c.c. assoggetta « al regime del demanio pubblico i diritti reali che spettano allo Stato, alle province e ai comuni su beni appartenenti ad altri soggetti », al ricorrere di determinate condizioni. Dunque rientrano fra i beni demaniali, espressamente, diritti, ovverosia situazioni giuridiche attive.

Il rilievo serve a mettere in luce come lo Stato non è titolare solo di cose, bensì anche di beni qualificabili tali in applicazione del principio di cui all'art. 810 c.c. sopra riportato.

Si deve peraltro rammentare che l'elencazione dei beni di cui all'art. 822 c.c. e quelle contenute in altre disposizioni di legge (ad es. art. 28 c. nav.) è ritenuta tassativa, né si vede modo di farvi rientrare le radiofrequenze¹⁸. Più articolato il discorso che parte dall'esegesi dell'art. 826 c.c.

Quest'ultima disposizione opera per esclusione, su un doppio livello. Il primo è quello di stabilire che costituiscono il patrimonio dello Stato (e degli enti pubblici territoriali) i beni appartenenti allo Stato (e agli enti pubblici) « i quali non siano della specie di quelli indicati dagli articoli precedenti ».

Se, dunque, le radiofrequenze non possono qualificarsi, applicando il rapporto da *genus ad speciem*, come beni demaniali, vanno fatte rientrare fra i beni appartenenti al patrimonio dello Stato.

Qui opera il secondo livello di esclusione: l'art. 826 c.c. elenca (commi 2 e 3) i beni appartenenti al c.d. patrimonio indisponibile: quelli che non vi rientrano costituiscono il patrimonio disponibile, con conseguenze notevoli sul relativo regime giuridico.

A differenza dei beni demaniali la disposizione in esame pare offrire maggiore spazio interpretativo. In particolare il terzo comma stabilisce che « fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato o, rispettivamente, delle province e dei comuni, secondo la

¹⁷ È opportuno ricordare l'insegnamento di S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Giuffrè, 1969, p. 219: « La "proprietà pubblica" non dipende da un carattere dei beni ma dalle posizioni dei soggetti — pubblici e privati — in ordine ai beni. Non sono questi che mutano po-

sizione nel divenire pubblici, ma i soggetti e le loro posizioni giuridiche » (e, *amplius*, p. 250 ss.).

¹⁸ È anche diffusa l'opinione secondo cui i beni demaniali non possano che essere immobili. Per una rassegna delle posizioni v. S. CASSESE, *op. ult. cit.*, p. 252 nt. 4.

loro appartenenza, gli edifici destinati a sede di uffici pubblici, con i loro arredi, e gli altri beni destinati a pubblico servizio ».

Il quesito è dunque se le radiofrequenze costituiscano « beni destinati a pubblico servizio ». E la risposta viene data non dalla natura delle cose, bensì proprio dalla destinazione, effettuata dallo stesso Stato attraverso atti normativi di vario livello, delle radiofrequenze.

A questo punto emerge una prima dicotomia: sembra potersi sostenere che nei casi di uso privato debba escludersi un « servizio pubblico ». La conclusione, quasi tautologica, non è però scevra di implicazioni, talune coerenti altre disarmoniche, di notevole rilievo pratico. Se, infatti, qualificiamo tali radiofrequenze come beni appartenenti al patrimonio disponibile si spiega il motivo per il quale il privato può, senza ledere i diritti dello Stato, utilizzare un telecomando o altro dispositivo che emette onde hertziane. Nel contempo, però, dovremmo ammettere una serie di vicende proprie di tale categoria, quali l'esecuzione forzata e l'usucapione da parte dei privati. L'esempio è meno accademico di quanto si possa pensare: si immagini il soggetto che utilizza da decenni un telecomando per aprire il proprio cancello. Qual'è la sua posizione rispetto al provvedimento amministrativo il quale stabilisca, in ipotesi, la destinazione di quelle frequenze ad usi diversi, non privati?

L'aporia può però essere ricomposta sulla base di una considerazione generale. Le facoltà d'uso privato delle radiofrequenze sono disciplinate dalla legge, che rinvia a regolamenti amministrativi per l'utilizzo concreto (arg. ex art. 828, I comma, c.c.) dunque manca l'elemento della *absentia domini* (in questo caso lo Stato) che legittimerebbe un comportamento del privato *uti dominus*.

Si può, a questo punto, tornare alla questione più importante. Le radiofrequenze assegnate per usi non privati possono qualificarsi come beni destinati a servizio pubblico?

Il termine « servizio pubblico » è oggetto, da tempo, di attenta riflessione teorica e di molteplici interventi normativi, anche per la crescente intersezione fra tradizionali principi del diritto amministrativo statale e pervasive direttive comunitarie.

Ora se per « servizio pubblico » intendiamo una attività consistente nella prestazione di un servizio che al tempo stesso è offerto — senza discriminazione — alla generalità del pubblico e soddisfa esigenze che vengono qualificate di interesse pubblico, è difficile negare che i servizi di telecomunicazioni, non ad uso privato, costituiscano « servizio pubblico ».

Peraltro la qualificazione di « servizio pubblico » non solo emerge, lessicamente, dalle ormai decine di Direttive comunitarie in tema di telecomunicazioni, ma soprattutto dalla configurazione di obblighi ed oneri in capo agli operatori che sono giustificabili solo in una logica di « servizio pubblico ».

È possibile dunque affermare, con ragionevole sicurezza, che le radiofrequenze, in quanto entità oggetto di interessi giuridicamente protetti costituiscono beni e nella misura in cui sono destinate a pubblico servizio costituiscono beni pubblici facenti parte del patrimonio indisponibile.

Il risultato del ragionamento fin qui svolto, se condiviso, porta con sé una serie di implicazioni che completano il quadro.

In primo luogo va richiamato quanto disposto dal secondo comma dell'art. 828 c.c. e cioè il contenuto della nozione di indisponibilità: i beni « non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalla legge ». Il che costituisce il fondamento del penetrante controllo pubblico sull'uso delle radiofrequenze, in particolare per quanto riguarda la destinazione delle diverse gamme. E spiega — pur in un sistema di accentuata liberalizzazione delle attività di telecomunicazioni — perché sia essenziale la individuazione pubblica della destinazione delle frequenze. Il punto è di centrale importanza nel sistema perché costituisce, per così dire, il *trait-d'union* fra licenza di telecomunicazioni e assegnazione delle specifiche radiofrequenze.

3. LA TITOLARITÀ DELLE RADIOFREQUENZE, QUALI BENI APPARTENENTI AL PATRIMONIO INDISPONIBILE.

Una volta qualificate le radiofrequenze destinate a pubblico servizio come beni appartenenti al patrimonio indisponibile, occorre chiarire quale soggetto ne sia titolare.

La risposta che si tratta dello Stato, non è così ovvia come potrebbe apparire¹⁹. Si potrebbe, in punto di fatto, mettere in evidenza come le radiofrequenze sono distribuite sì su tutto il territorio nazionale ma sono utilizzate su un territorio che in larga misura appartiene agli enti locali, ovvero è da questi controllato.

In punto di diritto poi, partendo dall'ultimo comma dell'art. 119 Cost. (sia nella versione originaria che in quella novellata dalla Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3) sul quale si fonda il demanio e il patrimonio regionale e arrivando all'art. 11 della L. 16 maggio 1970, n. 281 (provvedimenti finanziari per l'attivazione delle regioni a statuto ordinario), si potrebbe sostenere che le radiofrequenze costituiscono beni appartenenti al patrimonio della singola regione e dunque devono essere da questa disciplinate.

¹⁹ V. per il dibattito agli albori della liberalizzazione televisiva C. CHIOLA, *Cenni sulla ripartizione delle frequenze*, in P. BARILE-E. CHELI-R. ZACCARIA (a cura di), *op. cit.* a nt. 4, p. 205 il quale esprime dubbi

(a p. 207) sul fatto che sia attribuita al Ministero delle Poste la gestione delle frequenze assegnate mediante accordi internazionali.

E accanto a tale rivendicazione potrebbe avanzarsene una simmetrica di Province e Comuni.

La questione, ancora una volta, è tutt'altro che accademica: la complessa problematica dei « tetti » alla emissione di segnali elettromagnetici, la quale vede come attivi protagonisti gli enti pubblici territoriali, può essere connessa proprio con la definizione della titolarità delle radiofrequenze.

La tesi della appartenenza regionale delle radiofrequenze potrebbe appoggiarsi sull'ultima parte del quinto comma del citato art. 11 L. 281/70 che, in analogia con l'ultimo comma dell'art. 826 c.c., stabilisce che « gli edifici con i loro arredi e gli altri beni destinati ad uffici e servizi pubblici di spettanza regionale saranno trasferiti ed entreranno a far parte del patrimonio indisponibile delle Regioni con i provvedimenti legislativi di cui al successivo art. 17 ».

A sostegno potrebbe invocarsi poi il novellato art. 117 Cost. che fra le materie di « legislazione concorrente » inserisce l'ambigua espressione « ordinamento della comunicazione », termine tutto da decifrare nei suoi effettivi contenuti. Al momento, comunque, mancano disposizioni che in termini generali qualificano le radiofrequenze come beni appartenenti al patrimonio regionale, né vi risultano ricompresi sulla base dei decreti previsti dall'ultimo comma dell'art. 11, L. 281/70²⁰.

L'art. 1 comma 13 della L. 31 luglio 1997, n. 249 prevede la costituzione di Comitati regionali per le comunicazioni i quali riprendono la disposizione dell'art. 7 L. 6 agosto 1990, n. 223 sui « Comitati regionali per i servizi ». Essi, tuttavia, vengono qualificati come organi dell'Autorità, anche se la loro nomina avviene d'intesa con la conferenza Stato-regioni, le singole regioni e le province di Trento e Bolzano.

4. IL REGIME DI ASSEGNAZIONE DELLE RADIOFREQUENZE (PRIMA DELLA L. 66/2001).

La conclusione dell'appartenenza delle radiofrequenze utilizzate per la prestazione di servizi pubblici al novero dei beni ap-

²⁰ V. in tal senso, recisamente, ma sotto il precedente regime costituzionale, A. PACE, *op. cit.*, a nt. 11 p. 348 (« Né l'art. 117 Cost., né alcuno degli Statuti delle regioni ad autonomia speciale lascia il benché minimo spiraglio per una diversa interpretazione »).

Si potrebbe peraltro richiamare il principio secondo cui le radiofrequenze sono destinate al servizio di una comunità ampia ed indeterminata non coincidente con quel-

la dei cittadini di una singola Regione. Sul punto v. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Jovene 1979, p. 232 ss.

Su questa linea v. C. Cost. 24 gennaio 1991, n. 21 (in *Giur. cost.*, 1991, 126) la quale parla di « esigenza dell'adozione di criteri uniformi, nell'intero territorio nazionale, in materia di distribuzione delle radiofrequenze ».

partenenti al patrimonio indisponibile dello Stato porta con sé l'assoggettamento delle stesse non solo alle regole specifiche dettate per esse, ma anche a tutta la normativa generale disciplinante la categoria. Tale ultimo richiamo appare quanto mai necessario poiché nelle normative di settore vi sono non pochi vuoti che devono essere colmati conformandoli al sistema. Si è già accennato alle conseguenze funzionali della qualificazione di indisponibilità e ai suoi riflessi sul contenuto della licenza che attribuisce al privato la facoltà di utilizzare le radiofrequenze.

Nel vigente regime di liberalizzazione, il principio ispiratore dell'attività di telecomunicazioni è quello della libertà di impresa: quest'ultima deve poter scegliere se e quanto rischiare, come porsi rispetto al mercato, quali tipologie di servizi offrire, quali politiche dei prezzi adottare.

La licenza costituisce dunque il titolo abilitativo all'esercizio dell'attività, ma i vincoli a questa devono essere minimizzati e, nella vigente normativa comunitaria, corrispondono al rispetto delle esigenze fondamentali (sicurezza della rete, interoperabilità, tutela dei dati). Le altre limitazioni sono state via via contestate dalle autorità comunitarie e, progressivamente eliminate (vincoli di investimenti occupazionali; impegni tariffari). Nel momento in cui l'attività si svolge su e attraverso beni pubblici, tuttavia, non solo si giustificano i controlli statali ma si impongono criteri di assegnazione e gestione dei medesimi.

Emerge dunque — come ipotesi da verificare — la dicotomia fra provvedimento di licenza, sempre necessario, e provvedimento d'assegnazione delle frequenze, accessorio ed eventuale; ed in tale prospettiva l'individuazione dei soggetti preposti all'emanazione dei provvedimenti non è questione oziosa, soprattutto alla luce della non marginale esperienza comparatistica che vede separate, in molti paesi, autorità di regolazione e autorità di assegnazione.

Nel vigente quadro normativo la risposta non è agevole. Fra le competenze espressamente attribuite all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni dalla L. 249/97 vi è sicuramente quella della ripartizione delle frequenze. Si tratta tuttavia di funzione diversa e prodromica rispetto alla assegnazione al singolo licenziatario.

Occorre dunque esaminare la normativa preesistente. L'art. 183, ultimo comma del codice postale prevede che «*Salvo il caso previsto dal quarto comma dell'art. 184, sono di competenza dell'amministrazione, nell'ambito del regolamento internazionale della radiocomunicazioni, l'assegnazione di frequenze radioelettriche per tutte le radiocomunicazioni e la notificazione al comitato internazionale di registrazione delle frequenze dell'avvenuta assegnazione*».

Da tale previsione discende il DM 31.01.1983 (Piano nazionale di ripartizione delle radiofrequenze) il quale all'art. 5 statuisce

che « Assegnazione e coordinamento delle frequenze. — A norma degli articoli 183 e 184 del codice p.t., l'assegnazione delle frequenze alle stazioni dei diversi servizi è di competenza del Ministero p.t. e deve essere iscritta nel registro nazionale delle frequenze.

Nell'ambito del regolamento delle radiocomunicazioni, il Ministero p.t. provvederà a notificare le assegnazioni di frequenze all'Ufficio internazionale di registrazione delle frequenze (IFRB), organo dell'Unione Internazionale delle Telecomunicazioni.

Per il soddisfacimento di necessità di ordine militare, fermo restando l'obbligo della iscrizione nel registro nazionale delle frequenze, l'assegnazione delle frequenze può essere effettuata direttamente dal Ministero della difesa, previo coordinamento tecnico con il Ministero p.t. che, ove necessario, procederà alla notifica all'IFRB ».

Tali disposizioni non risultano essere state, formalmente, abrogate, anche se, in via di fatto, dall'entrata in funzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni i provvedimenti di assegnazione risultano essere stati adottati da quest'ultima. Tale assetto è stato tuttavia sovvertito dalla L. 20 marzo 2001, n. 66 che attribuisce al Ministero la potestà di rilascio di autorizzazioni e licenze.

Si possono, al riguardo, esporre contrastanti considerazioni. Per un verso si potrebbe sostenere la perdurante permanenza, in capo alla p.a. (nel caso di specie, Ministero delle Comunicazioni) della potestà di assegnazione delle radiofrequenze (e a maggior ragione dopo la L. 66/2001). Se si tratta di beni appartenenti al patrimonio indisponibile dello Stato, la loro gestione non può essere affidata ad un soggetto « indipendente ».

La osservazione si rende più pregnante ove si considerino i profili patrimoniali delle radiofrequenze: se lo Stato riceve delle somme — e deve riceverle, come si vedrà — per il loro utilizzo queste non possono che spettare alla amministrazione, la quale coerentemente — anche per i profili di responsabilità contabile — deve stabilire il corrispettivo e precedere al rilascio del connesso titolo di assegnazione.

Per altro verso non sfuggono le aporie che una siffatta diarchia provocherebbe: il potere attribuito — fino alla L. 66/2001 — alla Autorità di regolamentare il mercato delle telecomunicazioni verrebbe, nella sostanza, svuotato se il concreto esercizio dell'attività, necessitante di radiofrequenze, fosse assoggettato ad atti discrezionali di altri soggetti. Il punto è particolarmente sensibile nel caso di frequenze scarse: tutta l'istruttoria preparatoria — tecnica ed economica — volta a stabilire la loro più efficiente attribuzione verrebbe svolta dall'Autorità, ma si configurerebbe come attività prodromica all'utilizzo di beni che non le spettano. Alla fine l'Amministrazione potrebbe valutare diversamente i propri interessi patrimoniali, legittimamente adottando prov-

vedimenti di assegnazione parzialmente o completamente difformi²¹.

Sicuramente un intervento legislativo sarebbe il più indicato a dirimere potenziali conflitti di competenze. Ma in sua assenza occorre cercare una risposta nel sistema.

Vi è certamente un punto fermo del quale partire: le somme ricavate dalla concessione dello spettro elettromagnetico spettano allo Stato e non all'Autorità. Tuttavia il conferimento non sembra comportare necessariamente una identità fra soggetto percettore e soggetto concedente.

