

EUGENIO PICOZZA
FRANCESCO CARDARELLI

LA POLITICA DELLE TELECOMUNICAZIONI: PROFILI AMMINISTRATIVI

Sommario:

1. La riserva a favore dello Stato dei servizi e delle infrastrutture di telecomunicazioni come conseguenza di presupposti metagiuridici nella legislazione interna: i corollari del principio. Il superamento di tale impostazione per effetto del progresso tecnologico. — 2. I principi del quadro normativo del settore delle telecomunicazioni direttamente desumibili dal Trattato CEE. Il conferimento di diritti speciali ed esclusivi. — 3. Il problema della compatibilità dei principi della cd. « Costituzione economica » con il diritto comunitario (in particolare gli artt. 41 e 43 Cost.). — 4. La politica delle telecomunicazioni attraverso le direttive comunitarie: le direttive di liberalizzazione. — 4.1 La direttiva 90/388/CEE e la disciplina di recepimento. — 4.2 Le modificazioni alla direttiva 90/388/CEE: il nuovo sistema competitivo delle telecomunicazioni. — 5. Segue: le direttive di armonizzazione. Cenni.

I. LA RISERVA A FAVORE DELLO STATO DEI SERVIZI E DELLE INFRASTRUTTURE DI TELECOMUNICAZIONI COME CONSEGUENZA DI PRESUPPOSTI METAGIURIDICI NELLA LEGISLAZIONE INTERNA: I COROLLARI DEL PRINCIPIO. IL SUPERAMENTO DI TALE IMPOSTAZIONE PER EFFETTO DEL PROGRESSO TECNOLOGICO.

Come è noto nel settore delle telecomunicazioni si è tradizionalmente operato sulla base di un convincimento economico secondo il quale le tlc costituiscono un monopolio naturale, a causa degli alti costi di investimento necessari al fine della realizzazione delle infrastrutture nonché in relazione alla notevole incidenza delle economie di scala. Assieme a tale presupposto economico (sul quale peraltro non sembra che ci sia stata in passato, ma soprattutto oggi, una generale concordia) si è sempre ritenuto che altri

* Il testo riproduce, con l'aggiunta di riferimenti bibliografici, la relazione tenuta al Convegno « Il diritto delle telecomunicazioni » tenutosi i giorni 20 e 21 settembre 1996 ad Alghero, organizzato dall'Università di Sassari e dal Centro

di iniziativa giuridica Piero Calamandrei nell'ambito della ricerca CNR « Il diritto delle telecomunicazioni ». Il paragrafo 3 è opera di **EUGENIO PICOZZA**, i restanti di **FRANCESCO CARDARELLI**.

fattori politico-sociali giustificassero il mantenimento di una riserva statale delle infrastrutture e dei servizi di tlc.

Un primo motivo è consistito nel ritenere tradizionalmente lo Stato come il primo e più importante utente dei servizi di telecomunicazione, sia per disporre di rapidi collegamenti con l'interno e con i paesi stranieri, sia per garantire servizi ausiliari delle funzioni di polizia e militari, sia per prevenire l'utilizzazione di tali strumenti in modo distorto, per finalità sovversive o comunque contrastanti con l'ordine pubblico. Inoltre, con l'assunzione della titolarità dei servizi di tlc, lo Stato si è fatto carico della necessità di rendere accessibili a tutti i cittadini l'uso di strumenti di comunicazione, assecondando esigenze di sviluppo di categorie sociali, assicurando la prestazione dell'attività in quelle località isolate e decentrate in cui le imprese private non avrebbero convenienza a svolgere il servizio stesso.

In secondo luogo una importanza preponderante assumono motivi di ordine economico. Come è noto la condizione di monopolio esige tecniche di controllo particolarmente penetranti al fine di evitare possibili effetti negativi nella gestione dei servizi: da un lato è necessario limitare la libertà del monopolista nella fissazione del prezzo di vendita, in quanto questo tenderebbe a superare la soglia di quello che sarebbe stabilito in regime di concorrenza, così escludendo dal mercato una fascia di consumi; dall'altro la mancanza di imprenditori operanti nel medesimo settore potrebbe comportare una sorta di rilassatezza da parte del monopolista, che può sempre contare su ampi margini di profitto agendo sul prezzo di vendita, e non sui costi di produzione, trascurando le necessarie innovazioni nelle tecniche produttive. In tale contesto la riserva a favore di un unico soggetto appare addirittura necessaria, essendo la sola in grado di consentire di raggiungere all'organismo incaricato della gestione quelle dimensioni strutturali che garantiscono l'espletamento del servizio in modo uniforme su tutto il territorio.

Ne deriva che una gestione di monopolio, necessaria per le dimensioni del servizio da effettuare, deve essere sottoposta a meccanismi di programmazione e di controllo, realizzabili in modo perspicuo da organismi che non agiscano sul piano esclusivamente privatistico: essi riguardano tanto una politica tariffaria, quanto opere di ricerca, di adeguamento degli impianti, di collegamento tra attività manifatturiera di produzione delle attrezzature e attività di gestione del servizio vero e proprio, tali da richiedere la costante presenza dello Stato.

Tali premesse sono state costantemente richiamate come i presupposti metagiuridici necessari al fine di legittimare un sistema di riserva a favore dello Stato dell'intero plesso delle attività infrastrutturali e gestionali delle tlc: e poiché l'assetto normativo del nostro paese in materia, almeno nei principi cardine, risale addirittura al 1936 (anno di promulgazione del primo codice po-

stale e delle telecomunicazioni), e si è perpetuato in gran parte attraverso il vigente D.P.R. n. 156 del 1973, che rappresenta la versione attuale del codice postale, si coglie agevolmente la circostanza che le premesse politico-sociali di piena legittimazione della riserva siano passate indenni attraverso circa un secolo di storia, ed abbiano trovato una loro giuridificazione nel dettato costituzionale, in particolare negli artt. 41 e 43 Cost.

In particolare l'intero sistema delle tlc, secondo l'inadeguato complesso normativo italiano, risulta essere fondato sul principio della esclusività dei servizi (a tale proposito l'incipit del D.P.R. 156/73 appare perentorio), corollario del quale sono (o meglio, in gran parte, sono stati):

— il principio di pubblica utilità degli impianti (sancito dall'art. 231 del codice postale);

— il principio della obbligatorietà della prestazione del servizio;

— il principio della uniformità delle tariffe;

— il principio della tutela pubblica del servizio;

— il principio della limitazione di responsabilità (successivamente circoscritto da una nutrita serie di decisioni della Corte Costituzionale);

— e soprattutto, per gli aspetti che più interessano in questa sede, il principio della concessione amministrativa come provvedimento necessario al fine dell'installazione ed esercizio degli impianti di tlc (art. 5, 183, 186 e ss. del codice postale).

Lo sviluppo delle nuove tecnologie ha tuttavia profondamente modificato il panorama descritto. In particolare i mezzi di trattamento e di elaborazione dell'informazione congiunti alle nuove tecnologie della comunicazione possono garantire la possibilità di utilizzazioni multiple ed in contemporanea, nonché la prestazione di servizi di tipo innovativo. Il senso profondo di questo cambiamento è stato colto in pieno dalla Comunità europea, che ha funzionato come vero e proprio elemento trainante della progressiva trasformazione del settore, indirizzando in modo conforme ai principi di libertà economica ispiratori delle norme fondamentali gli interventi mirati alla liberalizzazione dei servizi e delle infrastrutture nonché alla armonizzazione delle condizioni di erogazione all'utenza dei servizi medesimi.

Due questioni si sono poste con particolare urgenza: l'una concerne l'ammissibilità, ovvero il grado di ammissibilità, dell'accesso di imprese private ad attività di tlc come prestatori di servizi anche in concorrenza con quelli erogati in regime di monopolio; l'altra riguarda la diversificazione della produzione di apparati terminali e di prodotti finiti necessari alla prestazione di servizi di telecomunicazioni, derogando alle esclusive accordate in tale settore alle industrie nazionali. L'evoluzione tecnologica comporta inevitabilmente un'apertura del mercato: tanto le ragioni di ordine tecnico (superate dalla facile circolazione di brevetti industriali e dalla po-

litica delle grandi multinazionali), quanto quelle di natura economica e sociale (nella quasi totalità dei paesi europei le reti di tlc sono in grado di coprire le esigenze primarie di comunicazione della totalità della popolazione), quanto ancora quelle di tipo economico (il progressivo superamento delle tradizionali partizioni tra mercati contigui ma distinti), che hanno giustificato l'esclusività dell'intervento pubblico nel settore, hanno perso gran parte della loro ragion d'essere. L'interesse si è pertanto spostato sul complesso dei principi e delle norme giuridiche che hanno fino ad oggi regolato il difficile equilibrio tra la gestione pubblica e le tendenze di liberalizzazione del mercato, tra incentivazione allo sviluppo e regolamentazione della concorrenza. Se l'informazione e la comunicazione sono espressioni di un generale principio di libertà (ed è compito di ogni singolo Stato garantire le condizioni di uguale e paritario accesso dei cittadini ai mezzi di telecomunicazione destinati al pubblico), la difesa di tale principio nell'attuale quadro tecnologico, o piuttosto, la soddisfazione degli interessi degli individui nell'ambito di una notevole varietà e flessibilità di scelta offerta dalle nuove tecnologie, è difficilmente compatibile con la sopravvivenza di regimi di monopolio tanto estesi.

In altri termini, il sistema della libertà di impresa e quello di libertà di concorrenza definito dalle regole comunitarie, ed applicato ai servizi di tlc, è, probabilmente, il miglior regime possibile per assicurare un accesso più libero all'informazione. Le libertà economiche, cui è in gran parte ispirato il nocciolo «duro» delle disposizioni del Trattato istitutivo, diventano quindi la condizione della effettiva espressione di una libertà politica.

2. I PRINCIPI DEL QUADRO NORMATIVO DEL SETTORE DELLE TELECOMUNICAZIONI DIRETTAMENTE DESUMIBILI DAL TRATTATO CEE. IL CONFERIMENTO DI DIRITTI SPECIALI ED ESCLUSIVI.

Sotto il profilo strettamente giuridico ciò ha comportato un significativo spostamento dell'angolo visuale dei principi ispiratori del sistema delle tlc.

Negli ultimi anni si è delineata la tendenza, in sede comunitaria, a definire il quadro di riferimento giuridico per la disciplina delle telecomunicazioni attraverso l'applicazione di norme direttamente derivanti dal trattato istitutivo, che hanno giustificato, sorretto e legittimato gli interventi in materia, sia del Consiglio che della Commissione. In particolare si tratta delle disposizioni contenute negli artt. 59 e ss., concernenti la libertà di prestazione di servizi all'interno della Comunità: degli artt. 30 e ss. che trovano applicazione principalmente alla produzione, omologazione e vendita degli apparati di telecomunicazione, ivi comprese le apparecchiature terminali; degli artt. 85 e 86 che definiscono le regole comunitarie di concorrenza; dell'art. 90, che costituisce il fondamento

giuridico sul quale la Commissione ha fondato l'emanazione delle direttive di liberalizzazione del settore.

Il primo aspetto da considerare, ai fini dell'applicabilità del gruppo di disposizioni testè richiamato, al settore delle telecomunicazioni, è rappresentato dalla riconducibilità delle attività in esame alla nozione (ed alla conseguente disciplina nonché, ovviamente, alle sue eccezioni) di « servizio » offerta dal Trattato.

Sotto un primo profilo non pare che possano esistere dubbi, circa la natura di servizio, nel senso voluto dalle disposizioni comunitarie, sia della predisposizione di una rete di trasmissione di informazioni a distanza, sia di prestazioni più sofisticate che implicano un trattamento dell'informazione stessa. La Corte di Giustizia della Comunità Europea ha fissato una precisa linea di demarcazione tra la disciplina delle merci (art. 30 del Trattato) e quella dei servizi (artt. 59 e 60), proprio in relazione alle trasmissioni televisive (causa 155/73, Sacchi, del 20 aprile 1974, in *Raccolta*, 1974, pagg. 409 e ss.), sostenendo che in assenza di esplicita previsione contraria contenuta nel Trattato, un segnale televisivo, in ragione della sua particolare natura, può essere considerato come prestazione di un servizio; e potendo essere considerata la trasmissione televisiva una specie del più ampio genere di servizi di telecomunicazioni (ai soli fini della classificazione del genere, poiché la disciplina comunitaria di specie si è evoluta, almeno sino ai nostri giorni, escludendo dal regime giuridico delle tlc quello della radiodiffusione) la decisione della Corte può ben essere estesa fino a comprendere tutte le attività che riguardano la trasmissione di informazioni a distanza. È facile intuire in questo senso che il regime più liberale possibile in ambito europeo coincida con il minimo comun denominatore delle disposizioni comunitarie, tali da costringere gli Stati membri, per lo più in possesso di una struttura organizzativa di gestione la cui riserva era legislativamente garantita, ad aprire il loro mercato dei servizi. Significativa a tale proposito è la collocazione dei « servizi di telecomunicazione » nell'Allegato IA della direttiva 92/50/CEE, in materia di appalti pubblici di servizi (ad esclusione di quelli di telefonia vocale, di telex, di radiotelefonica, di radioavviso senza trasmissione di parola, nonché i servizi di trasmissione via satellite, in quanto all'epoca non ancora oggetto della successiva liberalizzazione): si desume con certezza che si tratta quindi di « prestazioni normalmente fornite dietro retribuzione », non regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci (che tuttavia riguarda le apparecchiature terminali di tlc), dei capitali e delle persone, e che comprende attività di carattere industriale (arg. ex art. 60 del Trattato).

Se da un lato la riconduzione dei servizi di telecomunicazione alla disciplina comunitaria non appare in discussione, dall'altro notevoli resistenze sono state poste alla politica liberalizzatrice voluta dagli organi comunitari, da alcuni Stati membri (fra cui l'Ita-

lia), in ragione delle possibili deroghe che il medesimo Trattato istitutivo prevede in relazione alla disciplina dei servizi.