Il quadro normativo specifico ci offre, tuttavia, ulteriori elementi non tutti univoci

a) l'art. 21 (« Norme finali ») del D.P.R. 318/97, al comma 2, afferma che « salvo quanto espressamente disposto dal presente regolamento continuano ad applicarsi le vigenti disposizioni in materia di telecomunicazioni ». Si dovrebbe quindi ritenere che continuano ad applicarsi gli artt. 183 e 184 del codice postale (e, conseguentemente, il citato D.M. 31 gennaio 1983);

b) l'art. 20, comma 4 (« Sistemi di comunicazioni mobili e personali ») dello stesso D.P.R. prevede che i licenziatari di sistemi mobili possano « richiedere all'autorità l'assegnazione, a titolo oneroso, delle frequenze disponibili per i collegamenti in ponte radio ». Siamo dunque di fronte ad una espressa previsione di competenze di assegnazione di radiofrequenze. Si è subito colpiti dal fatto che tale previsione riguarda frequenze che non vengono considerate « scarse » ed il cui rilievo, anche se importante, non è decisivo. Si può forse sostenere che essa è espressione di una regola generale? Qualche indicazione ci viene da altre norme.

c) l'art. 6, comma 14 prevede che l'Autorità debba rilasciare licenze individuali ai richiedenti « fintantoché vi sono frequenze disponibili ». Sembra conseguente affermare che se l'Autorità deve rispettare tale obbligo debba avere contezza delle frequenze, per sapere se ve ne sono disponibili. La gestione di esse non è, tuttavia, una operazione meramente aritmetica, di « magazzino », ma richiede una attenta valutazione in concreto dell'utilizzo di ciascuna banda con riferimento alle specifiche situazioni orogeografiche e demografiche (in particolare, zone urbane ed extraurbane). Tale esigenza sembra indicare una necessaria competenza dell'Autorità.

d) nella stessa direzione punta l'art. 6, comma 19 il quale attribuisce all'Autorità il compito di prendere « immediate iniziative » nel caso di « interferenze indesiderabili tra una rete di telecomunicazioni che utilizza frequenze radio ed altri sistemi ». Dunque il

²¹ Per la prospettazione di analoghi conflitti di competenza sotto il regime pree-

istente V. C. CHIOLA, *Cenni sulla ripartizione delle frequenze*, cit. a nt. 16, p. 208.

controllo sul corretto utilizzo di beni appartenenti al patrimonio indisponibile dello Stato viene affidato ad un soggetto terzo individuato nell'Autorità. Anche qui non è facile conciliare la esigenza di efficiente gestione dello spettro con la prospettiva dicotomica sopra illustrata.

e) se poi si esamina il D.M. 25 novembre 1997 (Disposizioni sul rilascio delle licenze individuali) il senso generale, ancorché non formalizzato è che il soggetto incaricato del rilascio delle licenze provvede anche all'assegnazione delle frequenze disponibili e necessarie. Non sfugge certo la posizione gerarchicamente subordinata del Decreto, ma è significativo che esso sia stato promanato dal Ministero delle Comunicazioni, quello stesso che, in ipotesi, sarebbe titolare dei beni assegnati.

f) Infine va tenuto presente che l'art. 3, comma 8, L. 249/97 senza ombra di dubbio attribuisce all'Autorità la potestà di assegnazione delle frequenze radiotelevisive in esubero; dal che è possibile concludere che anche i commi precedenti laddove parlano di « assegnazione » senza indicare il soggetto che vi procede, intendano l'Autorità. È immaginabile un sistema nel quale le frequenze per telecomunicazioni sono assegnate dal Ministero e quelle per radiodiffusioni dall'Autorità?

In sintesi: numerosi indici normativi, oltre che considerazioni di coerenza sistematica, puntavano (prima della L. 66/2001) nella direzione del trasferimento della potestà di assegnazione delle frequenze all'Autorità, ferma restando la titolarità dello Stato-amministrazione sui proventi derivanti dalla gestione delle stesse.

Occorre dunque configurare un sistema nel quale beni appartenenti al patrimonio indisponibile dello Stato erano allocati da un soggetto a ciò specificamente preposto.

L'impianto così presentato offriva elementi di intrinseca razionalità:

a) Le radiofrequenze, in sé, non hanno un valore se non nella misura in cui sono associate ad una licenza abilitativa all'esercizio di una attività economica. Esse sono dunque accessorie alla licenza e ne seguono le sorti, sia giuridicamente che economicamente;

b) non appare incoerente — anzi si possono individuare non pochi esempi analoghi — in cui un organo è investito di funzioni diverse. Non è dunque azzardato ipotizzare che all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni siano affidati, accanto ai compiti propri di una autorità amministrativa indipendente (che presuppone dunque una terzietà rispetto alla p.a.) anche compiti di amministrazione tradizionalmente intesa.

Tali compiti vengono dunque demandati al nuovo soggetto, senza che vi sia una spoliazione della originaria titolarità dello Stato. Siffatto iter argomentativo sembra possa ben attagliarsi al caso delle radiofrequenze. Mentre il procedimento di attribuzione delle licenze segue i generali criteri dettati dalla normativa libera-

lizzatrice europea, e che comporta il loro rilascio, senza indebiti ritardi, con procedure eque, trasparenti e non discriminatorie, l'assegnazione delle frequenze segue una logica più conservativa, dovendosene verificare la disponibilità e le modalità di attribuzione.

5. (*SEGUE*) DOPO LA L. 20 MARZO 2001, N. 66.

La ricostruzione fin qui faticosamente elaborata è stata abbattuta con un *fiat* del legislatore attraverso la L. 20 marzo 2001, n. 66 (per dirla con Kirchmann «tre parole del legislatore ed intere biblioteche vanno in fumo»).

La legge, intitolata «Disposizioni urgenti per il differimento di termini in materia di trasmissioni radiotelevisive analogiche e digitali, nonché per il risanamento di impianti radiotelevisivi», nasce come decreto legge (23 gennaio 2001 n. 5) il quale affrontava solo le questioni esplicitate nel titolo e che in sintesi sono l'ennesima proroga alle emittenti locali e disposizioni in materia di c.d. inquinamento elettromagnetico. In totale due articoli per due commi ciascuno, che riempivano una pagina di testo.

Il decreto, però, in sede di conversione, subisce una profonda trasformazione: l'articolo 1 passa da due a cinque commi, l'articolo 2 si arricchisce di un ulteriore comma, e viene aggiunto un articolo *omnibus*, il 2-*bis*, di ben 15 commi.

Le ragioni dell'elefantiasi sono tutte politiche e sono riconducibili al conflitto radiotelevisivo fra maggioranza ed opposizione che si è sviluppato nel corso dell'intera XIII legislatura.

Non è certo questa la sede per analizzare vicende di cronaca parlamentare e partitica. Basterà evidenziare che lo scontro durato ben cinque anni al Senato sul ddl 1138 di riassetto del sistema delle telecomunicazioni e delle radiodiffusioni è stato riprodotto in piccolo nel dibattito sulla conversione del D.L. 5/2001.

Ciò si è tradotto in un primo momento in un profluvio di emendamenti para-ostruzionistici dell'opposizione, cui è seguita una intesa la quale, in buona sostanza, recepisce i punti sui quali si era raggiunto un accordo fra maggioranza e opposizione in Senato.

Tali rilievi politico-parlamentari sono necessari per inquadrare meglio il contenuto della L. 66/2001 ed evidenziare la sua a-sistematicità. Essa apparentemente apporta solo delle integrazioni e degli emendanti alla L. 249/97; nella sostanza scardina alcuni essenziali punti di riferimento del sistema che emergeva dal combinato disposto di quella legge e del D.P.R. 318/97.

Quest'ultimo prevedeva un trasferimento pressoché completo delle competenze in materia di telecomunicazioni e radiotelevisione dal Ministero all'Autorità, con un ruolo ausiliare e di supporto tecnico del primo nei confronti del secondo. Dunque l'Autorità assommava funzioni regolamentari e funzioni di amministra-

zione. Con la L. 66/2001 queste ultime vengono restituite al Ministero. Dal punto di vista teorico la separazione può rispondere ad un più coerente disegno istituzionale ed inserirsi nel più generale dibattito su ruolo e funzioni delle c.d. autorità amministrative indipendenti. Non si è mancato di osservare che l'accentramento di troppe competenze non sia, necessariamente, un pregio e che l'indipendenza dal potere politico non sia, di per sé, un vantaggio per gli amministrati.

Tali riflessioni sono peraltro assenti dal pur ampio dibattito parlamentare, con il risultato che il nuovo assetto, che avrebbe potuto essere frutto di scelte consapevoli, presenta lacune ed aporie che sottopongono a dura prova le capacità dell'interprete.

Procediamo con ordine ed avendo in mente essenzialmente il profilo delle radiofrequenze.

a) L'art. 2-bis, comma 6, stabilisce che spetta all'Autorità « la predisposizione dei piani di assegnazione delle frequenze sonore e televisive in tecnica digitale ».

b) Il seguente comma 7 stabilisce che le licenze o le autorizzazioni per la diffusione di trasmissioni radiotelevisive in tecnica digitale sono rilasciate dal Ministero delle Comunicazioni sulla base di un regolamento adottato dall'Autorità.

c) Il comma 8 prevede che in ambito locale lo stesso Ministero rilascia le licenze che utilizzano frequenze destinate a « multimedia wireless system », anche qui sulla base di un regolamento adottato dall'Autorità. La pianificazione di tali frequenze è però affidata al Ministero.

d) La disposizione più importante è quella contenuta nel comma 10: « *Le autorizzazioni e le licenze di cui agli articoli 2, comma 13, e 4, commi 1 e 3, della legge 31 luglio 1997 n. 249 sono rilasciate dal Ministero delle comunicazioni* ».

Dunque l'Autorità predispone il quadro normativo e regolamentare, il Ministero rilascia licenze, autorizzazioni, abilitazioni, e cioè gli atti amministrativi che consentono al privato di svolgere, in concreto, attività di telecomunicazione e radiodiffusione.

Quali i problemi posti dal nuovo assetto?

a) In primo luogo si deve osservare che ancorché facile dal punto di vista teorico, la distinzione fra attività regolamentare e singoli atti autorizzativi è assai più complessa nella pratica: l'una vive in funzione degli altri e viceversa, soprattutto se essa concerne l'esercizio di imprese estremamente dinamiche per le quali i mutamenti tecnologici ed economici sono — e saranno sempre più — all'ordine del giorno. Ma se il contenuto della licenza è soggetto ad un quadro regolamentare disegnato da un soggetto diverso, è prevedibile che la costituita diarchia possa dar luogo a divergenze di vedute o, nella migliore delle ipotesi, a duplicazione nei procedimenti.

b) Con specifico riferimento alle radiofrequenze, la « gestione » delle medesime da parte del Ministero renderà assai più com-

plexsa la attività di regolamentazione delle stesse da parte dell'Autorità accentuando una asimmetria informativa fra soggetto pubblico e imprese regolamentate, con risultati di astrattezza o inefficienza.

c) La esigenza di un forte coordinamento fra Autorità e Ministero si manifesterà in modo particolare con riguardo alle procedure di assegnazione di licenze che utilizzano « risorse scarse » nelle quali la discrasia fra regole (regolamento dell'Autorità) e loro applicazione (bando e disciplinare di gara) rischia di essere molto forte.

d) Ma, soprattutto, si pongono delicate questioni interpretative sull'impatto dell'art. 2-bis, comma 10, L. 66/2001 sul D.P.R. 318/97. A titolo esemplificativo se ne elencano alcune.

i) Dal 25 marzo 2001 licenze e autorizzazioni sono rilasciate dal Ministero. Ma chi controlla, modifica, revoca quelle rilasciate dall'Autorità? La legge è muta sul punto.

ii) Il D.P.R. 318/97 prevedeva una serie di procedure prodromiche al rilascio delle licenze, in particolare se aventi ad oggetto « risorse scarse ». Alcune di queste sicuramente continuano ad applicarsi nelle fasi preparative dei regolamenti dell'Autorità. Ma quelle relative alle procedure di licitazione e al ruolo del Comitato dei Ministri che fine fanno? Si applicano *sic et simpliciter* al Ministero delle Comunicazioni pur in assenza di qualsivoglia espressa indicazione in tal senso?

iii) A maggior ragione qual è la sorte del D.M. 25 novembre 1997 che fissa i dettagli della procedura di rilascio delle licenze? Esso fu emanato dal Ministero delle Comunicazioni nel periodo transitorio durante il quale, per legge, esso svolgeva le funzioni dell'Autorità, ancora in fase di costituzione operativa. Anche qui sarà necessario distinguere fra disposizioni ancora valide per l'Autorità e disposizioni che invece occorre comprendere se si applichino al Ministero. Insomma, occorre effettuare una sorta di divisione di norme adespote.

Nonostante tutte le difficoltà che ora si sono evidenziate, dal punto di vista della regolazione delle radiofrequenze il quadro appare semplificato.

Si sono evidenziate nel paragrafo precedente le difficoltà teoriche poste dall'ambiguità normativa e dall'attribuzione all'Autorità della questione di beni in ipotesi rientranti fra quelli indisponibili dello Stato.

Con la L. 66/2001 se il rilascio delle licenze è affidato al Ministero è coerente interpretare il complessivo assetto normativo nel senso che l'assegnazione delle radiofrequenze sia affidata al medesimo soggetto. Il che peraltro lascia insoluto il raccordo fra regolamentazione dell'Autorità (in particolare per quanto attiene alle procedure di rilascio e al « costo » delle licenze) e gestione dei beni dello Stato.

6. LE PROCEDURE DI ASSEGNAZIONE DI RADIOFREQUENZE FRA DIRITTO ED ECONOMIA.

La ricostruzione fin qui svolta alla luce del mutato quadro normativo pone il conseguente quesito sulle procedure che devono essere adoperate per la assegnazione delle radiofrequenze.

Il sistema che emerge dalla riforma comunitaria è, apparentemente, lineare: una volta concessa la licenza devono essere assegnate le necessarie frequenze.

In tal senso l'art. 6, comma 14, D.P.R. 318/97 appare tassativo: « *Fintantoché vi sono frequenze disponibili, l'Autorità è tenuta a rilasciare licenze individuali ad ogni richiedente sulla base di procedure aperte, non discriminatorie e trasparenti* ».

L'eccezione è rappresentata dall'art. 2, comma 8, dello stesso Decreto, per il quale « il numero delle licenze individuali può essere limitato esclusivamente in relazione ad insufficienti disponibilità dello spettro di frequenze e per il tempo necessario a rendere disponibili numeri sufficienti ».

Fermo restando il dubbio già espresso se tale previsione sia ancora in vigore per l'Autorità, ovvero debba ritenersi rivolta al Ministero, va fatta subito una osservazione: il legislatore ha incontrato la sua attenzione sulla procedura di assegnazione, più che sui suoi risvolti propriamente economici. Questi ultimi vengono disciplinati a parte (se ne tratterà diffusamente oltre) come se fossero un profilo eventuale ed accessorio. Ma tale impostazione — o la lettura che ad essa si ispirasse — non appare corretta ed anzi contrasta non solo con le più moderne teorie economiche, ma in generale con il sistema dei beni pubblici.

L'obiezione che si deve muovere è in questi termini: il concetto di « risorse scarse » (e quello che ne è il corollario: « insufficiente disponibilità dello spettro di frequenze ») non è esclusivamente tecnico (e cioè dipendente dal piano di ripartizione delle frequenze e dal numero di eventuali licenziatari già assegnatari). Esso si intreccia inestricabilmente con dati e previsioni economiche: le frequenze sono « scarse » in relazione al numero di operatori che già le utilizzano ovvero saranno intenzionati ad utilizzarle e alla quantità che ne verrà richiesta²².

²² « Scarsità è un concetto relativo »: M.S. FOWLER-D.L. BRENNER, *op. cit.* a nt. 12, p. 222, aggiungendo (p. 223) che con riguardo alla radiodiffusione le risorse scarse non sono le frequenze bensì gli investimenti pubblicitari. Un significativo indice della viscosità nella circolazione della riflessione giuridica e della recezione di modelli stranieri non criticamente analizzati si rinviene nelle pur approfondite pagine

che R. ZACCARIA, *Radiotelevisione e costituzione*, Giuffrè, 1977, p. 131 ss. dedica al tema per giungere alla seguente conclusione « Quello che importa, in ogni caso sottolineare è il fatto che il numero dei programmi ricevibili contemporaneamente in una area geografica determinata e da parte dei potenziali ascoltatori, non varia sensibilmente in virtù di questa scelta e resta, sempre e comunque, un numero limitato » (p. 136).

La scelta di richiederle dipende poi da una valutazione del mercato attuale e potenziale. A sua volta ciò dipende dall'esistenza di nuove tecnologie e di nuovi servizi commercializzabili.

Tale approccio porta a ritenere che anche delle frequenze oggi « abbondanti » in un futuro ragionevole vicino possano diventare « scarse ». Ed anche quando la « scarsità » è tecnicamente accertata, l'analisi economica è indispensabile per stabilire il numero delle licenze rilasciabili.

Al tempo stesso è necessario tenere conto dell'esistenza di soluzioni alternative all'uso delle frequenze (tipicamente, il cavo), i loro costi ed i loro vantaggi e svantaggi sotto il profilo qualitativo e competitivo. Il tutto poi ha ricadute sulla determinazione dell'eventuale importo che dovrà essere versato dal licenziatario²³.