Una prima obiezione alla libera prestazione dei servizi in ambito comunitario può essere sollevata in ordine al combinato disposto degli artt. 55 e 66 del Trattato di Roma, circa l'esclusione delle disposizioni in esso contenute per la regolamentazione dei servizi, quando si tratti di attività che nello Stato membro partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri. Tuttavia l'eccezione può essere facilmente respinta sulla base di alcune considerazioni: sotto un primo profilo la giurisprudenza della Corte di giustizia ha più volte precisato la portata eccezionale della disposizione che richiede pertanto una interpretazione restrittiva, in modo da limitarne la portata a quanto strettamente necessario per tutelare gli interessi che essa consente agli stati membri di proteggere (cfr. causa 2/74, *Reyners*, del 21 giugno 1974, in *Raccolta*, 1974, pagg. 631 e ss.; causa 147/86, Commissione c. Rep. ellenica, del 15 marzo 1988, in *Raccolta*, 1988, pagg. 1637 e ss., causa 306/89, Commissione c. Rep. ellenica, del 10 dicembre 1991, in *Raccolta*, 1991, pagg. 5863 e ss.); per altro verso la Corte di Giustizia non ha elaborato una interpretazione sufficientemente precisa della nozione di « pubblico potere », preferendo affidarsi ad una valutazione caso per caso della ricorrenza degli elementi che ne giustifichino l'applicazione (cfr. causa 2/74, *Reyners*, cit.); ed ancora la tendenza in atto in numerosi paesi europei (prima fra tutti la Gran Bretagna) e sostanzialmente imposta, dagli interventi della Commissione, volta a separare le funzioni regolamentari da quelle più propriamente operative negli enti che si occupano di telecomunicazioni, può efficacemente contribuire alla chiarificazione della esatta portata, nel settore in esame, dell'eccezione prevista nell'art. 55 del Trattato.

Una seconda questione può porsi in relazione alla generale clausola di « pubblico interesse », di mera creazione giurisprudenziale, che si aggiunge a quelle previste dall'art. 56 del Trattato, tale da giustificare delle restrizioni imposte dai singoli Stati membri ai (potenziali) fornitori di servizi. Tuttavia occorre specificare che il ricorso della Corte di Giustizia alla nozione di pubblico interesse appare fortemente circoscritta: sotto il profilo della sua rilevanza esso deve essere obiettivamente giustificato da ragioni di natura non economica; sotto il profilo dell'applicabilità esso deve essere non discriminatorio per persone o imprese e non deve essere eccessivamente vessatorio in relazione allo scopo che si intende perseguire.

Ne consegue che la nozione di pubblico interesse non economico elaborata dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee (causa 33/74, del 3 dicembre 1974, *Van Binsbergen*, in *Raccolta*, 1974, pagg. 1299 e ss.; causa 39/75, *Coennen*, del 26 novembre 1975, in *Raccolta*, 1975, pagg. 1547 e ss.; causa 52/79, *Debauve*, del 18 marzo 1980, in *Raccolta*, 1980, pagg. 833 e ss.), possa trovare applicazione, in *subiecta materia*, solo in ordine alla predisposi-

zione di una rete di telecomunicazioni estesa su tutto il territorio nazionale, alla fornitura del cd. servizio universale, alla protezione del diritto alla riservatezza degli utenti.

Un terzo e più importante aspetto riguarda la corretta applicazione al settore dell'art. 90 del Trattato. Come è noto la disposizione in esame prevede che:

« 1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 7 e da 85 a 94 inclusi.

2. Le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità.

3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni. ».

Il legislatore comunitario, nel dettare la disciplina, non ha voluto affrontare il problema definitorio della nozione di impresa pubblica o impresa alla quale lo Stato riconosce diritti speciali o esclusivi, così come, per il caso previsto nel paragrafo 2, di impresa incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale, lasciando quindi il compito di concretamente definire l'ambito applicativo della disposizione ai singoli diritti nazionali e, soprattutto, all'opera uniformatrice della giurisprudenza della Corte di Giustizia CEE.

In ordine ai profili che in questa sede interessano possono essere succintamente riepilogate le linee di tendenza interpretative della disposizione:

a) per ciò che concerne la nozione di impresa pubblica la dottrina (v. per tutti L.M. PAIS ANTUNES, *L'article 90 du Traité CEE*, in *Rev. trim. dr. europ.*, 1992, 2, pagg. 187 e ss.) appare concorde nell'affermare che l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia sia particolarmente ampia, tanto da metterne in crisi la stessa distinzione rispetto all'impresa titolare di diritti speciali o esclusivi. Infatti la Corte ha affermato più volte che l'ambito di applicazione dell'art. 90.1 concerne le imprese per le quali attività gli Stati membri devono assumere una responsabilità particolare in forza dell'influenza che essi possono esercitare sulle medesime (causa 188-190/80, del 6 luglio 1982, in *Raccolta*, 1982, pag. 2545). La nozione accolta non è quindi di stretta osservanza giuridica, ma solo di tipo funzionale, attraverso la maggior enfasi conferita all'esercizio di attività economiche di carattere indu-

striale o commerciale consistenti nell'offerta di beni e servizi sul mercato, essendo « ... irrilevante che lo Stato svolga dette attività economiche mediante una entità distinta sulla quale può esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante » (causa 118/85, 16 giugno 1987, in *Raccolta*, pagg. 2599 e ss.). Il medesimo indirizzo interpretativo appare peraltro pienamente accolto dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale che, con sentenza n. 466 del 28 dicembre 1993, ai fini dell'affermazione della legittimità del controllo operato dalla Corte dei Conti sulle imprese « privatizzate » per effetto della Legge 8 agosto 1992 n. 359, ha affermato che « si può anche ricordare come la stessa dicotomia tra ente pubblico e società di diritto privato si sia andata, di recente, tanto in sede normativa che giurisprudenziale, sempre più stemperando: e questo in relazione, da un lato, all'impiego crescente dello strumento della società per azioni per il perseguimento di finalità di interesse pubblico (v. ad es., Legge 5 marzo 1982 n. 63; Legge 19 dicembre 1983 n. 700; Legge 22 dicembre 1984 n. 887, art. 18, nono comma; Legge 8 giugno 1990 n. 142, art. 22); dall'altro, agli indirizzi emersi in sede di normazione comunitaria, favorevoli all'adozione di una nozione sostanziale di impresa pubblica (art. 2 Direttiva 80/723/CEE, in tema di trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche; art. 1 Direttiva 90/531/CEE, in tema di procedure di appalto degli enti erogatori di servizi) ».

b) In ordine alla nozione di diritti speciali o esclusivi di cui l'impresa è titolare occorre affermare che la dottrina ha spesso invocato la fattispecie della concessione di servizi pubblici come esempio tipico della previsione normativa contenuta nell'art. 90.1, di fatto riducendo l'endiadi della specialità e della esclusività dei diritti al solo significato del secondo dei due termini. In realtà, come dimostrato dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia (cfr. sentenza del 19 marzo 1991, causa 202/88, in *Raccolta*, 1991, pagg. 1223 e ss., nonché sentenza 17 novembre 1992, cause 271, 281 e 289/90, in *Foro it.*, 1993, IV, pagg. 53 e ss., entrambe sulle stesse questioni di diritto, proprio in materia di tlc), sebbene si possa ritenere che comunque l'origine di tali diritti vada rinvenuta nell'esercizio di un potere pubblico rispetto all'attività di imprese determinate, la duplice indicazione del legislatore comunitario conserva un valore discriminante: infatti, in assenza di una esplicita determinazione, da parte dell'atto di diritto derivato, del tipo di diritti speciali cui ci si riferisce, nonché del motivo per il quale l'esistenza di tali diritti sia contrastante con le norme del Trattato, la Corte non ha potuto che provvedere all'abrogazione delle norme delle Direttive 88/301 e 90/388, entrambe della Commissione, la prima sulla liberalizzazione del mercato dei terminali, la seconda sulla liberalizzazione del mercato dei servizi di telecomunicazioni, concernenti i diritti speciali attribuiti dal legislatore nazionale all'impresa (« la direttiva

CEE 90/388 del 28 giugno 1990, adottata dalla Commissione ai sensi dell'art. 90 n. 3 del Trattato CEE, là dove essa impone agli Stati membri di assicurare l'abolizione dei diritti esclusivi o speciali per la fornitura di servizi di tlc diversi dalla telefonia vocale è illegittima perché dal testo complessivo della direttiva non è possibile ricavare l'ambito dei diritti speciali ed esclusivi cui si rivolge la direttiva medesima, né è possibile verificare le ragioni per cui l'esistenza dei predetti diritti speciali contrasterebbe con le disposizioni del Trattato CEE», cause 271/90, 281/90 e 289/90, del 17 novembre 1992, massima a cura della *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, pagg. 476 ss.).

Sotto tale profilo ne consegue che la interpretazione del testo dell'art. 90.1 si arricchisce di un nuovo elemento (la necessità di distinzione tra diritti esclusivi e speciali, peraltro non compiutamente svolto in termini giurisprudenziali) che riduce a due le possibili opzioni praticabili:

- da un lato, partendo dalla considerazione che la dizione dell'art. 90 sia tale da comprendere, nel modo più ampio possibile, l'insieme delle imprese che si trovino in posizione di dipendenza (non di controllo, né di funzionalizzazione dell'attività, che altrimenti si verserebbe in tema di impresa pubblica) da pubblici poteri, si può sostenere che la distinzione tra diritti speciali ed esclusivi sia solo di tipo quantitativo. In altri termini il contenuto del diritto, le facoltà esercitabili in forza di esso dalle imprese, sarebbero identici: varierebbe solamente il numero dei beneficiari di tale posizione, dal momento che solo nel caso di diritti esclusivi lo Stato escluderebbe la possibilità di accordare gli stessi diritti ad altre imprese, ciò che invece sarebbe possibile, sia pure nei confronti di soggetti determinati, nel caso di diritti speciali;

— dall'altro potrebbe osservarsi che se si accettasse la sostanziale identità del contenuto dei diritti, a fronte di una diversa valenza applicativa dei medesimi, la Corte non avrebbe potuto, come ha fatto nelle decisioni sopra richiamate, abrogare le norme sui diritti speciali lasciando impregiudicate quelle sui diritti esclusivi (senza peraltro, di fatto, alterare in concreto il contenuto dell'intera disposizione). Ne consegue che la distinzione tra le due categorie vada inquadrata sotto il profilo qualitativo: in particolare essa potrebbe risiedere (avuto riguardo all'interpretazione teleologica della disposizione, che concerne essenzialmente la disciplina della concorrenza) nella diversità tra le ipotesi distorsive sul mercato derivanti dal riconoscimento di un monopolio legale, ed il caso in cui posizioni di privilegio siano attribuite a più imprese contemporaneamente (attraverso l'attribuzione di diritti a contenuto analogo, ma di minore forza espansiva, di quelli esclusivi); in tale seconda fattispecie sarebbe comunque ipotizzabile un rapporto di concorrenza tra le imprese dotate di diritti speciali, per cui il riconoscimento dei medesimi non sarebbe *ex se* contrastante con i principi del Trattato, ma

andrebbe più accuratamente valutato in relazione al mercato del prodotto/servizio, alle barriere di ingresso, all'esistenza di altri potenziali concorrenti.

Occorre comunque precisare che, proprio a seguito della citata vicenda processuale, la direttiva 90/388/CEE (ed anche la direttiva 88/301/CEE relativa alla concorrenza sui mercati dei terminali di telecomunicazioni) è stata successivamente modificata dalla direttiva 94/46/CE della Commissione del 13 ottobre 1994, in materia di comunicazioni via satellite, la quale fornisce una definizione sufficientemente precisa della nozione di diritti speciali: sono infatti tali (art. 2) quelli « concessi da uno stato membro ad un numero limitato di imprese, mediante ogni atto legislativo, regolamentare o amministrativo che, all'interno di una determinata area geografica,

— limita a due o più il numero di dette imprese, autorizzate a fornire un servizio o ad effettuare un'attività, non conformandosi a criteri di obiettività, proporzionalità e non discriminazione, o

— designa, non conformandosi a tali criteri, numerose imprese in concorrenza, autorizzandole a fornire un servizio o ad effettuare un'attività o

— conferisce a ciascuna impresa, non conformandosi a tali criteri, vantaggi legali o regolamentari che influiscono sostanzialmente sulla capacità di qualsiasi altra impresa di fornire lo stesso servizio di telecomunicazioni o di effettuare la stessa attività nella stessa area geografica in condizioni sostanzialmente equivalenti ».

Se ne ricava che il legislatore comunitario abbia rinvenuto non tanto nell'esercizio concreto del diritto, quanto nelle modalità del suo conferimento (e quindi nella conformazione dell'attività sulla base di criteri non obiettivi, non proporzionali e discriminatori) il momento qualificante il diritto speciale rispetto a quello esclusivo, essendo implicito che un elemento di differenziazione debba rinvenirsi nella presenza di almeno due imprese nella medesima localizzazione geografica.

Va inoltre rammentato che anche la Direttiva 93/38/CEE, in materia di appalti nei cd. settori speciali — fra cui rientra a pieno titolo quello delle tlc — contiene una esplicita previsione in materia nell'art. 2, terzo comma («... sono diritti che risultano da una autorizzazione conferita da un'autorità competente dello Stato membro interessato mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa avente l'effetto di riservare a uno o più enti l'esercizio di una attività definita al paragrafo 2»), la quale è accompagnata da una particolare presunzione, che tuttavia non consente un riconoscimento « implicito » del conferimento di tali diritti: infatti un ente aggiudicatore fruisce di diritti speciali o esclusivi (sempre tuttavia conferiti attraverso un provvedimento legislativo, regolamentare o amministrativo), in particolare quando possa avvalersi di specifici poteri di derivazione pubblicistica nella installazione delle reti (espropriazione,

imposizione di servitù, utilizzo del suolo o sottosuolo), ovvero quando, trattandosi di enti che operano nel settore dell'acqua potabile, dell'elettricità, del gas o dell'energia termica, essi approvigionino una rete a sua volta gestita da altro ente diretto beneficiario di diritti speciali o esclusivi conferiti da una autorità competente dello Stato membro interessato.