Dunque, in partenza, non è possibile affermare se una risorsa spettrale sia o non sia « scarsa », e dunque quale sia il regime giuridico di rilascio delle licenze e di assegnazione delle frequenze.

Esemplificando, la qualifica di « scarsa » con riguardo a radiofrequenze da utilizzarsi in un ambito metropolitano dipende non solo da fattori tecnici (la formazione oro-geografica, la natura dei servizi che si intendono fornire) ma anche da aspetti eminentemente economici quali la densità della popolazione, la sua propensione, attuale e futura, verso il consumo di tali servizi, la disponibilità di infrastrutture via cavo, il costo del loro utilizzo ovvero della loro realizzazione. Il risultato di una tale analisi potrebbe realisticamente, condurre a conclusioni diverse con riguardo a centri diversi anche vicini fra di loro.

Calando queste considerazioni nel contesto normativo vigente si rafforza l'esigenza che sia un unico soggetto a « governare » il procedimento di rilascio delle licenze e di assegnazione delle frequenze. L'ordine logico appare il seguente:

i) l'art. 6, comma 6, lett. c) prevede che debba essere rilasciata una licenza individuale (e non una autorizzazione generale) nel caso di « assegnazione di frequenze radio o di specifiche numerazioni » (la ampiezza della previsione supera il più restrittivo *incipit* del medesimo comma: « uso di risorse scarse, fisiche o di altro tipo »);

ii) l'art. 6, comma 6, prevede che per il rilascio di licenze individuali possa essere prevista anche la procedura di licitazione;

iii) la procedura di licitazione — ancorché non vi sia una previsione espressa — appare collegata ai casi di cui all'art. 2, comma 8 (insufficienti disponibilità dello spettro) i quali consentono di limitare il numero delle licenze rilasciabili;

²³ Sviluppa ampiamente la inter-relazione fra frequenze e sistemi trasmissivi alternativi H.J. LEVIN, *The Radio Spectrum*

Resource, in *op. cit.* a nt. 5, in part. a p. 445 ss.

iv) nei casi di licitazione l'art. 6, comma 13, prevede che l'Autorità sottoponga al Ministero delle comunicazioni la proposta di costituzione di un Comitato di Ministri con il compito di coordinare la procedura di gara (ma v. *infra* i dubbi conseguenti all'introduzione della L. 66/2001).

Ora, mentre nella generalità dei casi, la procedura ordinaria vedrà instaurarsi un ordinario procedimento bilaterale fra Ministero e l'aspirante licenziatario, nel caso di licitazione occorre chiarire la portata di tale termine evidenziando — fatto salvo quanto si dirà in ordine alla nuova normativa comunitaria — che esso va inteso in senso atecnico (o, meglio, prescindendo dal significato che storicamente qui si è attribuito nell'attività della p.a.) come indicativo di una procedura di gara aperta « ad evidenza pubblica ». È opportuno sottolineare la circostanza — non da tutti compresa — che nel caso di licenze di tele e connessa assegnazione di frequenze si è completamente lontani dai settori degli appalti pubblici: lì lo Stato paga un corrispettivo perché una impresa privata costruisca un'opera che viene poi acquisita dallo Stato ovvero renda un servizio al medesimo; qui invece si verifica l'opposto: l'impresa privata paga un corrispettivo allo Stato per potersi avvalere di beni pubblici (l'etere) o comunque per poter svolgere una attività che viene resa a favore di altri privati.

7. (SEGUE) IL RUOLO DEL COMITATO DEI MINISTRI.

L'art. 6, comma 13, prevede, come s'è visto, che « nel caso di procedure di licitazione » l'Autorità sottoponga al Ministero delle Comunicazioni la proposta « di costituzione di un comitato di Ministri incaricato di coordinare la procedura stessa in particolare per quanto attiene al bando e la disciplina di gara ». Aggiunge lo stesso comma che il Comitato seleziona « i valutatori che devono procedere alla verifica delle offerte di gara ed alla formazione della relativa graduatoria ».

La disposizione appare presentare numerosi profili di singolarità. La costituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni risponde ad un complessivo disegno, di ispirazione comunitaria, volto a sottrarre allo Stato-amministrazione il processo di rilascio delle licenze attribuendolo a un soggetto che per la sua posizione di indipendenza possa operare secondo i canoni della equità, trasparenza e non discriminazione evitando potenziali ed effettivi conflitti di interesse.

Non è possibile prescindere, al riguardo, dalla considerazione che in praticamente tutti gli Stati membri all'inizio degli anni '90 e, per molti di essi, tutt'oggi, il mercato delle telecomunicazioni era saldamente in mano ad un operatore controllato direttamente o indirettamente dallo Stato. Non essendo vietato — salvo il divieto degli aiuti di Stato — tale controllo, e dunque non essendo

imposta la dismissione delle partecipazioni pubbliche nel settore, la soluzione all'evidente conflitto di interessi fra lo Stato-regolatore del mercato e lo Stato-operatore nel mercato veniva appunto individuata nella costituzione di autorità di regolamentazione non soggette ad un controllo politico o gerarchico da parte dell'amministrazione.

Tale impostazione era stata recepita dal legislatore italiano con la L. 14 novembre 1995 n. 481 genericamente istitutiva delle autorità amministrative indipendenti nei settori dei servizi pubblici (e nello specifico dell'energia) e poi ribadita per le telecomunicazioni dalla L. 249/97.

Che senso ha (ormai, aveva), dunque, la previsione di un « Comitato dei ministri » (e dunque il ritorno allo Stato-amministratore) per le procedure di rilascio di quelle licenze che sicuramente assumono il maggiore rilievo? Il dubbio appare legittimo in considerazione del fatto che la previsione è contenuta nel D.P.R. 318/97 cronologicamente posteriore alla L. 249/97. Vale peraltro precisare che, ancorché frutto di elaborazioni antecedenti, il D.P.R. 318/97 subì non poche modifiche (come risulta dalle sue premesse) proprio dopo la promulgazione della L. 249/97, ed anzi a questa apporta anche alcune integrazioni (artt. 22 e 23).

Sicuramente il dubbio deve aver toccato anche il legislatore delegato, giacché la previsione della nomina di valutatori esterni (art. 6, comma 13, in fine) ricalca una procedura ricorrente nella dismissione di partecipazioni statali nelle quali lo Stato, regolatore della cessione, si trova in conflitto di interessi con lo Stato-azionista.

La spiegazione può trovarsi in alcuni fattori contingenti ed in altri di maggiore spessore sistematico. Con riguardo ai primi va rammentato che la costituzione di un comitato dei Ministri era stata prevista in occasione della prima gara per il rilascio di una concessione (di telefonia mobile) ad un soggetto diverso da una società a partecipazione statale²⁴. Si trattava dunque di una procedura già sperimentata e che, presumibilmente, il naturale conservatorismo delle amministrazioni ha inteso riprodurre. Si tratta tuttavia di una giustificazione che se può in qualche modo illuminare i motivi del legislatore, scarsa utilità offre all'interprete odierno.

Più consistenti altre considerazioni: per un verso la natura pubblica dei beni messi in gara — le radiofrequenze, appunto, di cui ampiamente si è discusso; per altro verso la procedura licitativa apparentemente appannaggio dell'Amministrazione.

Se peraltro si dovesse seguire la ricostruzione svolta nelle pagine che precedono le considerazioni da ultimo svolte si sareb-

²⁴ V. il D.P.C.M. 20 novembre 1993.

bero scontrate (prima della L. 66/2001) con la potestà, attribuita all'Autorità, di gestione delle licenze e con la precisata nozione di « licitazione ». Ed a ciò si aggiungerebbe il non secondario rilievo della, quanto meno, inopportunità di commistione di funzioni politiche proprie di un Comitato di Ministri e che dovrebbero essere insindacabili, e attività di gestione, connesse all'espletamento di una gara pubblica e naturalmente soggette a controlli di legittimità.

La conclusione è che il disposto dell'art. 6, comma 13, D.P.R. 318/97 mal si concilia dal punto di vista teorico con l'impianto generale dello stesso decreto e dalla L. 249/97 suggerendone l'espunzione o, in subordine, una più sottile operazione di svuotamento dall'interno attraverso una restrizione del concetto di « licitazione » la quale lascerebbe aperte altre forme di attribuzione delle licenze sottratta al coordinamento del Comitato dei Ministri²⁵.

Un tale ultimo percorso non costituirebbe una forzatura del testo normativo il quale, come s'è detto, prevede sì la procedura di licitazione (non meglio precisata) ma non indica né se essa sia l'unica alternativa alla procedura ad evidenza « interna », né i casi per i quali essa è disposta.

Cosa cambia dopo l'entrata in vigore della L. 66/2001?

Il primo problema che già si è evidenziato è se la previsione dell'art. 6, comma 13, D.P.R. 318/97 continui ad applicarsi *sic et simpliciter* oppure debba considerarsi rivolta al Ministero. Nella prima ipotesi sarebbe sempre l'Autorità, nell'approvare un regolamento concernente una procedura di assegnazione di « risorse scarse », a chiedere al Ministero la costituzione del Comitato di Ministri. Nella seconda, invece, occorre ipotizzare che automaticamente il Ministero, a cui compete rilasciare le licenze investa il Presidente del Consiglio chiedendo la costituzione del Comitato, a meno che non effettui esso stesso quella operazione di riduzione interpretativa del concetto di « licitazione » prima menzionata.

Peraltro nel nuovo contesto si spiega il ruolo dei valutatori al fine di ridurre il margine di discrezionalità politica insito nel Comitato ed evitare rilievi di ipotetici conflitti di interesse qualora fra i partecipanti alla gara vi siano soggetti che siano controllati o significativamente partecipati dallo Stato.

²⁵ Si v. infatti la Delibera dell'Autorità n. 657/00/CONS la quale ha modificato l'art. 2, comma 6, del D.M. 25.11.1997 (il c.d. decreto licenze) stabilendo che la procedura di cui all'art. 6, comma 13, lett. c)

del D.P.R. 318/97 (licitazione con nomina di un comitato di Ministri) « può applicarsi » (e non più « si applica ») al rilascio di licenze individuali.

8. I COSTI DELLE FREQUENZE.

La disamina fin qui svolta porta a configurare alcuni percorsi procedurali per il rilascio delle licenze. Anche qui, tuttavia, si nota uno iato fra costruzione giuridica e profili economici.

Il sistema comunitario delle telecomunicazioni ruota attorno ad un postulato: l'attività nel settore deve essere libera, purché avvenga nel rispetto di alcune, nominate, esigenze fondamentali. Non è dunque possibile assoggettare tale attività ad oneri che si configurerebbero come ostacolo, non consentito, al suo esercizio e barriera all'accesso con effetti anticompetitivi.

Coerentemente con tale impostazione l'art. 6, comma 20, D.P.R. 318/97 prevede che « *Fatti salvi i contributi finanziari per la prestazione del servizio universale conformemente all'art. 3, il contributo richiesto alle imprese per le procedure relative alle licenze individuali è esclusivamente finalizzato a coprire i costi amministrativi sostenuti per l'istruttoria, per il controllo della gestione del servizio e del mantenimento delle condizioni previste per le licenze stesse. La misura di tale contributo è fissata con apposito provvedimento, da pubblicare secondo le normative vigenti ed in coerenza con le disposizioni dell'art. 19, comma 3, lettera b)* ».

A tale previsione generale sono apportate alcune espresse eccezioni:

a) i contributi dovuti per la copertura del deficit dell'operatore incaricato del servizio universale, conformemente al complesso meccanismo descritto all'art. 3;

b) i contributi per l'utilizzo di risorse scarse (art. 6, comma 21);

c) l'indennizzo per la copertura degli oneri sopportati dal Ministero della Difesa per la « liberazione » di frequenze destinate ad usi civili (art. 6, comma 17, lett. f);

d) i contributi per l'utilizzo di ponti radio (art. 20, comma 4).

In realtà il quadro effettivo è ben diverso, ed è frutto dello stratificarsi di regimi normativi e situazioni particolari.

Conviene ricordare che nell'impianto originale dei codici postali l'esercizio di attività di telecomunicazioni veniva svolta in regime di concessione. L'adattamento dello schema, tipico nella assegnazione di beni pubblici in uso a privati per attività produttive, al caso di specie comportava il pagamento da parte del concessionario di una percentuale sui propri proventi.

Il sistema utilizzato per tutte le concessioni a favore di società a controllo pubblico è stato poi esteso anche al caso di concessionari fuori dall'orbita dello Stato.

Ma qui il meccanismo si inceppa: nella gara per il secondo gestore di telefonia mobile, infatti, oltre alla, e prima della, previsione di canoni di concessione l'impresa risultata aggiudicataria aveva offerto — per vincere la gara — una consistente somma il

cui esborso precedeva poi a contestare in sede comunitaria lamentando la discriminazione a proprio danno e a vantaggio dell'operatore pre-esistente che nulla aveva dovuto sborsare per vedersi attribuire la concessione. Inevitabile la condanna dell'Italia con obbligo di restituzione ovvero di adeguate misure compensative²⁶.

La decisione ha avuto sicuramente un significativo impatto sulla stesura del D.P.R. 318/97, portando ad una formulazione per così dire « minimalista » degli obblighi contributivi.

Inoltre essa ha influito sulle gare dei successivi gestori di telefonia mobile: illegittima essendo l'imposizione di oneri di « ingresso » a carico del secondo gestore, illegittimi sarebbero stati oneri a carico del terzo e del quarto, nonostante si fosse, all'evidenza, di fronte a risorse scarse suscettibili di contribuzione ai sensi dell'art. 6, comma 21. D'altronde il principio di non discriminazione non poteva, coerentemente, che portare a queste conclusioni.

Ma gli eventi scompaginanti l'assetto normativo non finiscono qui: l'imposizione di oneri correlati al fatturato, originariamente contenuta nelle concessioni e ribadita nelle licenze, si imbatteva nella censura comunitaria. Essa infatti, al di là di ogni altra considerazione, non appare in alcun modo conforme ai principi enunciati nel citato art. 6, comma 21: i contributi devono essere « finalizzati anche ad assicurare l'uso ottimale » delle risorse scarse e devono essere « non discriminatori e tenere conto in particolare della necessità di incoraggiare lo sviluppo di servizi innovativi e della competitività ».

Difficilmente una percentuale sui proventi potrebbe ritenersi conforme a questi dettami: per un verso costituisce un aggio sull'operatore di successo il quale viene penalizzato dalla propria efficienza economica, mentre quello marginale ne viene risparmiato; per altro verso trasforma lo Stato in un azionista occulto degli operatori, interessato direttamente a massimizzare i proventi.

Di fronte a tale veto comunitario la soluzione era a dir poco ipocrita: lo Stato obbediva formalmente sopprimendo i contributi percentuali sui proventi. Ma non potendo, per esigenze di bilancio, rinunciare a tali introiti provvedeva con l'art. 20, comma 2, della L. 23 dicembre 1998, n. 448 (legge finanziaria per il 1999) a reintrodurre il prelievo sotto veste fiscale, sottratto dunque alla scure comunitaria, anche perché limitato nel tempo.

La conclusione è che ancorché il sistema preveda che il licenziatario debba pagare un contributo per l'utilizzo delle risorse scarse e tale contributo sia anche determinato, gli operatori di telefonia mobile, sia di prima che di seconda generazione, nulla versano a

²⁶ Si tratta della Decisione 489/95 del 4 ottobre 1995.

tale titolo, venendo invece incisi — ma variabilmente a seconda dei proventi — da oneri fiscali.

9. PROBLEMI DI EFFICIENTE ALLOCAZIONE DI RISORSE PUBBLICHE.

Il quadro che si è ora delineato è sicuramente frutto della tumultuosa evoluzione del sistema delle telecomunicazioni nel nostro Paese, sotto la convergente pressione delle imprese e delle autorità comunitarie, il che ha impedito una più meditata e coerente sistemazione normativa.

Ma è anche il risultato della perdurante scissione fra diritto ed economia, in particolare per ciò che attiene all'attività di regolazione e gestione di attività produttive da parte dello Stato.

Le ragioni sono storico-culturali: la dominante filosofia idealistica che ha permeato e plasmato anche la cultura giuridica italiana, organizza il sistema attraverso concetti, ritenendo irrilevante se non svilente l'analisi della realtà fattuale sottostante. Solo quando questa può essere rarefatta in principi generali può assurgere a elemento meritevole di considerazione.

A tale impostazione non sfugge neanche il diritto amministrativo italiano la cui chiave di volta è il rispetto della forma e della procedura, indipendentemente dal merito della decisione purché non palesemente irrazionale o travalicante i poteri della p.a.

Non stupisce dunque che la teoria — e la regolazione pratica — dei beni pubblici, sviluppata da circa un secolo, prediliga gli aspetti giuridici e non quelli economici.

Non va peraltro sottaciuta la circostanza che gran parte della disciplina in materia risale a — o trova la propria matrice in — provvedimenti dei primi decenni del '900, quando incommensurabilmente diversi erano lo sviluppo economico-sociale, il ruolo dello Stato nell'economia e le stesse teorie economiche.