c) Per ciò che concerne la rilevanza della nozione di impresa incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale essa è stata interpretata nel senso che si debbano ricomprendervi tutte le attività di interesse economico generale gestite da un soggetto pubblico o privato, al quale l'esercizio di tale specifica missione sia stato affidato da un apposito atto del potere pubblico. Anche in tal caso si dà rilievo (come nella circostanza della impresa pubblica) alla funzionalizzazione dell'attività, e non alla natura pubblica o privata dell'impresa: poiché tuttavia la disposizione ha carattere eccezionale rispetto ai principi generali del Trattato, occorre che la sua applicazione sia frutto di interpretazione restrittiva (causa 127/73, 21 marzo 1974, in *Raccolta*, pag. 313). Va rammentato che a tale disposizione appare inoltre palesemente ispirata la norma di cui all'art. 8, secondo comma, della Legge 287 del 1990 in materia di tutela della concorrenza e del mercato che recita testualmente: «le disposizioni di cui ai precedenti articoli non si applicano alle imprese che, per disposizione di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati». Tuttavia la disciplina interna è stata interpretata dalla dottrina in senso estensivo rispetto alla disposizione di diretta derivazione comunitaria. In ordine alla portata della deroga la disposizione nazionale sembra essere decisamente più liberale di quella comunitaria. Infatti, premesso che ci si riferisce a monopoli legali, i quali operano in vista di determinati scopi di interesse pubblico che giustificano e richiedono la riserva di attività normativamente predeterminata, la deroga prevista dall'art. 8, secondo comma, può trovare applicazione tutte le volte che ci si trovi di fronte a «quanto strettamente connesso ai compiti affidati» all'impresa: in altri termini a tutto ciò che risulta effettivamente indispensabile e necessario affinché il monopolista possa validamente operare non sulla base di criteri imprenditoriali, ma in vista di pubblico interesse.

Di un caso di applicazione della disposizione al settore delle tlc si è occupato anche il giudice nazionale (Corte di Appello di Milano, 18 luglio 1995, caso Telsystem, in *Foro it.*, 1996, 275 ss.) in una decisione che faceva seguito a due ordinanze con le quali si accoglieva prima e si respingeva poi la richiesta di provvedimenti di urgenza atti a far cessare l'effetto dannoso di comportamenti integranti l'abuso di posizione dominante da parte del gestore pubblico di tlc. Nella decisione, per il punto che rileva, il

giudice di appello ha ritenuto che nella fattispecie (si trattava di applicare la disciplina, all'epoca non ancora recepita dal legislatore italiano, della direttiva 90/388/CEE in materia di servizi di telefonia vocale per gruppi chiusi di utente) la concessionaria del servizio pubblico non agisse per l'adempimento degli specifici compiti ad essa affidati in regime di monopolio, perché — alla luce della disciplina comunitaria — la missione specifica affidata agli organismi di tlc consiste « nell'installazione e nella gestione di una rete universale, vale a dire di una rete avente un'estensione geografica generale fornita, su richiesta ed entro un limite di tempo ragionevole, ad ogni prestatore di servizi o utente », ma non può essere estesa al servizio di telefonia vocale per gruppi chiusi di utente, come è confermato dalla prevista liberalizzazione del servizio: « di conseguenza la disciplina della legge 287/90 deve trovare applicazione alla fattispecie, anche con riferimento all'azione esperibile davanti al giudice ordinario per il risarcimento dei danni ».

Dall'incidenza dei principi comunitari (e dall'applicazione delle direttive in tema di liberalizzazione del mercato delle tlc) discendono almeno due importanti corollari, l'uno sostanziale, l'altro rilevante sotto un profilo procedimentale:

— la liberalizzazione dei servizi di telecomunicazioni impone il pieno rispetto, in un settore tradizionalmente sottratto alle regole di concorrenza, dei principi sanciti dagli artt. 85 e 86 del trattato istitutivo dell'Unione europea i quali stabiliscono rispettivamente che: *a*) sono vietati tutti gli accordi tra imprese e tutte le pratiche concordate che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune (art. 85); *b*) è vietato lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di esso (art. 86);

— la cognizione e l'eventuale repressione di comportamenti rientranti nelle fattispecie individuate dagli artt. 85 e 86 del Trattato spetta, per effetto della liberalizzazione dei servizi e della contemporanea istituzione dell'apposita autorità di garanzia anti-trust ex legge 287/90, proprio all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Va infatti rammentato da un lato che diventa inoperante, in una simile materia, la deroga prevista dall'art. 8 della legge richiamata (che sottrae alle regole di competizione le imprese operanti in posizione di monopolio legale), dall'altro che il legislatore nazionale si è chiaramente ispirato alle norme del Trattato, operando per lo più una traduzione delle medesime, nella individuazione dei casi di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante (artt. 2 e 3 della legge 287/90). A tale proposito giova richiamare le Linee direttrici sull'applicazione delle regole di concorrenza della CEE nel settore delle telecomunicazioni (91/C233/02) che hanno seguito l'emanazione della direttiva 90/388 e che sono state richiamate dalla stessa

Autorità garante della concorrenza e del mercato quale base normativa per l'adozione di una propria decisione nella materia di cui trattasi (A.G.C.M., decisione del 4 marzo 1992, SIP c./ 3C Communications, in questa *Rivista*, 1993, pagg. 1132 ss.). Esse mirano a rendere noti i principi generali giuridici ed economici, nonché a qualificare singole fattispecie sintomatiche della violazione di norme che tutelano la concorrenza, che sono stati e sono tuttora seguiti dalla Commissione nell'applicazione delle regole contenute negli artt. 85 e 86 del Trattato di Roma alle imprese del settore delle telecomunicazioni: sebbene, giova precisare, esse non siano di per sé costitutive di diritti e lascino comunque impregiudicata l'applicazione delle medesime regole da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee e ad opera delle singole autorità nazionali.

La sistematica analisi dei principi comunitari autorizza una prima conclusione, e cioè che la sopravvivenza, almeno nella latitudine disegnata dal legislatore nazionale, del monopolio di telecomunicazioni (prodotti terminali, rete e servizi) fosse già messa in crisi dall'esistenza di principi direttamente desumibili dal trattato istitutivo della Comunità, e che la sola mancanza di provvedimenti normativi appositi giustificasse la pratica della concentrazione di tutte la attività in materia in capo a più società a partecipazione pubblica e controllate dalla medesima finanziaria. In questa direzione le direttive comunitarie emanate a partire dal 1988 con le quali si è concretizzata la politica di apertura alla concorrenza dell'intero settore, non costituiscono altro che modalità applicative, peraltro suscettibili di progressiva e dinamica revisione, di criteri generali già noti. Ed appare altresì significativo che tutti i provvedimenti adottati con esplicito richiamo alla concorrenza (cioè tutte le direttive di liberalizzazione dei mercati dei servizi e dei terminali) contemplino il medesimo fondamento giuridico (art. 90 n. 3 del Trattato) che attribuisce un potere di intervento diretto della Commissione per la repressione delle situazioni incompatibili con il principio del libero mercato, nonché di precisare il contenuto degli obblighi che derivano direttamente dal trattato (nella specie l'art. 59) attraverso l'uso di un potere la cui estensione dipende dalla portata delle regole di cui si tratta di assicurare il rispetto (cfr. sentenze in causa 202/88 e 271/90, cit.)