Sintomatica a tal proposito potrebbe essere l'analisi del T.U. delle acque pubbliche (ed in particolare degli artt. 9 e 12)²⁷, ma in generale di tutti gli altri rapporti di concessione creati nel corso degli anni, da quelle autostradali a quelli nel settore energetico, da quelli dei trasporti aerei e su strada a quelli sul demanio marittimo e forestale.

La regolazione prescinde da una analisi del mercato (dal lato sia della domanda che dell'offerta) determinando una evidente asimmetria informativa fra concedente e concessionario. Parimenti il pur fondamentale richiamo, generalizzato, all'interesse pubblico

²⁷ V. G. PASINI-L. BALUCANI, *I beni pubblici e relative concessioni*, UTET, ove si discute ampiamente sulla natura del canone dovuto dal concessionario per lo sfruttamento delle acque pubbliche (p. 317 ss.).

quale criterio preferenziale per l'allocazione delle risorse comporta, ove non meglio precisato, la prevalenza di valutazioni altamente discrezionali.

La percezione della complessità delle scelte, nelle quali interferiscono aspetti economici, ma anche sociali (occupazione), ambientali, collettivi, sembra emergere, in tempi più recenti con riguardo a grandi opere, ma è ancora lungi dall'essere recepita come prassi di ordinaria, corretta ed efficiente gestione dei beni pubblici.

Sulla base di queste considerazioni si comprende come il modello tradizionale di remunerazione dei beni pubblici concessi in godimento ai privati sia del tutto inadeguato in generale e con specifico riferimento alle telecomunicazioni.

Per un verso il sistema percentuale sui proventi — tipico del cessato regime concessorio —, al di là delle censure di legittimità in sede comunitaria, è difficilmente giustificabile dal punto di vista economico: infatti il corrispettivo non viene calcolato sul valore del bene bensì sulla capacità dell'utilizzatore di trarne profitto: paradossalmente l'imprenditore inefficiente o meno efficiente viene premiato dallo Stato al quale dovrà versare meno in termini assoluti. Se il rilievo poteva avere scarsa incidenza in un sistema in cui l'operatore era un monopolista controllato interamente dallo Stato (e dunque a quest'ultimo tutto — gestione, utili, canone — faceva capo), le cose cambiano radicalmente in un contesto di liberalizzazione ed accentuata concorrenza.

Preclusa questa strada, contabilmente semplice ma economicamente errata, restano una serie di opzioni:

- a) l'assegnazione delle frequenze ad un corrispettivo prefissato di volta in volta;
- b) l'assegnazione ad un corrispettivo determinato dal mercato;
- c) l'assegnazione a titolo gratuito;
- d) l'assegnazione in cambio di impegni extra-monetari dell'assegnatario.

a) La prima ipotesi è chiaramente indicata dall'art. 6, comma 21, D.P.R. 318/97 (« *In caso di utilizzo di risorse scarse, è in facoltà dell'Autorità imporre contributi finalizzati anche ad assicurare l'uso ottimale di dette risorse, tenendo conto anche dei corrispondenti aspetti commerciali* ») e tradotta quantitativamente nel D.M. 5 febbraio 1998.

Essa presenta indubbi vantaggi soprattutto per il rispetto del principio di trasparenza e non discriminazione²⁸. Si tratta tuttavia

²⁸ Ma si tenga conto dell'obiezione di M.S. FOWLER-D.L. BRENNER, *op. cit.* a nt. 12, p. 249 secondo cui « il diritto di richie-

dere un corrispettivo dipende, in ultima analisi, dalla supposizione che le radiofrequenze siano un bene pubblico, una pre-

di un meccanismo scarsamente flessibile sia alla diversità degli usi delle frequenze, sia all'evoluzione tecnologica e di mercato, che pure viene indicata come criterio per la determinazione del contributo.

Tali difetti si ingigantiscono quando il contributo riguarda ampie quantità di risorse spettrali connesse al rilascio di una licenza quindicennale. Occorre infatti stabilire *a priori* l'ammontare del contributo, al fine di consentire al potenziale operatore di valutare la convenienza di entrare sul mercato. Nel contempo ci si rende conto di quanto possa essere difficile determinare il valore della risorsa spettrale su un arco temporale così lungo, oppure stabilire meccanismi attraverso i quali rivalutare l'importo richiesto annualmente.

b) Da oltre mezzo secolo la dottrina gius-economica propugna la tesi della assegnazione dei beni pubblici (e dunque anche delle radiofrequenze) sulla base di un corrispettivo fissato dal mercato. Essa ovviamente presuppone che ci sia un mercato per tali beni e che, dunque, vi siano almeno due concorrenti che se li contendano, altrimenti si ricade nella prima ipotesi in cui è lo Stato a fissare l'importo del contributo.

Tuttavia, una volta affidata al mercato la determinazione del « prezzo » occorre individuare il modo attraverso ciò debba avvenire. Anche qui si constata l'arretratezza del nostro sistema normativo di allocazione dei beni pubblici essenzialmente contenuto nel R.D. 23 maggio 1924, n. 827 sulla contabilità di Stato. Gli artt. 36 ss. e 63 ss. di tale decreto prevedono una articolata procedura per la stipula di contratti con la p.a., sia di acquisto che di cessione, disciplinando « incanti », « appalti-concorso », « licitazioni » e « trattative private ». In particolare l'art. 73 prevede tre forme di asta: con l'estinzione della cera vergine, con offerte segrete, con pubblico banditore.

Il meccanismo, chiaramente ritagliato per la cessione di beni immobili e mobili secondo lo schema del pubblico incanto, è solo in parte utilizzabile con riguardo alle radiofrequenze. Occorre infatti verificare di volta in volta se esso costituisca il sistema più efficiente per la determinazione del corrispettivo, offrendo in pratica diverse soluzioni, da quella più alta in busta chiusa, alla seconda più alta in busta chiusa, all'asta « olandese » (decescente fino a quando uno dei partecipanti non offre e si aggiudica il bene) all'asta « inglese » (crescente, fino a quando non resta che un solo partecipante)²⁹.

messa che non trova uno spazio logico per stabilire il grado di regolamentazione ammissibile su coloro che trasmettono. Il valore dell'esclusiva dipende dagli investimenti e dalla ingenuità del licenziatario ».

²⁹ Il ruolo delle aste nella formazione del prezzo di un mercato concorrenziale rientra in un ormai ampio filone di psicologia applicata all'economia. In generale v. E. RASMUSSEN, *Games and Information*,

Di tutto ciò non vi è traccia nell'attuale regime delle telecomunicazioni (il quale, come s'è visto, privilegia il contributo fisso predeterminato), sicché solo con una buona dose di inventiva è possibile ricorrere a procedure alternative, poggiando sull'art. 3, comma 21 D.P.R. 318/97 il quale consente all'Autorità di adottare di volta in volta meccanismi volti « ad assicurare l'uso ottimale » delle risorse, anche al fine di incoraggiare la competitività.

c) Per quanto possa apparire anomala non si può scartare *a priori* l'ipotesi che le frequenze vengano assegnate gratuitamente³⁰. Essa è tanto poco remota che viene abitualmente utilizzato con riguardo alle frequenze ad uso « privato ». Dietro tale soluzione convergono due teorie, che tuttavia si risolvono in postulati: la prima è che l'uso dell'etere non ha valore e che dunque non vi è ragione di chiedere un corrispettivo. La seconda è che l'uso particolare che viene fatto delle frequenze, considerato socialmente utile o costituzionalmente protetto, preclude che lo Stato possa (o debba) chiedere un corrispettivo. Su quest'ultima teoria ci si soffermerà più approfonditamente nel paragrafo 12 che segue. Con riguardo alla prima, invece, si deve osservare che essa antepone una conclusione all'accertamento caso per caso. Basterebbe rimarcare che se qualcuno « usa » delle radiofrequenze queste sono intrinsecamente « utili » e dunque economicamente valutabili. Solo considerando l'attività nella quale tale uso si inserisce (in particolare se si tratti di attività imprenditoriale o meno) e la funzione che esso svolge si potranno avere indicazioni sul suo maggiore o minore rilievo economico.

d) L'ultima ipotesi — quella della assegnazione in cambio di impegni extramonetari — costituisce una variante della precedente ed è stata (ed è tuttora) ampiamente utilizzata nel settore delle telecomunicazioni e delle radiodiffusioni. Il meccanismo è quello del rilascio della licenza al soggetto, fra i vari pretendenti, che si assume i maggiori impegni considerati aventi « valore » pubblico, come ad esempio la rapidità nella realizzazione della rete, oppure la maggiore occupazione (diretta o indotta) creata, oppure ancora

An Introduction to Game Theory, 1989. In chiave più econometrica J.J. LAFFONT-J. TIRONE, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, MIT Press, Cambridge Ma., 1993, p. 325 ss. Per i rapporti fra informazione agli operatori e regole giuridiche v. D.G. BAIRD-R.H. GERTNER-R.C. PICKER, *Game Theory and the Law*, Harvard U.P., Cambridge, Ma., 1994.

Con riguardo alle telecomunicazioni v. ISD. *Competition in Telecommunications*, MIT Press, Boston 2001; nonché l'ampia bibliografia offerta da P. KLEMPERER sul si-

to www.paulklempere.org assieme a numerosi altri scritti specifici sulle aste di licenze per tlc.

Per una efficace sintesi dei vari modelli utilizzabili, in un contesto di analisi comparata, v. M.C. GLASS-D.M. RHODES, *Catching the Wave: Should Canada Follow the Global Trend Toward Spectrum Auctions?*, in 44 *McGill L.J.* 141 (1999) (in part. p. 177 ss.).

³⁰ Per alcuni degli argomenti utilizzati per giustificare la scelta v. M.S. FOWLER-D.L. BRENNER, *op. cit.* a nt. 12, p. 255.

i maggiori investimenti in attività di ricerca e sviluppo. L'assegnazione di beni pubblici dunque viene fatta in cambio di quelli che sono considerati benefici sociali³¹.

I quattro modelli proposti sono oggetto di valutazioni diverse da parte degli economisti, ed in particolare di quelle che si occupano di scelte pubbliche. Occorre sottolineare però che essi, necessariamente, devono essere coerenti con un sistema normativo (e viceversa). In altre parole, dalla natura pubblica delle radiofrequenze discendono conseguenze che si muovono lungo l'asse efficienza-responsabilità, non essendo coerente che con riguardo ad esse si abbandonino principi che valgono e si applicano con riguardo agli altri beni pubblici.

10. CONCESSIONE, LICENZA, CONTRATTO.

L'ondata liberalizzatrice della Comunità Europea ha travolto, nel settore delle telecomunicazioni, quel che ne era il pilastro: la riserva allo Stato delle attività qualificabili come tali e l'attribuzione della facoltà di esercitarle solo al soggetto o ai soggetti dallo Stato designati e, in genere, controllati.

Una volta caduta questa costruzione viene meno anche il corollario logico, definito in termini di diritto amministrativo come concessione. Il rapporto concessorio infatti, sia che lo si inquadri nel diritto pubblico o in quello privato presuppone una titolarità in capo al concedente, ma se questa manca non v'è più ragione di utilizzare una categoria inappropriata.

Non è dunque un caso che, sia pure con contenuti giuridici non trasponibili *sic et simpliciter* nel diritto italiano, la normativa comunitaria, puntualmente recepita, parli di « autorizzazioni » e di « licenze », ovvero sia di atti dei pubblici poteri volti a rimuovere ostacoli all'esercizio di attività libere e lecite.

Il cambiamento è radicale anche sotto un altro profilo: la logica della concessione è, nella sua sostanza, contrattuale e sinallagmatica in quanto in cambio della facoltà (che poi, in concreto, si configura come diritto gravato di numerosi oneri) di svolgere una at-

³¹ I cultori dell'analisi economica del diritto fanno rientrare questa ipotesi nella categoria posneriana della *taxation by regulation* (le emittenti acquistano le licenze pagando un prezzo a interessi pubblici stabiliti dal legislatore); v. T. W. HAZLETT, *The Rationality of U.S. Regulation of the Broadcast Spectrum*, 33 *J.L. & Econ.* 133 (1990) (a p. 170). Nella colorita prosa di G.O. ROBINSON, *Spectrum Property*

Law 101, in 41 *J.L. & Econ.* 609 (1998) riferita al rilascio di ulteriori frequenze televisive in cambio di alcune ore di programmi per bambini « scambiare 3 ore di programmi televisivi con l'uso gratuito di un secondo canale [tv] è stato per loro [le emittenti] il più grande affare da quando Peter Minit acquistò Manhattan per 24 dollari di perline » (p. 618).

tività altrimenti riservata, il concessionario si impegna a remunerare lo Stato, direttamente o indirettamente.

Nella licenza, invece, si coglie la unilateralità dell'atto che rende giuridicamente possibile lo svolgimento dell'attività ed i cui contenuti sono frutto non di una contrattazione bensì di un preciso e preesistente disposto normativo³². D'altronde il principio di non discriminazione impedisce che possano adottarsi per una licenza condizioni più o meno onerose rispetto ad un'altra.

La costruzione fin qui delineata appare sistematicamente coerente, ma presenta un elemento di aporia: ancora una volta quello delle radiofrequenze. Se riconosciamo che queste costituiscono beni appartenenti al patrimonio indisponibile dello Stato esse sono nella titolarità giuridica e materiale dello Stato e dunque logicamente, prima ancora che giuridicamente *ex R.D. 872/1924*, devono essere « concesse ».

Si coglie qui la differenza di una licenza per il cui esercizio sono sufficienti strutture fisiche di cui è proprietario il licenziatario o un altro privato, ed una per la quale sono necessarie radiofrequenze. In quest'ultimo caso nell'atto denominato « licenza » si devono distinguere due profili, l'uno autorizzativo comune a tutte, l'altro concessorio riguardante le radiofrequenze. Il che determina, sia pure per una parte solo dell'atto, l'applicabilità delle regole che governano i contratti della pubblica amministrazione sulla scorta del citato *R.D. 872/1924*. Il che per un verso chiarisce il quadro normativo entro il quale deve avvenire il procedimento di assegnazione delle frequenze, per altro verso pone non marginali difficoltà al fine di rendere compatibili regole giuridiche profondamente diverse.

11. RADIOFREQUENZE E ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO NELL'ESPERIENZA STATUNITENSE.

L'analisi fin qui svolta in un contesto essenzialmente comunitario e nazionale sollecita una verifica più approfondita con altre esperienze. In particolare appare particolarmente illuminante l'esame delle vicende statunitensi, ed ancora di più del dibattito che attorno ad esse tuttora ferisce. Esse evidenziano contraddizioni non dissimili da quelle poste in luce nell'esperienza italiana e la diffi-

³² Il mutamento è colto con precisione da Corte dei Conti 8 settembre 1999, n. 67 (in *Foro it.* 2000, III, 88) la quale rovesciando l'orientamento formatosi sotto il precedente regime (Corte Conti 1 giugno 1995, n. 73, in *Riv. Corte Conti* 1995, 4, 15) afferma *expressis verbis* che « cessato il regime della riserva statale e, di conse-

guenza, il regime concessorio, nel settore delle telecomunicazioni, le licenze si atteggiavano più ad atti autorizzatori (intesi come provvedimenti volti a rimuovere un ostacolo o un limite posto dalla legge all'esercizio di un preesistente diritto soggettivo perfetto) che a concessioni ».

coltà di conciliare le regole giuridiche con quelle dell'efficienza economica.

Convorrà fornire una breve sintesi dello sviluppo storico della legislazione in materia, in quanto gli Stati Uniti, da ormai tre quarti di secolo, hanno adottato un sistema di utilizzazione da parte dei privati — anziché di riserva allo Stato — delle radiofrequenze sulla base di meccanismi di varia natura, inizialmente puramente appropriativi e poi regolamentari³³.

Una prima fase, che va dall'applicazione pratica di sistemi di telecomunicazioni e di radiodiffusione (inizialmente per comunicazioni telegrafiche, poi per quelle radio sia private che destinate al pubblico) fino al 1912 è contraddistinta da una assenza di regolamentazione nella quale, peraltro, dato il ridotto numero di stazioni emittenti, i problemi che sorgono sono di modesto rilievo, quantomeno ai fini che qui interessano.

Una seconda fase, dal 1912 al 1927, vede la vigenza del *Radio Communication Act 1912* il quale attribuisce al *Secretary of Commerce* ampi poteri di rilascio di licenze e assegnazione di frequenze. In particolare poteva non solo stabilire la lunghezza d'onda ma anche gli orari di trasmissione eventualmente suddivisi fra altri operatori. Tale potestà, in occasione del diniego di licenze ovvero di loro forte limitazione, viene tuttavia giudicata illegittima dalle corti. Ne consegue un periodo di rilascio sostanzialmente automatico di licenze che viene comunemente definito di « caos nell'etere » e che si conclude con il *Radio Act 1927* che attribuisce ad una Commissione federale (la *Federal Radio Commission*, diventata poi *Federal Communication Committee*) il compito del rilascio delle licenze. Fin da allora si afferma il principio secondo cui il rilascio delle licenze è discrezionale e soggetto ad una valutazione dell'interesse pubblico (oppure della necessità o della opportunità) connesso al rilascio. Il principio non muta con il *Communications Act* del 1934, che tuttora costituisce l'ossatura del sistema statunitense e quel che si constata è invece una varietà di meccanismi di assegnazione delle frequenze: inizialmente, stante la loro disponibilità, si applica il principio *first come, first served*. Successivamente si procede al sorteggio. Solo in tempi recentissimi (dal 1993) si recepisce il sistema dell'asta.