3. IL PROBLEMA DELLA COMPATIBILITÀ DEI PRINCIPI DELLA CD. « COSTITUZIONE ECONOMICA » CON IL DIRITTO COMUNITARIO (IN PARTICOLARE GLI ARTT. 41 E 43 COST.).

La progressiva affermazione dei principi direttamente desumibili dal Trattato, in questo come in altri settori di grande rilevanza economica, suggerisce all'interprete una duplice prospet-

tiva: da un lato, sul piano dogmatico, il settore delle telecomunicazioni propone in termini paradigmatici il problema della compatibilità della cd. Costituzione economica rispetto all'immanenza dell'impiantito normativo comunitario, in particolare a seguito del Trattato di Maastricht, che si può schematicamente tradurre nella opzione tra esigenze di riforma dei cardini costituzionali del rapporto tra libertà di impresa ed intervento pubblico nell'economia, ovvero interpretazione evolutiva (secondo criteri che la dottrina definisce di circolarità tra diritto comunitario e diritto interno) degli artt. 41 e 43 Cost.; dall'altro, in termini certamente più chiari in ordine al rapporto tra le diverse fonti di produzione delle norme, ma anche in modo più penetrante in relazione agli obblighi imposti al legislatore interno, si delinea la necessità di individuare quali scelte si rendano necessarie per consentire la creazione legislativa del mercato di riferimento.

In ordine al primo profilo richiamato, pur non essendo possibile un'analisi sistematica del problema, né la ricerca di soluzioni che, allo stato attuale della dottrina appaiono quasi sempre condizionate da presupposti o addirittura preconcetti ideologici, appare sufficiente ricordare alcuni principali punti fermi:

a) da un lato la giurisprudenza della Corte di Giustizia, sostanzialmente condivisa dalla Corte Costituzionale italiana, secondo cui il principio del primato del diritto comunitario comporta la potenziale recessività anche delle norme costituzionali (cfr. sentenza 399/87), con il limite peraltro del rispetto dei « principi fondamentali » (cfr. sentenze n. 232/89 e 1146/88), di cui in concreto la Corte medesima si attribuisce l'accertamento, caso per caso;

b) dall'altro, la rivendicazione della sovranità nazionale e del controllo in concreto della compatibilità di ogni autolimitazione della sovranità, proclamata con linguaggio molto esplicito, del Tribunale Costituzionale federale tedesco con la notissima sentenza 12 ottobre 1993 (in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, I, pagg. 173 ss.).

Tuttavia in quest'ultima, se da un lato si conclude nel senso che « la Germania è uno dei signori del Trattato che hanno fondato il loro vincolo sul Trattato dell'Unione, concluso con la volontà di partecipazione a lunga scadenza per una durata indeterminata (e peraltro tale partecipazione tuttavia potrebbe essere da ultimo revocata con un atto contrario) », dall'altro riconosce esplicitamente che « le competenze e le attribuzioni disposte a favore dell'Unione e della Comunità ad essa appartenenti restano sostanzialmente attività di una comunità economica, nella misura in cui esse vengono esercitate tramite l'assunzione di diritti sovrani ».

Di conseguenza anche per lo Stato che interpreta forse nel modo più restrittivo e critico, allo stato attuale, gli obblighi derivanti dalla volontaria partecipazione all'Unione europea, le limitazioni di sovranità nazionali nel campo della disciplina dei rap-

porti economici, derivanti dal Trattato di Maastricht, sono un fatto acquisito.

Ne deriva che l'art. 41, commi 2 e 3, nonché l'art. 43 della Costituzione (cioè il fulcro della cosiddetta « costituzione economica ») debbono essere oggetto di analisi critica e, probabilmente, si pone in modo oggettivo la necessità di un loro sostanziale adattamento al Trattato dell'Unione europea.

Innanzitutto ciò riguarda il riconoscimento, implicito, ma non troppo, di un'iniziativa economica pubblica sullo stesso piano di quella privata. È noto infatti che la giurisprudenza della Corte di Giustizia CEE non ha visto affatto di buon occhio, fin dai tempi lontani, l'attività delle imprese pubbliche; al punto che non riconosce ad esse, automaticamente, la qualifica di società, ai sensi e per gli effetti dell'art. 58 del Trattato, in quanto troppo spesso la loro strategia finisce per essere condizionata da fattori extraimprenditoriali, normalmente fattori politici e burocratici.

E, in tempi più recenti, sono state dettate precise regole comunitarie sull'obbligo della trasparenza nelle relazioni finanziarie tra Stato e le imprese pubbliche, le quali, soprattutto nei settori già esclusi dalla concorrenza, (acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni) sono state senz'altro considerate quali amministrazioni aggiudicatrici, cioè enti pubblici.

In secondo luogo non appartiene più al solo sindacato interno accertare se l'iniziativa economica privata si ponga effettivamente in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (cfr. sentenze della Corte di Giustizia CEE 4/62 e 54/62). Nella misura in cui, infatti, le cosiddette libertà economiche sono attribuite direttamente dal Trattato e tutelate quali veri e propri diritti soggettivi comunitari, di carattere fondamentale, l'accertamento della legittimità delle limitazioni contenute nello stesso Trattato (cfr. ad esempio art. 36) non appartiene più alla attribuzione esclusiva delle autorità dell'ordinamento interno, dovendo viceversa formare oggetto anche di accertamento ulteriore e definitivo da parte delle competenti autorità comunitarie.

In terzo luogo anche la ratio della programmazione (terzo comma dell'art. 41) è sottoposta ad un controllo comunitario: occorre infatti verificare in concreto se i « fini sociali » che le norme nazionali di programmazione si propongono di volta in volta di raggiungere siano compatibili con gli obiettivi del Trattato; soprattutto non creino forme di discriminazione o semplicemente di protezione indebita degli interessi economici nazionali, in violazione del principio del mercato unico comunitario, aperto ad una seria ed effettiva concorrenza tra le imprese e, in generale tra tutti gli operatori economici.

Per altro verso si pone il problema della compatibilità dell'intero art. 43 della Costituzione.

In particolare per quanto riguarda la tematica dei servizi pubblici essenziali, è già stato ricordato che l'art. 90.2 del Trattato sottopone alle regole della concorrenza anche le imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Tuttavia, lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione, alla cui Commissione spetta in ultima analisi, vigilare sulla corretta applicazione delle norme contenute nel medesimo art. 90.

Soprattutto per quanto riguarda i servizi pubblici cosiddetti a rete, che normalmente sono considerati essenziali, secondo le definizioni e le categorie dei singoli ordinamenti giuridici nazionali (acqua, trasporti, telecomunicazioni, reti di energia), la Corte di Giustizia e il legislatore comunitario hanno da tempo rivendicato il principio dell'accesso del terzo alla rete attraverso la quale si svolge il servizio pubblico considerato essenziale dal singolo Stato.

Più in generale, lo stesso art. 90.1 impegna gli Stati membri a non emanare e a non mantenere - nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali ed esclusivi - alcuna misura contraria alle norme del Trattato, specialmente quelle relative alla discriminazione a causa della nazionalità, o alle norme di concorrenza tra imprese (accordi, concentrazione, abuso di posizione dominante, aiuti di Stato incompatibili con il Trattato).