³³ Fra i tanti scritti che tracciano l'evoluzione storica del sistema si segnalano, ai fini del presente lavoro, F.S. ROWLEY, *Problems in the Law of Radio Communication*, in 1 *U. Cin., L. Rev.* 1 (1927); J.P. TAUGHER, *The Law of Radio Communication with Particular Reference to a*

Property Right in a Radio Wave Length, in 12 *Marq. L. Rev.* 179 e 299 (1928); R.H. COASE, *The Federal Communications Commission*, in 2 *J.L. & Econ.* 1 (1959); R.W. HAZLETT, *The Rationality of U.S. Regulation of the Broadcast Spectrum*, *op. cit.* a nt. 31.

Tuttavia — e questo è un tratto emblematico del sistema in esame — il licenziatario non viene investito di *property rights* sulle frequenze assegnate, ovverosia di una titolarità, anche temporanea, sulle medesime. La giustificazione, tutta teorica, è che il licenziatario è solo un « *public trustee* », e cioè un soggetto cui sono affidati beni pubblici nell'interesse pubblico³⁴. A poco valgono le osservazioni degli economisti i quali evidenziano come le radiofrequenze vengono cedute indirettamente (di solito attraverso la cessione dell'azienda licenziataria), e che l'assegnazione, formalmente temporanea, si trasforma in definitiva grazie al quasi-automatismo delle procedure di rinnovo.

La insoddisfazione per tale assetto ha stimolato una abbondante ed acuta riflessione, soprattutto da parte di giuristi-economisti, la cui pertinenza ai nostri fini è estrema come si vedrà dell'esposizione che segue.

12. (SEGUE) DA HERZEL E COASE ALLO SPECTRUM PRICING.

Il merito per aver posto le basi per il riconoscimento del valore economico delle frequenze (ed avere, conseguentemente, proposto l'asta come modello più efficiente di allocazione) va attribuito Leo Herzel, all'epoca studente del secondo anno presso la Chicago Law School Review, il quale in una « *student note* » pubblicata nel 1951 sulla University of Chicago Law School³⁵, evidenziava come il sistema più efficiente per assegnare le licenze (all'epoca erano in gioco quelle per la televisione a colori) era l'asta. L'approccio di Herzel era quello di abbandonare modelli regolamentari e di adottare meccanismi di mercato analoghi a quelli utilizzati per altre risorse scarse. Il breve articolo di Herzel sarebbe probabilmente caduto nell'oblio³⁶ se, alcuni anni dopo, nel 1959, Ronald Coase in un articolo dedicato alla Federal Communications Commission³⁷ (e prodromo al suo famoso « *The Problem of Social Cost* »)³⁸ non avesse ripreso le idee di Herzel ampliandone notevolmente la portata e gli effetti.

³⁴ Nel Federal Communications Act del 1934 le radiofrequenze vengono qualificate come « *an inalienable possession of the United States* ». Si v. pure le considerazioni sulla loro qualifica come *res communis* in H.J. LEVIN, *op. cit.* a nt. 5, p. 454.

³⁵ « *Public Interest* » and the Market in *Color Television Regulation*, in 18 *U. Chi. L. Rev.* 802 (1951).

³⁶ A Herzel aveva risposto con grande sufficienza uno degli allora componenti la FCC, D.W. SMYTHE, *Facing Facts about the Broadcast Business* (20 *U. Chi. L.*

Rev. 96 (1952)) secondo cui il modello di Herzel non aveva alcun rapporto con la realtà. La genesi dell'articolo è ricordata dallo stesso HERZEL in *My 1951 Color Television Article*, in 41 *J.L. & Econ.* 523 (1998).

³⁷ *The Federal Communications Commission*, *cit.*, retro nt. 33.

³⁸ 3. *J.L. & Econ.* 1 (1960); la sua traduzione (parziale) si trova in G. ALPA et al., *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Giuffrè, 1982; per una efficace sintesi in italiano v. A.M. POLINSKY, *Una*

Ancorché oggi le considerazioni di Coase possano sembrare quasi banali, conviene riportarle in sintesi:

a) l'amministrazione non dispone degli strumenti per valutare i costi ed i benefici delle frequenze³⁹

b) l'amministrazione non dispone delle informazioni di cui invece dispongono gli operatori economici né è in grado di conoscere le preferenze dei consumatori⁴⁰

c) proprio perché le frequenze sono un « bene scarso » l'allocatione secondo prezzi di mercato assicura la loro efficiente distribuzione, evitando che qualcuno ne richieda più del necessario⁴¹. Questo deve valere anche per l'uso di frequenze da parte dello Stato ed altri enti pubblici i quali devono valutare la convenienza dell'uso proprio delle frequenze, ovvero della loro assegnazione a terzi a titolo oneroso⁴².

Ma Coase non si ferma qui: egli mette in luce come il « caos nell'etere » che portò alla legge del 1927 non era dovuto all'assenza di regolamentazione bensì al fatto che ai licenziatari non venivano conferiti *property rights* sulle frequenze assegnate⁴³. È la esclusività che impedisce il caos, né più né meno di come l'esclusività su un terreno previene conflitti fra diversi titolari che vogliono adibirlo ad usi diversi⁴⁴.

Nel momento in cui sulle frequenze vengono costituiti *property rights*, a questo punto si crea naturalmente un mercato concorrenziale per l'attribuzione e la cessione di tali diritti. Vi è poi un ulteriore profilo affrontato da Coase che è tipico dell'esperienza americana, ma che, come si vedrà, è comune anche a quella nostra. Si tratta della compatibilità della regolamentazione con il Primo Emendamento alla Costituzione il quale sancisce la libertà della stampa e degli altri mezzi di comunicazione da regolamentazioni legislative. Coase mette in luce come il modello utilizzato (rilascio e rinnovo delle licenze solo a determinati soggetti sulla base anche del contenuto delle trasmissioni) costituisce una forma di illegittima censura. Un motivo di più per lasciare che sia il mercato a regolare il settore.

Su questi tre aspetti il dibattito si svilupperà per il resto del secolo fino ai giorni nostri⁴⁵. È interessante notare, però, fin d'ora, che mentre le aste sono diventate ormai lo strumento abituale di assegnazioni di licenze (e frequenze) ed il controllo dei contenuti

introduzione all'analisi economica del diritto, Foro Italiano, 1992, p. 15.

³⁹ *Op. cit.* a nt. 33, p. 18.

⁴⁰ *Op. cit.* a nt. 33, p. 18.

⁴¹ *Op. cit.* a nt. 33, p. 20.

⁴² *Op. cit.* a nt. 33, p. 21.

⁴³ *Op. cit.* a nt. 33, p. 14.

⁴⁴ *Op. cit.* a nt. 33, p. 25.

⁴⁵ NOTE, *The Crisis in Electromagne-*

tic Frequency Spectrum Allocation: Abatement Through Market Distribution, in 53 *Iowa L. Rev.* 437 (1967); W.K. JONES, *Use and Regulation of the Radio Spectrum: Report on a Conference*, in 1968 *Wash U. L. Q.* 71; A. S. DE VANY et al., *A Property System for Market Allocation of the Electromagnetic Spectrum*, *op. cit.* a nt. 6.

sostanzialmente inesistente o ininfluenza, il diritto degli Stati Uniti continua a negare l'esistenza di *property rights* sulle frequenze.

Convien cercare di comprendere le ragioni di tale consolidata scelta.

Agli inizi, l'esistenza di *property rights* sulle frequenze emerge tipicamente (come del resto da noi molti decenni più tardi in condizioni simili) nella contesa fra emittenti a causa di reciproche interferenze. Siamo nel periodo del « caos dell'etere » nel quale al rilascio delle frequenze non consegue alcuna definizione dei diritti sulle stesse. Questo porta alcune emittenti a rivendicare una *first possession*⁴⁶, che è l'istituto tipico in base al quale si afferma la titolarità esclusiva su un bene e dunque lo *ius excludendi alios*.

È interessante notare che in questa — peraltro breve — fase i giudici e gli studiosi alla ricerca di analogie dalle quali trarre la regola applicabile, fanno ampio ricorso alla disciplina delle acque, la cui natura pubblica non impedisce che il privato possa vantare un diritto, in base al principio della *first possession*, sulla quantità di acqua che sta utilizzando per il proprio fondo⁴⁷.

Il parallelismo con i « diritti rivieraschi »⁴⁸ appare interessante nella prospettiva gius-economica, per la quale lo spettro elettromagnetico costituisce una fra le tante risorse pubbliche (terreno, acqua, giacimenti minerari, pesca, foreste) la cui allocazione deve essere determinata nel modo più efficiente.

Tuttavia l'approfondimento della esistenza di *property rights* sulle frequenze viene bruscamente interrotto dal Radio Act del 1927 il quale afferma la natura pubblica ed inalienabile dello spettro elettromagnetico ed impone ai licenziatari — in cambio della concessione in esclusiva — la dichiarazione di non vantare alcun diritto sullo stesso.

Tale sistema viene ribadito dal Communications Act del 1934⁴⁹.

⁴⁶ Sull'efficienza della regola con riguardo a diversi beni, fra cui l'etere, v. D. LUECK, *The Rule of First Possession and the Design of the Law*, in 38 *J. L. & Econ.* 393 (1995).

⁴⁷ Il *leading case*, che non ha avuto seguito a causa della successiva approvazione del Radio Act 1927, è *Tribune Co. v. Oak Leaves Broadcasting Station* (1926, *Cook County, Ill*) riportato in gran parte dagli articoli che ricostruiscono le vicende storiche v. (T.W. HAZLETT, *op. cit.* a nt. 31).

Giova segnalare — a riprova delle involontarie consonanze fra sistemi giuridici pur distanti fra loro — che il giudice accorda la tutela all'emittente disturbata sulla base di argomentazioni che si ritrovano in molte decisioni italiane in tema di tutela delle radiofrequenze: la prima è che l'inter-

ferenza costituisce un atto di concorrenza sleale in quanto l'emittente « pirata » cerca di appropriarsi del pubblico che la prima emittente si è conquistato utilizzando (e facendosi riconoscere per l'uso di) una determinata frequenza. La seconda è che la prima emittente ha acquisito un diritto o una servitù sull'uso della frequenza che va tutelata attraverso una inibitoria.

⁴⁸ Sul punto v pure J.P. TAUGHER, *op. cit.*, nt. 33, p. 306 ss. (« si può dire che nella misura in cui si pongono i *property rights* sulle frequenze su una base di *common law* i diritti rivieraschi dell'Est e del Middle West si propongono con forza per una applicazione analogica »).

⁴⁹ Sotto questo punto di vista neanche il Telecommunications Act 1996 muta l'impostazione di fondo. V. J. CHEN, *The Legal Process and Political Economy of Tele-*

Dopo questi interventi normativi non vi è peraltro alcun interesse a sviluppare ed affermare situazioni appropriate: nei confronti di terzi vi è la tutela offerta dalla FCC la quale dispone di penetranti strumenti per impedire e reprimere eventuali interferenze. Nei confronti della FCC, poi, il regime *de facto* è quello di un automatico rinnovo delle licenze e dunque non vi sono ragioni di conflitto⁵⁰. Il valore delle frequenze rimane in tal modo occultato — sia dal lato pubblico che da quello privato. Non si cedono le frequenze, bensì si trasferisce il controllo dell'azienda titolare di una licenza cui sono associate, in esclusiva, determinate frequenze⁵¹.

La condizione di « *captive regulator* » della FCC non impedisce tuttavia, ed anzi, stimola ancora di più la riflessione sul punto, mano a mano che le costrizioni del bilancio pubblico si fanno sentire ed il pendolo della teoria economico-politica si muove dall'interventismo statale al neo-liberismo.

Non stupisce dunque che i contributi di maggiore spessore provengono da economisti e trovino spazio soprattutto sul *Journal of Law and Economics*. Questa prospettiva, tuttavia, non è priva di conseguenze. In primo luogo il fenomeno viene osservato nella sua dimensione economica per verificare poi se l'assetto giuridico sia o non sia appropriato (la risposta essendo invariabilmente negativa). In secondo luogo la soluzione dei *property rights* viene prospettata non tanto sulla base di considerazioni formali e sistematiche (peraltro piuttosto lasche nei sistemi di *common law*) bensì sulla scorta della ormai semisecolare analisi gius-economica di tali diritti. In altre parole si privilegia un

communications Reform, in 97 *Colum. L. Rev.* 835 (1997).

⁵⁰ Opportunamente H.A. SHELANSKI e P.W. HUBER, *Administrative Creation of Property Rights to Radio Spectrum*, *op. cit.* a nt. 2 evidenziano che, se non si bada ai nominalismi ma alla sostanza delle situazioni giuridiche, i titolari di licenze negli Stati Uniti si trovano, di fatto, ad avere un fascio di prerogative (tipicamente sull'uso esclusivo e sullo *ius excludendi*) che abitualmente si rinvergono in un vero e proprio *property right*.

L'argomento, in forma più succinta, era stato formulato 70 anni prima da J. P. TAUCHER, *op. cit.*, nt. 33, p. 315 ss. (« Chiamare nero un cavallo bianco cambia la denominazione ma non il colore »).

⁵¹ Sotto questo aspetto è opportuno segnalare la critica di T.W. HAZLETT, *The Rationality ecc.*, cit. a nt. 31, a R. COASE. Mentre quest'ultimo ritiene che la scelta della gestione amministrativa delle frequenze sia frutto di un « errore » in quanto nessuno

aveva considerato un approccio di tipo proprietario, (R.H. COASE, *op. cit.* nt. 33, p. 24), HAZLETT, anche sulla base di convincenti atti prodromici al Radio Act del 1927 evidenzia la razionalità della scelta: le emittenti più importanti affidavano la regolamentazione del settore allo Stato (anziché al mercato e alle Corti) in cambio dell'impegno, puntualmente adempiuto, di ridurre il numero delle emittenti e di assicurare un rinnovo quasi automatico delle licenze. Ovviamente lo Stato, vista la possibilità di mantenere sotto il proprio controllo il settore, si guardò bene dal dire di no. L'argomentazione è sviluppata da Id., *Assigning Property Rights to Radio Spectrum Users: Why Did FCC License Auctions Take 67 Years?*, in 41 *J. L. & Econ.* 529 (1998).

La replica, polemica, di R. COASE è in *Comment on Thomas W. Hazlett. Assigning Property Rights to Radio Spectrum Users: Why Did FCC License Auctions Take 67 Years?*, in 46 *J. L. & Econ.* 577 (1998).

approccio funzionale: l'attribuzione di *property rights* si è dimostrato un sistema efficiente per l'allocazione e la circolazione di altre risorse e dunque costituisce la soluzione anche per le radiofrequenze⁵².

Questo non esclude, ovviamente, che possano esserci regole particolari e forme di regolamentazione pubblica, così come avviene con riguardo alla proprietà fondiaria (piani urbanistici), all'uso di acque pubbliche (inquinamento), alla pesca (limiti quantitativi o temporali).

L'obiettivo però è chiaro: creare le condizioni per un mercato delle frequenze il più possibile simile a quello di altri beni. Si osserva a tal proposito che, in realtà, il sistema concessorio determina già l'esistenza di un mercato, ma solo secondario, delle frequenze, in quanto i licenziatari, eventualmente ottenute gratuitamente dallo Stato, procedono poi a rivenderle sia pure mascherate fra i beni dell'azienda ceduta⁵³.

Un simile approccio presenta un indubbio vantaggio, almeno fino a pochi anni orsono, e cioè quello di essere scritto su una *tabula rasa* dove, essendo tutte le regole giuridiche in senso contrario, si può, anzi si deve, ignorarle. Nel contempo, però, si evidenzia la sua speculare fragilità in quanto il quadro normativo di riferimento non può essere esclusivamente funzionalizzato ma deve essere reso coerente con il sistema.

Si tratta peraltro di una mai sopita *querelle* tra giuristi ed economisti che si risolve, solitamente, nel reciproco ignorarsi o fraintendersi.

Anche qui l'esperienza americana è istruttiva, perché se è vero che nel paese a più forte tasso di liberismo economico ci sono voluti 67 anni per giungere a criteri puramente economici di assegnazione delle frequenze (asta inglese), ciò è avvenuto non tanto perché si sono accettate le teorie di mercato che stavano dietro i lavori di Herzel e Coase, bensì perché si è ritenuto che questa fosse la strada migliore per aumentare le entrate statali.

In effetti non si sono in alcun modo creati *property rights* sulle frequenze, né si è abbandonata la teoria secondo cui i licenziatari sono *public trustees*. La selezione di quest'ultimi, dunque, è più efficiente e meno discrezionale, ma si è lungi dal dare vita ad un vero e proprio mercato delle frequenze, che richiederebbe oltre

⁵² W.H. MECKLING, *Management of Frequency Spectrum*, in 1986 *Wash U.L. Q.* 26; ma v. pure l'osservazione di A.S. DE VANY et al., *op. cit.* a nt. 6, p. 1511 secondo cui non vi sono elementi « certi e univoci » per formulare un *property system* che è economicamente efficiente ».

⁵³ Ma v. pure l'osservazione di A. S. DE VANY et al., *op. cit.*, nt. 6 a p. 1531 secondo cui il modo più corretto per lo Stato di « riprendersi » l'incremento del valore in caso di cessione dell'impresa è una imposta progressiva sul reddito.

alla loro assegnazione contro corrispettivo, la possibilità di cessione e di sublocazione⁵⁴.

Vi sono comunque stati significativi passi avanti verso la valorizzazione economica delle frequenze: lo *spectrum pricing* diviene uno dei passi indispensabili anche in un contesto di regolamentazione pubblica delle risorse, in quanto diminuisce il tasso di arbitrarietà nella determinazione dei contributi da richiedere (qualora non si proceda all'asta), nella determinazione del prezzo base o di riserva in caso di asta, ed in ogni caso per una più corretta valutazione, da parte delle imprese, del costo dei fattori della produzione.

13. L'ANOMALIA DELLE FREQUENZE PER RADIODIFFUSIONE.

L'esperienza statunitense è utile per mettere in evidenza una anomalia del sistema italiano (e, in generale, di quello dell'Europa continentale).

Si è visto infatti come il dibattito negli Stati Uniti riguardi indistintamente ogni tipo di frequenze, quale che sia il loro uso, per telecomunicazioni o per radiodiffusione, ad uso di imprese private o di soggetti pubblici. Si è pure evidenziato come proprio l'accumulare la radiodiffusione alle telecomunicazioni abbia per certi aspetti attratto la riflessione nel fagocitante ambito del 1° Emendamento, ponendo dubbi sulla compatibilità costituzionale del sistema di rilascio delle licenze.

Con riguardo all'Italia, invece, l'analisi che si è svolta nei paragrafi precedenti riguarda esclusivamente le telecomunicazioni e non la radiodiffusione.

Le prime sono disciplinate dalla L. 249/97 e dal D.P.R. 318/97, la seconda anche dalla L. 249/97 ma in maniera più ampia dalla L. 6 agosto 1990, n. 223 e, precedentemente dalla L. 14 aprile 1975, n. 103.

Partiamo da quest'ultima: conviene ricordare che essa è stata approvata dopo che la Corte Costituzionale aveva apportato i primi colpi demolitori al monopolio radiotelevisivo, consentendo ai privati l'installazione e gestione di emittenti in ambito locale. Tuttavia la impostazione tradizionale è confermata dall'*incipit* dell'art. 1:

« *La diffusione circolare di programmi radiofonici via etere o, su scala nazionale, via filo e di programmi televisivi via etere o,*

⁵⁴ Vede le aste introdotte negli Stati Uniti come il primo passo verso la creazione di un vero e proprio mercato delle frequenze A. DE VANY, *Implementing a Market-Based Spectrum, Policy*, in 41 *J. L. & Econ* 627 (1998). Ma i problemi sono no-

tevolissimi: si pensi ad es. quello della sottrazione agli operatori esistenti delle frequenze male allocate o utilizzate trattato da P. CRAMTON et al., *Efficient Relocation of Spectrum Incumbents*, in 41 *J.L. & Econ.* 647 (1998).

su scala nazionale, via cavo e con qualsiasi altro mezzo costituisce, ai sensi dell'art. 43 della Costituzione, un servizio pubblico essenziale ed a carattere di preminente interesse generale, in quanto volta ad ampliare la partecipazione di cittadini a concorrere allo sviluppo sociale e culturale del Paese in conformità ai principi sanciti dalla Costituzione. Il servizio è pertanto riservato allo Stato».

Stante la riserva allo Stato di praticamente tutto lo spettro radioelettrico la questione della sua eventuale remunerazione è ignorata nelle legge e se ne tratta solo specificamente nella Convenzione fra Stato e Rai. Tuttavia è facile rendersi conto che la generale « filosofia » della disciplina è a-economica se non anti-economica. Infatti nella logica del « servizio pubblico » è l'emittente a trovarsi nella posizione di chiedere allo Stato un corrispettivo per i servizi prestati, e non lo Stato a chiederlo per le radiofrequenze assegnate.

Proprio questa impostazione porta in Italia — come mezzo secolo prima negli Stati Uniti — ad un « caos nell'etere » in cui le radiofrequenze, purché non già assegnate alla concessionaria di Stato, vengono liberamente appropriate dai privati secondo una logica di « occupazione » la cui consistenza giuridica viene confermata da reiterati provvedimenti di « sanatoria ».

Già così è facile avvedersi del vizio di fondo del sistema; il « servizio pubblico » viene sovvenzionato dallo Stato attraverso i proventi del c.d. canone radiotelevisivo⁵⁵. I privati invece si sono appropriati delle frequenze senza pagarle e dunque resistono all'idea di un esborso.

Quando quindici anni più tardi lo *status quo* viene recepito nella L. 6 agosto 1990, n. 223, i mutamenti generali sono modesti. L'attività radiotelevisiva non è più un « servizio pubblico » ma viene comunque collocata nella incerta categoria del « preminente interesse generale » e viene funzionalizzata al raggiungimento di talune finalità ritenute ordinanti (pluralismo, obiettività, completezza, rispetto di libertà e diritti). Ne consegue che, ferma restando la posizione della concessionaria, il rilascio della concessione ai privati (ma in realtà tutti si trovano in una posizione *de facto*) avviene (art. 16, comma 17) sulla base di una serie di criteri taluni economici (potenzialità economica, presenza sul mercato, indici di ascolto), altri tecnici (progetti radioelettrici), altri sociali (dipendenti), altri ancora contenutistici (qualità dei programmi, auto-produzione di programmi)⁵⁶.

⁵⁵ V. R. ZACCARIA, *Il finanziamento del sistema radiotelevisivo*, in P. BARILE-R. ZACCARIA, *Rapporto '93 sui problemi giuridici della radiotelevisione in Italia*, Giappichelli, 1994.

⁵⁶ C. CHIOLA, *Natura dell'attività radiotelevisiva e regime giuridico*, in P. BARILE-R. ZACCARIA, *op. cit.* a nt. 55, p. 15 ritiene che l'imposizione di limiti e criteri di selezione sono « giustificabili soltanto attri-

Tali ultimi fattori sono in ogni caso essenziali: ai sensi del successivo comma 18 è « requisito essenziale » per la concessione in ambito locale destinare una certa percentuale di programmazione all'informazione.

Coerentemente con questa impostazione l'art. 22 fissa a carico di ciascun concessionario un canone uguale per tutti e variabile da un massimo di 20 milioni per ogni bacino di utenza per le emittenti televisive nazionali ad un minimo di 1 milione per bacino di utenza per emittenti radiofoniche locali che trasmettono in contemporanea.

La L. 31 luglio 1997, n. 249 — che, si è visto, governa il sistema delle telecomunicazioni — conferma la funzionalizzazione della concessione: l'art. 3, comma 3, lett. a) n. 2 attribuisce valore preminente al « progetto editoriale », che ricomprende non solo un numero di addetti e piani di investimento, ma anche « auto-produzione », « produzioni diversificate », « informazione ».

Non viene dunque modificato il ruolo del canone di concessione: rimane l'obbligo del pagamento di somme predeterminate ed eguali; esso viene meno in talune circostanze ritenute meritevoli (è il caso delle radiodiffusioni sonore digitali terrestri esentate dal canone per dieci anni).

Le ragioni della diversità del trattamento non appaiono razionalmente giustificabili.

Non vi è una sostanziale differenza fra le frequenze utilizzate per la radiodiffusione e quelle per le telecomunicazioni, se non quella storica dello sviluppo delle tecnologie trasmissive e ricettive utilizzando quelle determinate lunghezze d'onda, differenza poi consolidata dagli standard produttivi industriali e dalle convenzioni internazionali⁵⁷.

Si può aggiungere che le frequenze utilizzate per la radiodiffusione possono essere utilizzate — e sono di fatto e di diritto⁵⁸ utilizzate — anche per telecomunicazioni come avviene nei servizi di « televideo » e di « internet tv »⁵⁹.

buendo giuridico riconoscimento all'interesse della collettività all'informazione » (p. 64 s.). Con riguardo agli Stati Uniti si evidenzia che gli analoghi criteri per l'assegnazione delle licenze di radiodiffusione mescolano principi di *policy* con elementi fattuali, i quali puntano in direzioni contraddittorie: F. FRIENDLY, *The Federal Administrative Agencies: The Need for Better Definition of Standards*, in 75 *Harv. L. Rev.* 1055 (1962).

⁵⁷ La considerazione è diffusa e consolidata: H.A. SHELANSKI, *The Bending Line between Conventional « Broadcast » and Wireless « Carriage »*, in 97 *Colum. L. Rev.* 1048 (1997).

⁵⁸ In forza dell'art. 3, comma 17, L. 249/97 « le imprese di radiodiffusione sonore e televisive operanti in ambito locale e le imprese di radiodiffusione sonore operanti in ambito nazionale [...] possono trasmettere dati e informazioni all'utenza »

⁵⁹ Sugli effetti economici dell'uso promiscuo delle frequenze v. G.O. ROBINSON, *Spectrum Property*, *op. cit.* a nt. 31, p. 623.

L'attività congiunta di telecomunicazioni e radiodiffusione è oggetto di diffusa avversione legislativa, non solo in Italia. Per gli Stati Uniti v. G.O. ROBINSON, *The New Video Competition: Dances with Regulators*, in 97 *Colum. L. Rev.* 1016 (1997); T.W. HAZLETT, *Physical Scarcity, Rent*

La stessa distinzione fra radiodiffusioni e telecomunicazioni è estremamente vaga

Se dunque la distinzione si basa su che cosa viene trasmesso, si potrebbe sostenere che quando frequenze originariamente assegnate per radiodiffusione circolare vengono utilizzate (anche) per servizi di telecomunicazioni dovrebbero essere applicabili le previsioni del D.P.R. 318/97. Il che tuttavia non fa che aggravare la crisi di razionalità del sistema⁶⁰.

Perché dunque gli operatori di telecomunicazioni dovrebbero pagare (anche se abbiamo visto con modalità diverse) e gli operatori di radiodiffusione no oppure in misura minore?

Le ragioni del divergente regime sono essenzialmente storico-politiche e frutto di una originaria distorsione del sistema. Quando nel 1960⁶¹ venne posta la questione di costituzionalità del monopolio radiotelevisivo, la Corte Costituzionale rigettò la censura sulla base del dogma della scarsità delle frequenze, che ne giustificerebbe la riserva allo Stato.

Il che è per un verso fattualmente inesatto (le frequenze sono una risorsa limitata, ma la loro limitatezza dipende da variabili economiche, orogeografiche, demografiche, tecniche ed in ogni caso, già nel 1960, era possibile la presenza di altri operatori); per altro verso è giuridicamente irrazionale: in un territorio numerosissime sono le risorse scarse (a partire dal terreno) ma questo non giustifica di per sé la loro avocazione allo Stato⁶².

In realtà dietro la decisione della Corte Costituzionale vi era una ideologia diffusa e comune anche agli Stati Uniti, dove era stata esposta nella *landmark decision* NBC v US⁶³: le radiodiffusioni, per il loro contenuto, soddisfano esigenze pubbliche, che ne giustificano il controllo (negli USA) o la riserva (in Europa) da parte dello Stato.

Seeking, and the First Amendment, in 97 Columbia L. Rev. 905 (1997).

⁶⁰ Sul punto v. ampiamente R. ESPOSITO, *I « nuovi mezzi »: satellite, cavo, pay-tv*, in P. BARILE-R. ZACCARIA, *op. cit.* a n. 55, p. 264 (in part. p. 268 ss.).

⁶¹ Si tratta di C. Cost. 13 luglio 1960, n. 59.

⁶² La motivazione è apodittica. « Osserva la Corte che, data l'attuale limitatezza di fatto dei "canali" utilizzabili, la televisione a mezzo di onde radioelettriche (radiotelevisione) si caratterizza indubbiamente come un'attività predestinata, in regime di libera iniziativa, quanto meno all'oligopolio: oligopolio totale ed oligopolio locale, a seconda che i servizi vengano realizzati su scala nazionale o su scala locale. Collocan-

dosi così tra le categorie di "imprese" che si riferiscono a "situazioni di monopolio", nel senso in cui ne parla l'art. 43 Cost., per ciò solo essa rientra tra quelle che — sempre che non vi ostino altri precetti costituzionali — l'articolo stesso consente di sottrarre alla libera iniziativa ». Inutile dire che l'accertamento « di fatto » della Corte è sfornito di qualsivoglia riferimento tecnico-scientifico. V. sul punto le convergenti critiche di F. PINTO, *Profili giuridici della radio*, Cedam, 1994, p. 28.

⁶³ Fra i principali artefici della circolazione del modello « ufficiale » statunitense è A. PACE il cui pensiero è ben sintetizzato nel capitolo su « *Il caos nell'etere* » in *Id.*, *Stampa, giornalismo, radiotelevisione*, Cedam, 1983, p. 377 ss.

Quando, a partire dalle decisioni del 1974/76⁶⁴ la Corte compie un *revirement* aprendo alla « liberalizzazione dell'etere » ciò avviene senza rinunciare alla teoria della scarsità delle frequenze, ma poggiando essenzialmente sull'art. 21 Cost.⁶⁵ La radiodiffusione privata, prima a livello locale poi anche a quello nazionale, si giustifica perché consente la manifestazione del pensiero ed accresce quel che viene definito il pluralismo .

Vale la pena di segnalare che ancorché la decisione sia coerente con la « stagione delle libertà » della Corte Costituzionale (dalla presidenza Branca a quella Bonifacio) il suo angolo visuale è deformato. Mentre non vi è dubbio che tutti i cittadini godano dei diritti di cui all'art. 21 Cost. è quantomeno azzardato ritenere che le imprese di comunicazione siano depositarie per così dire esponenziali di tale diritto e che dunque meritino un trattamento di favore.

In realtà le imprese radiotelevisive sono in primo luogo imprese, le quali operano (e dovrebbero operare) secondo logiche di redditività e di profitto in concorrenza fra di loro. Se esse hanno, in quanto imprese, *proprie* manifestazioni di pensiero esse le manifesteranno direttamente o indirettamente; ma la loro attività non può in alcun modo essere funzionalizzata al soddisfacimento dei valori contenuti nell'art. 21 Cost.⁶⁶.

Altrimenti ragionando si penalizza l'emittente di mero intrattenimento rispetto a quella che appare assecondare il pluralismo (il che, coerentemente con le premesse, è quel che solitamente avviene nelle procedure di rilascio delle concessioni radiotelevisive).

⁶⁴ Si tratta delle notissime sentenze 10 luglio 1974, nn. 225 e 226 e 28 luglio 1976, n. 202.

⁶⁵ Nella sentenza 225/74 l'Avvocatura dello Stato deposita un parere del Consiglio Superiore Tecnico delle Telecomunicazioni sostenendo che la situazione è rimasta immutata rispetto al 1960. Ipotizza R. ZACCARIA, *Radiotelevisione e costituzione*, Giuffrè, 1977, p. 129 « che la Corte, in uno stato di comprensibile incertezza sulla premessa tecnica del proprio ragionamento e non completamente "tranquillizzata" sulla validità o, comunque sulla permanente validità del parere del Consiglio Superiore delle Telecomunicazioni, abbia voluto cautelarsi con un argomento *ad abundantiam* ». Nella sentenza 226/74 riguardante la tv via cavo lo stesso Consiglio Superiore non può che riconoscere la possibilità di coesistenza di più operatori.

Nella sentenza 202/76 si utilizza un parere — contrario a quello del Consiglio Superiore — del Centro Microonde dell'Università di Firenze giungendo a legittimare

la radiodiffusione a livello locale: « Ove si constati — come è ragionevole fare sulla base delle diffuse cognizioni tecniche e delle pratiche realizzazioni in atto esistenti — la ingiustificatezza allo stato attuale, della tesi secondo cui sussisterebbe una concreta limitatezza in ordine alle frequenze utilizzabili per le trasmissioni radiofoniche e televisive, deve riconoscersi su scala locale che il relativo presupposto non possa ulteriormente essere invocato ».

⁶⁶ Il riferimento è ovviamente a C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, 1958, p. 36. Contesta tale argomento facendo appello alla « visione, maggioritaria in dottrina e condivisa dalla Corte Costituzionale », R. BORRELLO, *Pay-tv e circolazione di prodotti del pensiero a vocazione comunicativa*, in P. BARILE-R. ZACCARIA, *op. cit.* a nt. 55, p. 296 (a p. 306) ritenendo che l'art. 21 sia applicabile anche quando il « prodotto del pensiero non è stato da lui direttamente creato ».