È noto, al riguardo, che l'orientamento della Corte di Giustizia, dapprima ispirato ad un cauto rispetto delle prerogative riconosciute agli Stati membri in materia di pubblici servizi ed in generale di concessioni, si è man mano trasformato, fino a riservarsi l'accertamento in concreto se la nuova concessione di diritti speciali ed esclusivi, ovvero il mantenimento delle concessioni esistenti, si ponga in posizione di compatibilità con gli obiettivi fondamentali del Trattato: in particolare la Corte ritiene le estensioni dei monopoli e in genere le assunzioni singolari di servizi da parte di centri di riferimento di interessi pubblici, nei singoli Stati, non possano mai essere giustificati dall'intento di eliminare la concorrenza (tale, ad esempio, è l'ipotesi di concessione per la fornitura di servizi di telecomunicazione agli organismi di telecomunicazioni pubblici, i quali sono così portati ad escludere i concorrenti dal mercato di tali servizi e comunque a restringere il loro accesso al mercato stesso: decisione 17 novembre 1992 271/90 e 281/90, cit.).

Così viene dichiarato incompatibile con il diritto comunitario il provvedimento (la concessione) mirante ad assicurare una posizione dominante, comportante di fatto e di diritto lo sfruttamento abusivo di essa posizione dominante (sentenza 19 dicembre 1991 in causa 179/90 *Merchi convenzionali porto di Genova S.p.A./Side-rurgica Gabrielli S.p.A.*, in *Raccolta*, 1991, pagg. 5889 ss.); e

più in generale, pur affermandosi in linea di principio che il diritto comunitario non osta all'attribuzione di un monopolio della televisione per considerazioni di interesse pubblico, di carattere extraeconomico, si vieta recisamente che le modalità di organizzazione e di esercizio di siffatto monopolio possano ledere le disposizioni del Trattato in materia di libera circolazione delle merci e dei servizi, come pure le norme a tutela della concorrenza (sentenza 18 giugno 1991 causa ERT/Dimotiko e Sotirios).

Alla luce delle precedenti considerazioni appare impensabile di raggiungere l'obiettivo della compatibilità del Trattato di Maastricht e Costituzione economica italiana, solo attraverso un'attività di interpretazione evolutiva degli artt. 41/43 della Costituzione medesima.

Come è noto (basta rileggere i lavori preparatori della Costituzione stessa), le disposizioni normative in essi contenute sono il frutto di formidabili sforzi di compromesso, del tutto condizionati all'epoca da propensioni ideologiche; ne sono quindi risultate norme fortemente antifibologiche, come è stato a suo tempo ben sottolineato da autorevole dottrina.

Tale sforzo può infatti essere coronato da un limitato successo, solo quando si tratti di ancorare una particolare normativa ad uno dei principi fondamentali della Costituzione economica medesima (ad esempio, come è avvenuto per la normativa nazionale antitrust fondata sull'art. 41, primo comma); ma non quando si tratti di dover fondare un disciplina sistematica, o anche semplicemente di adoperare concetti di rilevanza giuridica, che hanno significato ben diverso nella logica costituzionale o comunitaria (come, ad esempio, per il concetto di «mercato»).

4. LA POLITICA DELLE TELECOMUNICAZIONI ATTRAVERSO LE DIRETTIVE COMUNITARIE: LE DIRETTIVE DI LIBERALIZZAZIONE.

Passando viceversa a considerare una prospettiva di più immediata applicazione, occorre precisare che quella delle tlc non rappresenta, in termini sistematici, una vera e propria politica comunitaria, quanto piuttosto il crocevia tra diverse politiche (concorrenza, libera prestazione dei servizi, ricerca e sviluppo). L'obiettivo conclamato della politica comunitaria riguarda la completa liberalizzazione di tutto il settore delle tlc nell'ambito dell'Unione Europea per il 1° gennaio 1998 (v. Risoluzione del Consiglio del 22 luglio 1993, 93/C213/01, concernente la relazione sulla situazione nel settore dei servizi di tlc e sulla necessità di ulteriori sviluppi in tale mercato) e si è sviluppata, a partire dal 1988, secondo due linee parallele, con un diverso fondamento giuridico: da un lato viene perseguito l'intento della liberalizzazione del mercato (dei terminali, dei servizi ed infine delle infrastrutture) sulla base dell'art. 90 n. 3 del Trattato (direttive della Commis-

sione); dall'altro sono create delle condizioni armonizzate, ovviamente funzionali alla politica di apertura al mercato, comuni a tutti gli operatori di tlc in ambito comunitario, sulla base dell'art. 100A del Trattato (direttive del Consiglio). Appare quindi opportuno, ai fini della presente trattazione, ricondurre l'analisi della politica comunitaria e dei relativi problemi di recepimento, limitandoci agli aspetti di maggiore rilevanza pubblicistica, ai due filoni sopra schematicamente definiti.

4.1. LA DIRETTIVA 90/388 CEE E LA DISCIPLINA DI RECEPIMENTO.

In materia di servizi di telecomunicazioni il provvedimento sul quale si fonda l'assetto normativo comunitario è costituito dalla direttiva 90/388/CEE (successivamente rivista attraverso ben quattro modificazioni ed integrazioni), con la quale si è imposto ad ogni Stato membro di provvedere all'abolizione dei diritti speciali ed esclusivi per la fornitura dei servizi di telecomunicazione diversi dai servizi di telefonia vocale (ed al telex, radiotelefonia mobile, radioavviso nei cui confronti la direttiva medesima non trovava applicazione) e di adottare le misure atte a garantire ad ogni operatore economico il diritto di fornire detti servizi di telecomunicazione (art. 1). Inoltre gli Stati membri che subordinano la fornitura di tali servizi ad una procedura di autorizzazione (o di dichiarazione) provvedono a che le autorizzazioni siano rilasciate in base a criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori (art. 2). Parimenti improntate a criteri di massima trasparenza devono essere le condizioni in vigore per l'accesso alle reti qualora gli Stati membri decidano di mantenere diritti esclusivi (o speciali, vedi *sub* 2) per l'installazione e la gestione delle reti pubbliche; gli operatori che ne fanno domanda devono poter ottenere circuiti affittati entro un termine ragionevole, senza che l'uso di tali circuiti sia sottoposto a particolari restrizioni, salvo quelle definite come esigenze fondamentali (le esigenze fondamentali sono definite come i motivi di interesse generale, ma di natura non economica, che possono indurre uno Stato membro a limitare l'accesso alla rete pubblica di telecomunicazioni, quali la sicurezza di funzionamento della rete, il mantenimento della sua integrità, e nei casi in cui sono giustificate, l'interoperabilità dei servizi e la protezione dei dati, art. 4). Tuttavia era data facoltà (fino al 31 dicembre 1992) di vietare che su tali circuiti fosse effettuata la semplice rivendita di capacità, ossia una prestazione di servizi che richiedesse sia pur minime funzioni di commutazione.