In tal modo si viene a sminuire il rilievo della libertà economica, esaltando invece la dimensione politica dell'attività radiotelevisiva⁶⁷.

Le conseguenze sul sistema di assegnazione delle frequenze sono dirette e evidenti: queste ultime sono funzionali all'assolvimento di compiti di valenza pubblicista e dunque lo Stato non chiede che esse vengano remunerate. Ci si trova dunque nell'ipotesi esposta al punto *d*) del paragrafo 9: lo Stato, in cambio delle frequenze, chiede che l'emittente assolva ad alcuni obblighi trasmissivi (notiziari, programmi autoprodotti, film « nazionali »)⁶⁸.

Inutile dire che si possono ripetere per il caso italiano tutte le critiche ampiamente esposte dai gius-economisti americani⁶⁹. Un tale sistema ben lungi dall'incoraggiare la manifestazione del pensiero trasforma questa in obbligo, con indiretti effetti censori. I vantaggi sociali degli oneri imposti sono del tutto imponderabili. Le imprese sono portate a considerare le frequenze come dovute dallo Stato, e dunque a trascurare l'efficiente utilizzo⁷⁰.

⁶⁷ *Vox clamans in deserto* è quella di S. FOIS, *Informazione: potere o libertà?* in P. BARILE-R. ZACCARIA, *op. cit.* a nt. 55, p. 400 (in part. p. 417: « le regole proprie dell'informazione (radiotelevisiva o meno) non potranno che essere quelle del mercato e della tutela della concorrenza ») In maniera più sfumata, ma altrettanto autorevole, v. L. PALADIN, *Problemi e vicende della libertà d'informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in ID. (a cura di), *La libertà d'informazione*, UTET, 1979, p. 1 (in part. p. 50 ss.) v. inoltre G. BOGNETTI, *Costituzione, televisiva e legge antitrust*, Giuffrè, 1996, p. 38 ss.

⁶⁸ Dà per scontato che la tutela dalle interferenze e l'« esigenza di assicurare un effettivo pluralismo e un'ordinata coesistenza delle imprese di radiodiffusione in rapporto alla libertà di manifestazione del pensiero » costituiscono « il fondamento razionale, tecnico e giuridico del potere di "governo dell'etere" che spetta a ciascuno Stato » R. ESPOSITO, *I « nuovi mezzi »: satellite, cavo, pay-tv*, in P. BARILE-R. ZACCARIA, *op. cit.* a nt. 55, p. 264 (a p. 268, corsivo aggiunto).

⁶⁹ Nella messe di scritti in materia v. H. KALVEN, *Broadcasting, Public Policy and the First Amendment*, in 10 *J. L. & Econ.* 15 (1967); M.S. FOWLER-D.L. BRENNER, *op. cit.* a nt. 12, p. 236 ss.; T.W. HAZLETT, *Physical Scarcity ecc.*, *op. cit.* a nt. 59.

Conviene peraltro osservare che la bandiera del 1° Emendamento è sventolata dagli operatori di comunicazioni perché attribuisce loro un regime di responsabilità at-

nuata rispetto a tutte le altre imprese soggette ad un regime di responsabilità oggettiva. Il punto — di solito ideologicamente trascurato — è tuttavia evidente a taluni autori: T. J. BRENNAN, *The Spectrum as Commons: Tomorrow's Vision Not Today's Prescription* in 41 *J.L. & Econ.* 791 (1998), a (« i diritti etici [nella specie quello di manifestazione del pensiero] per essere una categoria che si giustifica indipendentemente dalla giustizia distributiva o dall'efficienza economica, dovrebbero essere inalienabili. Altrimenti accordare a taluno un diritto su base etica equivale ed attribuirgli una somma di danaro »). Per una analisi economica del 1° Emendamento v. R. A. EPSTEIN, *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione. Una critica di analisi economica del diritto*, in questa *Rivista* 1987, 825; J. HARTMANN-S.M. RENAS, *Massimizzazione dei profitti editoriali e diffamazione: una analisi economica dei modelli di responsabilità*, *ivi* 1986, 343; nonché, volendo, V. ZENO-ZENCOVICH, *Postilla a Hartmann e Renas: L'« inquinamento da mass-media » e la funzione economica della responsabilità civile*, *ivi*, 1986, 359.

⁷⁰ Prendono atto della situazione R. ZACCARIA, *Le nuove regole sulla pianificazione delle frequenze*, in P. BARILE-R. ZACCARIA, *op. cit.* a nt. 55, p. 469 (in part. p. 472 ss.) e P.A. CAPOTOSTI, *Le concessioni sulla radiodiffusione*, *ivi*, p. 476. Ma le frequenze costituiscono un bene aziendale: basti vedere E. LAGHI-E. NENNA-G. ZANDA, *La valutazione economica e l'iscrizione in bilancio dei « diritti di sfruttamento di frequenze radiofoniche »*, Giappichelli 2000.

Una volta che un soggetto si è visto attribuire le frequenze ben difficilmente le rilascerà, potendo far valere la propria rendita di posizione.

14. UNA PROSPETTIVA ALTERNATIVA.

La lunga disamina fin qui svolta parte dall'assunto che le radiofrequenze costituiscono un bene facente parte del patrimonio indisponibile dello Stato.

Tale premessa tuttavia potrebbe essere messa in discussione dalla considerazione, emersa più di settanta anni fa nel primo dibattito americano sulla esistenza o meno di *property rights* sulle frequenze, che « la lunghezza d'onda è solo una misura dell'energia elettrica trasmessa dall'emittente »⁷¹ o, per dirla con Ronald Coase « c'è qualche dubbio che l'etere esista. Certamente le sue caratteristiche corrispondono a qualcosa che non esiste, un tunnel senza margini »⁷². Ciò che viene « venduto » è il diritto di utilizzare apparecchiature per trasmettere segnali in un particolare modo⁷³.

Seguendo tale modo di ragionare dovremmo concludere che le frequenze assegnate non esistono *in rerum natura* (esistono i segnali irradiati) e dunque non possono qualificarsi come beni pubblici.

In realtà quel che viene assegnato dallo Stato è, come dice Coase, il diritto di esercitare una determinata attività imprenditoriale, senza però vantare alcuna titolarità su porzioni del mondo fisico⁷⁴, così come il concessionario di un servizio di auto-linea non vanta diritti sulla strada che percorre o il gestore di una linea aerea sulla rotta chiesta e attribuita.

⁷¹ F.S. ROWLEY, *op. cit.* nt. 33, p. 28; J.P. TAUCHER, *op. cit.* nt. 33, p. 305. In tal senso v. pure R. ESPOSITO, *op. cit.*, nt. 4, p. 244 (« la frequenza non sia un'entità materialmente apprezzabile o un fenomeno fisico, come invece è l'onda, ma una descrizione quantitativa del modo di propagazione di questa »).

⁷² R.H. COASE, *op. cit.* a nt. 33.

⁷³ Si v. pure H.A. SHELANSKI-P.W. HUBER, *op. cit.*, nt. 2, p. 584: « Non vi è nulla qualificabile come "spettro", come non vi era alcun etere da essere imbottigliato dalla Commissione o da chiunque altro. Lo "spettro" è costituito interamente dalle caratteristiche ingegneristiche dei trasmettitori e delle riceventi. Queste caratteristiche sono, a loro volta, definite

da parametri di potenza, sensibilità e modulazione in una zona indefinita e permeabile dello spazio ».

V. pure G.O. ROBINSON, *op. cit.*, nt. 31, p. 620: « Il governo non è proprietario né degli apparati trasmettenti, né del mezzo attraverso il quale l'energia trasmessa scorre, di guisa che affermare che è proprietario delle frequenze equivale solo a dare una etichetta proprietaria ai suoi poteri regolamentari ».

⁷⁴ V. R. ESPOSITO, *op. cit.* nt. 4, p. 245 (« le frequenze, dal punto di vista giuridico in funzione del governo dell'etere, si qualificano come prescrizioni normative su base tecnica, alle quali deve attenersi chi voglia essere abilitato all'esercizio delle radiocomunicazioni »).

Sono le licenze dunque ad avere valore e a connotarsi come beni, né più né meno di come avviene di frequente con riguardo alle licenze di commercio, che hanno un loro valore di mercato e sono abitualmente oggetto di cessione⁷⁵.

Gli sviluppi di tale impostazione portano per un verso alla semplificazione del sistema: non abbiamo più dualismo licenza/frequenza, Autorità/Ministero, licenza-abilitazione/contratto-concessione. Soprattutto non è necessario ricostruire tutto il sistema di attribuzione ai privati di beni pubblici per farvi rientrare anche l'assegnazione di frequenze.

Per altro verso si rende più complessa — quanto meno dal punto normativo — la procedura di rilascio delle licenze. Il sistema comunitario è infatti basato sul principio della loro gratuità, fatti salvi i contributi — modesti — per le procedure di rilascio e controllo e quelli — eventuali — per il servizio universale. La reificazione delle frequenze consente di trasferire su di esse il valore economico da compensare economicamente.

Ma anche dal punto di vista economico, separare frequenze da licenze consente di individuare e valorizzare una risorsa basilare per l'attività di telecomunicazioni. Vi sono sicuramente altri fattori che contribuiscono a comporre il valore della licenza (le prospettive di mercato, gli investimenti fatti o da effettuare, l'avviamento ecc.) ma attribuire un preciso valore alle frequenze serve anche per consentire scelte razionali in ordine a tecniche trasmissive alternative al *wireless*.

In altre parole anche se non si qualificassero le frequenze come beni, si dovrebbe, dal punto di vista della efficienza economica, attribuire all'atto con il quale si assegnano frequenze un certo valore, e ad uno senza tale assegnazione, un diverso valore. Giungendo dunque ad un risultato analogo.

La riflessione sul punto è in ogni caso tutt'altro che insignificante, in quanto tocca ulteriori aspetti.

15. (SEGUE) LE « RISORSE DI NUMERAZIONE ».

Nel settore delle telecomunicazioni è invalsa da tempo l'abitudine di individuare il soggetto che invia una comunicazione e quello che lo riceve con codici numerici. Ovviamente non si tratta dell'unico modo: originariamente le utenze telefoniche in molte parti del mondo erano in codice alfanumerico; attualmente gli indirizzi di posta elettronica sono essenzialmente alfabetici.

⁷⁵ V. G.O. ROBINSON, *op. cit.*, nt. 31, p. 620: « Quando parliamo di frequenze che sono possedute da utilizzatori privati

stiamo semplicemente esprimendo i diritti dei singoli di produrre emissioni elettromagnetiche in alcune forme prescritte ».

L'uso dei numeri pone due questioni: per un verso tecnica in quanto l'uso della numerazione decimale influisce sulla semplicità (o complicazione) delle combinazioni (il loro numero è inferiore a quello che si otterrebbe combinando le 26 lettere dell'alfabeto inglese).

Ovviamente, aumentando l'utenza cresce il fabbisogno di numerazioni diverse fra di loro al fine di distinguere i vari soggetti.

Al tempo stesso, ancorché la numerazione sia una risorsa logicamente infinita essa è, praticamente, limitata in quanto i numeri « utili » non sono infiniti. Non si tratta tanto di una questione tecnica, giacché i moderni sistemi informatici non hanno difficoltà a elaborare numeri con un numero altissimo di cifre, quanto funzionale: infatti se il numero serve a individuare un soggetto, esso è « utile » nella misura in cui esso non sia più lungo o complesso del nome del soggetto. Senza contare poi le difficoltà di memorizzare un numero eccessivamente lungo.

Al tempo stesso i numeri possono avere una forte carica identificativa, in quanto brevi e /o facilmente memorizzabili. I numeri dunque non sono né infiniti, né tutti uguali.

Di qui una « corsa ai numeri » la quale ha un non indifferente rilievo economico, tanto più se la si collega al principio della c.d. portabilità del numero, che dovrebbe consentire al soggetto di mantenere il numero che lo identifica anche quando cambi operatore di telecomunicazione.

Dunque i numeri hanno un valore economico che talvolta finisce per essere elevatissimo qualora riesca ad identificare inequivocabilmente un soggetto a contatto con il pubblico. A parte i servizi di emergenza (tipicamente il « 113 »), vi sono altri casi sintomatici come il numero di un servizio radiotaxi, il prefisso di un operatore di telefonia mobile, il « numero verde ».

Nel contempo è difficile, se non addirittura ridicolo, affermare che i numeri costituiscono un bene pubblico. La circostanza che vengano stabilite delle regole non è certo sufficiente a qualificarle come tali. Anch'esse tuttavia sono essenziali, si dà giustificazione una disciplina autoritativa.

Non è dunque impensabile che lo Stato « venda » i numeri, anche al miglior offerente, come già avviene in alcuni paesi per le targhe automobilistiche. Come si configura dunque giuridicamente il sistema fin qui delineato?

La prima osservazione è ovvia: è necessario regolare unitariamente le risorse di numerazione al fine di evitare che esse vengano « appropriate » da un unico soggetto, ovvero che sorgano contese sul soggetto cui spettano. Tale attività di regolamentazione appare, nel nostro sistema, attribuito all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, anche se non è difficile immaginare sia una regolazione semi-pubblica (sull'esempio delle *naming authorities* per Internet) sia un « mercato secondario » della numerazione.

In termini di più stretto diritto positivo il D.P.R. 318/97 prevede (art. 2, comma 9) che

« In materia di numerazione nel settore delle telecomunicazioni, le procedure per l'attribuzione dei singoli numeri e delle serie di numeri devono essere trasparenti, eque e tempestive e l'attribuzione deve avvenire in modo oggettivo e non discriminatorio, anche allo scopo di assicurare una effettiva concorrenza ».

Ed aggiunge, lo si è già visto, che quando si devono assegnare « specifiche numerazioni », si provvede con licenza individuale (art. 3, comma 6, lett. c)).

L'attribuzione di un certo numero — solitamente uno o più prefissi e la facoltà di far seguire a questi centinaia di migliaia o milioni di numeri a scelta a 6, 7, 8 o più cifre — costituisce al tempo stesso una autorizzazione ed una esclusiva. Se si volesse procedere ad una reificazione è questo provvedimento a costituire un « bene », più che il numero o i numeri.

E la conclusione sembra avvalorata dalla considerazione che se il soggetto « acquista » dei numeri, ma non li utilizza, il valore rimane in quanto esso risiede non nell'uso, ma nella attribuzione in esclusiva.

Tali riflessioni potrebbero essere poi trasposte sul piano delle radiofrequenze, viste come mere convenzioni di misurazione di un segnale radioelettrico.

16. LA NUOVA DI DISCIPLINA COMUNITARIA.

Il rilievo anche pratico della qualificazione delle radiofrequenze e degli atti che consentono all'operatore di trasmettere su talune di esse risulta viepiù chiaro da alcune prospettive evolutive della disciplina comunitaria.

Nel corso del 2002, infatti, è stato approvato un « pacchetto » di provvedimenti volto a ridisegnare nel suo complesso la già articolata disciplina comunitaria nel settore delle telecomunicazioni.

Il « pacchetto » comprende una « direttiva quadro » (n. 21/02) e altre quattro direttive di settore concernenti le autorizzazioni (n. 20/02), l'accesso alle reti (n. 19/02), il servizio universale (n. 22/02) e il trattamento dei dati personali (58/02); una decisione « relativa a un quadro normativo per la politica in materia di spettro radio nella Comunità Europea » (n. 676/02).

Come si inseriscono le considerazioni che precedono nella riforma della regolamentazione comunitaria delle telecomunicazioni?

La Direttiva che istituisce « un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica » (n. 21/02, la c.d. direttiva quadro) dedica alle radiofrequenze l'art. 9 rubricato come « gestione delle radiofrequenze per i servizi di comunicazione elettronica »:

« 1. Gli stati membri provvedono alla gestione efficiente delle radiofrequenze per i servizi di comunicazione elettronica nel loro territorio ai sensi dell'art. 8. Essi garantiscono che la allocazione e l'assegnazione di tali radiofrequenze da parte delle autorità nazionali di regolamentazione siano fondate su criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati.

2. Gli stati membri promuovono l'armonizzazione dell'uso delle radiofrequenze nel territorio delle Comunità Europee in modo coerente con l'esigenza di garantirne un utilizzo effettivo ed efficiente e in conformità della decisione n. 676/2002/CE (decisione spettro radio).

3. Gli stati membri hanno la facoltà di prevedere che le imprese trasferiscano i diritti di uso delle radiofrequenze ad altre imprese.

4. Gli stati membri provvedono affinché l'intenzione di un'impresa di trasferire diritti di uso delle radiofrequenze venga notificata all'autorità nazionale di regolamentazione competente per l'assegnazione delle frequenze e che ogni trasferimento di tali diritti abbia luogo in conformità delle procedure stabilite dall'autorità nazionale di regolamentazione e sia reso pubblico. Le autorità nazionali di regolamentazione assicurano che la concorrenza non venga falsata in conseguenza di tali operazioni. Qualora l'utilizzazione delle radiofrequenze sia stata armonizzata mediante l'applicazione della decisione n. 676/2001/CE (decisione spettro radio) o di altri provvedimenti comunitari, i trasferimenti suddetti non devono dar luogo ad un cambiamento dell'utilizzazione di tali radiofrequenze ».

La ratio della disposizione è esplicitata nel 19° considerando, secondo cui « le radiofrequenze sono una risorsa essenziale per i servizi di comunicazione elettronica via radio e, nella misura in cui sono utilizzate per tali servizi, esse dovrebbero essere ripartite ed assegnate dalle autorità nazionali di regolamentazione in funzione di una serie di obiettivi e principi armonizzati che ne disciplinano l'azione, nonché secondo criteri trasparenti, non discriminatori ed obiettivi che tengano conto degli interessi democratici, sociali, linguistici e culturali connessi con l'uso della frequenza. È importante che la ripartizione e l'assegnazione delle radiofrequenze siano gestite nel modo più efficiente possibile. Il trasferimento delle radiofrequenze può costituire un mezzo efficace per conseguire un'utilizzazione più efficiente dello spettro radio, sempreché siano previste adeguate garanzie a tutela del pubblico interesse, e particolarmente la trasparenza di tali trasferimenti e la vigilanza da parte dell'autorità di regolamentazione ».

Ai fini che qui interessano sono tre i punti che meritano di essere evidenziati:

- Il duplice richiamo all'utilizzo « efficiente » delle risorse spettrali;

- La possibilità di creazione di un « mercato secondario » delle frequenze;
- Il controllo dell'Autorità di regolazione sulle cessioni di frequenze con l'espresso limite della non modificabilità della loro utilizzazione.

Il primo e l'ultimo punto fanno sorgere dubbi sulla rispettiva compatibilità. La nozione di « efficienza » assume numerosi significati, sia tecnici che economici: in una prospettiva di convergenza ci si può chiedere se sia appropriato limitare *a priori* il mutamento all'uso delle frequenze in considerazione della crescente loro polifunzionalità ovvero della adattabilità dei messaggi alla trasmissione di taluni contenuti su frequenze anche diverse fra di loro. Se ne tratterà in conclusione.

Il secondo punto ripropone la questione della natura delle radiofrequenze: l'art. 9 della direttiva quadro parla di « diritti di uso », termine generico che non ne consente la qualificazione in un contesto dominicale e sembra alludere assai più ad un sistema di « *property rights* » di *common law*.

17. LA DECISIONE SULLO SPETTRO RADIO.

Quali le ragioni che hanno indotto la Comunità ad intervenire, per la prima volta ed in maniera così ampia, nella regolazione delle radiofrequenze?

Si coglie nella relazione introduttiva alla proposta di decisione e nei considerando della decisione stessa (n. 676/02) un esplicito riferimento alle procedure utilizzate per il rilascio delle licenze UMTS, assai diverse da paese a paese: gratuite, sulla base dell'assunzione di alcuni oneri di servizio, in taluni paesi; soggette a contributo fisso in taluni altri; onerose con un importo determinato attraverso sistemi d'asta.

La varietà di soluzioni adottate, pur nel rispetto formale della Decisione n. 128/99 del 14 dicembre 1998 sull'introduzione dei sistemi di telefonia mobile di « terza generazione », è oggetto di valutazione critica in una comunicazione (141/2001 del 20 marzo 2001) della Commissione al Consiglio e agli altri organismi comunitari. Constatando che non si è raggiunto un sufficiente livello di armonizzazione idoneo a garantire la certezza delle regole sulle quali i licenziatari potranno basare le proprie strategie commerciali si conclude che « le distorsioni ormai palesi all'interno del mercato unico europeo delle telecomunicazioni mobili richiedono un intervento a livello comunitario ».

Tale intervento consiste nel fascio di nuove direttive e nel nuovo quadro « per disciplinare il regime delle radiofrequenze ».

Così esplicitato l'intendimento comunitario è possibile prospettare una lettura in chiave prevalentemente gius-economica: all'incirca quindici anni fa la Comunità si è mossa per abbattere i

monopoli statali nel settore delle telecomunicazioni. Aperti i mercati nazionali nei quali competono ora, ad armi sostanzialmente pari, imprese pubbliche e imprese private, l'obiettivo è quello di creare un mercato europeo delle telecomunicazioni. L'esigenza è particolarmente sentita nel settore della telefonia mobile nel quale maggiore è stata la crescita (ed i profitti) e nella quale i servizi transnazionali vengono ostacolati dalle diversità di regime nazionale.

Da questo punto di vista è evidente che la varietà di criteri di rilascio delle licenze (soprattutto sotto l'aspetto della maggiore o minore onerosità) costituisce una oggettiva barriera all'accesso, la quale può anche avere effetti protezionistici.

Ciò appare incompatibile con il principio della libertà di stabilimento rendendo problematica o fortemente influenzata da fattori casuali la pianificazione di espansione pan-europea delle imprese di telecomunicazioni.

D'altro canto, realisticamente, è facile avvedersi che non è mai sopito (ed è particolarmente vistoso nei settori di altri servizi quali quelli finanziari ed assicurativi) l'antagonismo fra Comunità e Stati membri, con questi ultimi che resistono all'espansionismo comunitario. In questo scontro tutto politico si comprende bene che taluni Stati abbiano voluto utilizzare l'occasione del rilascio delle licenze di telefonia mobile di terza generazione per aumentare — anche notevolmente — il gettito delle casse pubbliche. Spetta agli esperti valutare se dietro procedure all'apparenza di mercato (tipicamente, l'asta) non vi sia stato in realtà un prelievo para-fiscale.

Dal punto di vista istituzionale la decisione — assai più riduttiva rispetto alla versione originaria — si limita alla costituzione di un comitato per lo spettro radio con compiti di consulenza nei confronti della Commissione, nei quali tuttavia è facile cogliere le avvisaglie di un significativo attivismo non solo nell'ambito comunitario ma anche in quello, importantissimo, degli organismi internazionali (in particolare la CEPT e l'UIT).

Va osservato che nel, pur lungo, testo della decisione la definizione dello « spettro radio » è solo tecnica (« *le onde radioelettriche di frequenza compresa tra 9 kHz e 300 Ghz. Le onde radioelettriche sono onde elettromagnetiche che si propagano nello spazio senza guida artificiale* ») senza che se ne possano trarre elementi idonei a qualificarlo giuridicamente.

Apparentemente la decisione sullo spettro radio è particolarmente aperta ai nuovi problemi posti dalla convergenza fra tlc, radiotelevisione ed altri settori. I suoi « considerando » richiamano espressamente l'utilizzo delle radiofrequenze nei settori delle comunicazioni elettroniche, i trasporti, la ricerca e lo sviluppo (n. 2). Ancor più significativamente si afferma che « *la politica in materia di spettro radio della Comunità dovrebbe contribuire alla libertà di espressione che comprende la libertà di opinione e la li-*

bertà di ottenere e trasmettere informazioni e idee senza distinzione di frontiere nonché la libertà dei mezzi di comunicazione di massa e il loro pluralismo».

Un concetto che, ampliato, ritorna nel considerando n. 7: «*La politica in materia di spettro radio non può fondarsi esclusivamente su parametri tecnici ma deve tener conto anche di considerazioni economiche, politiche, culturali, sanitarie e sociali. La sempre maggiore domanda di fornitura limitata di radiofrequenze disponibili porterà a pressioni contrapposte per conciliare le esigenze dei vari gruppi di utenti e bilanciarne le esigenze rispettive».*

Tali aperture vanno tuttavia misurate con la previsione dell'art. 1, comma 4, che fa salve le misure comunitarie e statali volte a perseguire obiettivi di interesse generale nelle regolamentazioni dei contenuti e della politica audiovisiva e con quelle della direttiva quadro che impediscono la modificazione d'uso delle radiofrequenze.

18. RADIOFREQUENZE E NUOVO SISTEMA DELLE AUTORIZZAZIONI.

Un ulteriore elemento di rilievo è dato da un'altra delle Direttive nel nuovo «pacchetto», la n. 20/02 sulle «autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazioni elettronica». L'elemento caratteristico della nuova Direttiva è quella di superare in gran parte il precedente sistema delle «licenze» (atti dell'amministrazione soggetti a procedure di verifica, controllo e selezione), per arrivare ad un sistema di «autorizzazioni» ove l'accoglimento della richiesta si basa in generale su un criterio di silenzio-assenso.

Il nuovo testo incide sulla materia qui trattata perché l'operatore di telecomunicazioni spesso ha bisogno di radiofrequenze per l'esercizio della sua attività.

Di qui una molteplicità di richiami: al 12° considerando si richiede che «la procedura di assegnazione delle frequenze radio dovrebbe essere obiettiva, trasparente, non discriminatoria o proporzionata».

Al 13° considerando si precisa che all'atto del rilascio «gli Stati membri possono verificare se il richiedente sarà in grado di rispettare le condizioni connesse» con la concessione di diritti d'uso su una frequenza.

Al 22° considerando si riafferma che «qualora la richiesta di frequenze radio in una determinata gamma superi l'offerta, è necessario applicare procedure adeguate e trasparenti per l'assegnazione di tali frequenze al fine di evitare ogni discriminazione e ottimizzare l'uso di queste risorse limitate».

Al 32° considerando si afferma che «possono essere riscossi anche contributi per i diritti d'uso delle frequenze radio o dei numeri quale strumento per garantire l'impiego ottimale di tali risorse».

Per quanto attiene alle modalità di pagamento esse non devono portare « in pratica a una selezione sulla base di criteri estranei all'obiettivo di garantire l'uso ottimale delle frequenze radio ».

A tali considerando corrispondono precise disposizioni dell'articolo ed in particolare agli artt. 5, 6, 7 e 8.

L'art. 5 prevede che

- di norma le condizioni d'uso delle frequenze siano incluse nella autorizzazione generale, a meno che non vi sia un significativo pericolo di interferenze dannose;
- gli Stati debbono precisare se i diritti d'uso sulle frequenze sono trasferibili e a quali condizioni;
- il rilascio delle autorizzazioni dovrebbe avvenire entro 6 settimane.

L'art. 6 rinvia ad un allegato B che precisa le condizioni che possono essere annesse alla concessione di diritto d'uso sulle frequenze e cioè:

- la designazione del servizio o del tipo di rete o tecnologia per il quale sono stati concessi i diritti d'uso, ivi compreso l'uso esclusivo di una frequenza per la trasmissione di contenuti specifici o di servizi audiovisivi specifici;
- gli eventuali requisiti di copertura;
- le condizioni tecniche ed operative per evitare interferenze dannose e limitare i campi elettromagnetici;
- la durata massima;
- la possibilità di trasferire i diritti d'uso e relative condizioni;
- i contributi;
- gli impegni assunti dall'impresa nell'ambito di una procedura di gara;
- gli obblighi derivanti da accordi internazionali;

L'art. 7 stabilisce le procedure per l'assegnazione di frequenze radio, in particolare qualora esse siano limitate.

L'art. 8 riguarda l'uso armonizzato delle frequenze radio nei diversi Stati membri, prevedendo una procedura di mutuo riconoscimento.

19. I PROBLEMI POSTI DAL « PACCHETTO » TLC.

Le nuove disposizioni comunitarie non risolvono il dubbio in ordine alla qualificazione giuridica delle radiofrequenze. Ma forse, si potrebbe obiettare, si tratta di questione che ciascun ordinamento nazionale risolverà conformemente alle proprie tradizioni. E tuttavia non sfuggono, con riguardo al nostro Paese, le diverse conseguenze di un approccio « realista » (le frequenze come beni assegnati ad un soggetto e da questi utilizzati) ed un approccio tipicamente amministrativo in cui l'attività del privato (nello specifico la irradiazione di segnali nell'etere) deve conformarsi a prescrizioni tecniche (le specifiche radiofrequenze) dettate dalla p.a..

Ma se si vuole che il processo di convergenza nel nostro Paese riceva davvero impulso dal nuovo quadro normativo appaiono importanti alcune considerazioni:

- La distinzione fra utilizzo delle radiofrequenze per telecomunicazioni e per radiodiffusione non solo non appare giustificata razionalmente ma è fonte di significative distorsioni.

- La distinzione può esserci fra utilizzi economici e utilizzi non economici, ma i primi devono essere assoggettati ad un regime equivalente sulla base del principio di parità di trattamento.

- È indispensabile porre fine alla vera e propria giungla delle forme di « appropriazione » delle radiofrequenze (di fatto, precarie, con concessione, con licenza) che nel settore radiotelevisivo assurge spesso a palese — e sbandierata — illegalità. Tale situazione peraltro evidenzia, *de facto*, una situazione di « possesso » privato sulle radiofrequenze indifferente alle prescrizioni di legge e a procedere esecutive.

- I criteri di assegnazione delle frequenze possono anche variare (articolandosi in una pluralità di soluzioni: corrispettivo monetario, oneri di servizio, gratuità) ma in ogni caso deve essere assicurata la trasparenza e la non discriminazione nelle procedure.

- Nella prospettiva della evoluzione dei mercati la limitazione agli usi consentiti delle radiofrequenze crea una artificiale separazione fra attività di tlc e quella di *broadcasting* creando rendite di posizione e barriere all'accesso ai diversi mercati.

- Soprattutto nel caso in cui l'impresa abbia pagato — o paghi — un corrispettivo per l'uso delle radiofrequenze non appare economicamente efficiente restringere gli usi che essa intenda farne e che possono dipendere anche dall'evoluzione dei mercati e della tecnologia.

- La creazione di un mercato secondario delle radiofrequenze non può — allo stato — ignorare la circostanza che praticamente tutte sono state concesse su base gratuita e che dunque una significativa quota delle plusvalenze private dovrebbe essere prelevata per scopi di interesse pubblico (riduzione delle interferenze e dell'impatto ambientale, ricerca scientifica, finanziamento di servizi aggiuntivi, ecc.).

Le due letture portano dunque, all'atto pratico, a conclusioni assai diverse fra di loro: molto problematica la prima per la incidenza sul sistema dei beni pubblici, più piana la seconda, posta nell'alveo del generale sistema comunitario di regolazione delle telecomunicazioni.

Tuttavia, se si entra nel merito della decisione sullo spettro radio, ci si avvede che anche la soluzione concettualmente più tranquillizzante suscita diverse perplessità.

In primo luogo si deve osservare che non viene in alcun modo fornita una nozione giuridica di radiofrequenza. Il che è forse inevitabile considerando la varietà dei sistemi giuridici degli Stati membri. E tuttavia il silenzio non aiuta ad optare per una delle

due interpretazioni ed evidenzia solo l'intenzione della Comunità di espandersi anche nella regolazione delle radiofrequenze.

In secondo luogo la proposta, pur partendo da una esigenza di efficiente allocazione dello spettro, non offre alcuna indicazione al riguardo. Valgono a tal proposito le osservazioni già svolte in ordine alla « scarsità » delle risorse: la disponibilità di frequenze dipende da una molteplicità di fattori tecnici, orogeografici, economici, demografici. Dipende anche dall'esistenza di strutture trasmissive alternative al *wireless*.

È pur vero che le scelte che verranno adottate lo saranno dopo consultazioni con il « Comitato per lo spettro radio », tuttavia risulta inevitabile che ai singoli Stati membri venga lasciata una ampia discrezionalità, sicché in ogni caso l'intento appare quello di attribuire alla Comunità il controllo di decisioni che poi dovranno essere prese in sede statale.

20. CONCLUSIONI.

L'analisi fin qui svolta induce ad alcune riflessioni conclusive, alcune di merito, altre di metodo.

a) Il prepotente sviluppo delle telecomunicazioni pone al giurista italiano — ma in realtà a tutti i giuristi europei — numerosi problemi. Quello delle radiofrequenze impinge sulla concezione e la prassi delle risorse pubbliche e della loro regolamentazione. Mette in luce la concorrenza ed il conflitto fra esigenze di efficienza economica, politiche *lato sensu* fiscali (di prelievo), governo delle attività produttive.

b) Le radiofrequenze, proprio perché toccano un settore « ricco », mettono a nudo la difficoltà di trovare soluzioni coerenti e generali. La diversità di regolamentazione per quelle utilizzate dalla radiotelevisione e da quelle per le telecomunicazioni, facilmente spiegabile in termini di evoluzione storico-politica, evidenzia come siano interessi preminenti, ed esterni, che danno la loro impronta al sistema, e ad essi il giurista è costretto a piegarsi.

c) La tradizionale teoria dei beni pubblici, costruita attorno ad un mondo, ed ad una economia, di « cose », possedute, prodotte, scambiate, si trova a mal partito quando le entità sono impalpabili, sì da dubitare della loro esistenza nel mondo fisico. Si verifica una crisi non dissimile da quella che attraversa la teoria dei beni privati messa a confrontarsi con il materiale genetico, le biotecnologie, le idee ed il loro rilievo giuridico.

d) La correlazione fra diritto ed economia si rende intellettualmente e metodologicamente acuta. Riesce difficile per il giurista cogliere la portata del proprio intervento senza conoscerne la dimensione economica. E tuttavia non gli serve vestire i panni dell'economista perché quella scienza è tanto — se non più — opinabile e, quanto il diritto, riflette le ideologie dominanti nel tempo.