Ai fini di una corretta interpretazione delle disposizioni contenute nella direttiva, occorre tuttavia richiamare le considerazioni preliminari ivi formulate (che costituiscono motivazioni del provvedimento al cui obbligo non sono sottratti gli atti normativi comunitari). Infatti la Commissione ha ritenuto che l'esercizio dei servizi

di telecomunicazione in forza di posizioni di monopolio legislativamente tutelate fosse incompatibile con la libera prestazione di servizi in ambito comunitario, e che non fossero invocabili, a parziale deroga del principio di libertà economica, eccezioni collegate all'esercizio di pubblici poteri o a motivi di ordine pubblico, o ancora al nocimento della salute pubblica. Le possibili restrizioni ammesse al principio di libera prestazione non possono neanche rinvenirsi nella necessità di tutela dei consumatori (dal momento che tale obiettivo può essere raggiunto anche in regime di concorrenza) o della proprietà intellettuale, ma solo nelle esigenze fondamentali, legate essenzialmente alla garanzia della integrità della rete, che devono essere ispirate a criteri di proporzionalità rispetto agli obiettivi perseguiti. Gli organismi di telecomunicazioni, cioè le imprese titolari di diritti esclusivi per la gestione della rete, sono invece in posizione dominante nel mercato di riferimento, che sconfinava nell'abuso previsto dall'art. 86 del Trattato qualora rafforzino tale posizione in forza di diritti speciali o esclusivi loro concessi che riguardano l'espletamento di servizi. In ordine alla deroga contemplata dall'art. 90.2, la specifica missione di cui tali organismi sono incaricati consiste unicamente nell'installazione e gestione di una rete universale (e quindi solo in relazione ad essa può ammettersi una restrizione alla prestazione di servizi in concorrenza): tuttavia non sfuggiva alla Commissione che l'equilibrio finanziario del gestore è garantito, attraverso il fenomeno della sovvenzione incrociata, dall'espletamento in monopolio del servizio di telefonia vocale, per cui l'apertura totale alla concorrenza nei servizi avrebbe potuto pregiudicare, indirettamente, la specifica missione affidata all'organismo di telecomunicazioni. Ne consegue che, accanto alla gestione dell'infrastruttura, sia ammissibile una riserva di servizi di base (la telefonia vocale appunto), ma a condizioni suscettibili di revisione tenuto conto dello sviluppo tecnologico e della evoluzione verso un'infrastruttura digitale.

Giova subito precisare che, allo stato, l'unica direttiva di liberalizzazione recepita dal legislatore nazionale è proprio la 90/388/CEE, nella sua originaria formulazione, attraverso il d.lgs. n. 105 del 17 marzo 1995 (la notevole lunghezza dei tempi di trasposizione è dovuta ad un intervento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che impedì la promulgazione di un decreto sostanzialmente irrispettoso delle prescrizioni comunitarie), seguito dal regolamento governativo approvato con D.P.R. 4 settembre 1995, n. 420. Nelle more è stato peraltro emanato il d.lgs. n. 55 dell'11.2.1997, di recepimento della direttiva comunitaria 94/46 (pubblicato in *G.U.* n. 60 del 13.3.1997).

La disciplina di recepimento ha definito sostanzialmente tre diverse modalità di erogazione dei servizi di tlc:

— quando siano utilizzati collegamenti commutati della rete pubblica è previsto un regime di mera dichiarazione al Ministero PT;

— quando siano utilizzati collegamenti diretti della rete pubblica l'offerta di servizi, anche da parte del gestore pubblico, deve essere sottoposta ad autorizzazione, basata su criteri oggettivi e non discriminatori, da parte del Ministero PT, entro 90 giorni dalla relativa richiesta;

— quando il servizio consista nella trasmissione dati ovvero nella semplice rivendita di capacità di traffico (che era sottratta fino al termine del 1992 alla liberalizzazione comunitaria), esso deve essere preventivamente autorizzato dal Ministero PT, sulla base di particolari condizioni prevista dall'art. 3, comma 4 del d.lgs.

Tutte le autorizzazioni sono onerose, dal momento che è previsto il versamento di un contributo al momento del rilascio e del rinnovo, a rimborso degli oneri sostenuti, nonché il versamento di un contributo annuo per le spese sostenute dal Ministero PT per verifiche e controlli tecnici ed amministrativi (art. 10). Viceversa poteri di sospensione e revoca dell'autorizzazione, nonché di divieto di svolgimento di servizi subordinati all'onere di dichiarazione sono previsti nell'art. 10 del regolamento di attuazione 420/95.

La disciplina dettata dalla direttiva 90/388 e recepita dal d.lgs. 103/95 ha comunque dato luogo ad alcuni problemi interpretativi (oltre che, come si è rammentato in precedenza, a dispute tra il gestore pubblico e privati operatori concernenti comportamenti integranti fattispecie di abuso di posizione dominante da parte di Telecom). In particolare la Commissione, con la propria comunicazione 95/C275/02 in GUCE 20.10.1995 ha ritenuto opportuno precisare la effettiva portata di alcune disposizioni di notevole impatto:

— in primo luogo è apparso determinante il criterio definitorio seguito per la corretta individuazione del servizio riservato (la telefonia vocale), che in termini comunitari deve essere fornito su base commerciale al pubblico ai fini del trasporto diretto e della commutazione della voce in tempo reale tra punti terminali della rete commutata. Il principio su cui si basa l'attività ermeneutica della Commissione è chiaro: poiché i servizi riservati rappresentano una eccezione al principio della concorrenza essi devono essere interpretati in senso restrittivo. Pertanto qualora vengano introdotti nuovi servizi e nuovi aspetti nella telefonia vocale allo scopo di soddisfare delle nuove esigenze, essi non dovrebbero essere classificati nell'ambito della riserva: un esempio fornito dalla Commissione riguarda i servizi mediante carta di chiamata che, dal punto di vista dell'utente, possono essere considerati diversi dalla telefonia vocale in senso stretto, ed anzi, l'incremento della domanda di servizi siffatti, anche in presenza di tariffe più elevate rispetto a quello di base, costituisce la prova dell'esistenza di un mercato separato da quello della telefonia vocale;

— in secondo luogo la Commissione ha richiamato l'attenzione sulla disposizione che vieta, tranne che in particolari casi giustifi-

cati, l'applicazione di qualsiasi restrizione tecnica al servizio. Tale richiamo è apparso giustificato in relazione alla circostanza che molti Stati membri impongono nell'ambito delle procedure di autorizzazione e dichiarazione una descrizione del servizio, spesso inutile, rendendo gravoso il procedimento amministrativo di ammissione al servizio (è questa, tra l'altro, una ricorrente critica al regime predisposto dal legislatore nazionale, che ha individuato ben otto diversi modelli di dichiarazione o richiesta di autorizzazione);

— ancora la Commissione ha adottato un criterio definitorio dei cd. gruppi chiusi di utenti più ampio di quanto non abbiano previsto i legislatori degli stati membri. Essi vengono definiti come gli organismi, non necessariamente legati tra loro da vincoli economici, ma che si possono considerare parte di un gruppo sulla base di un rapporto professionale prolungato nel tempo tra loro o con un organismo del gruppo e le cui esigenze interne di comunicazione derivano dall'interesse comune soggiacente al suddetto rapporto: in genere il legame che unisce i membri del gruppo è una attività economica comune (ad es. università che partecipano ad un progetto di ricerca comune, le biblioteche, i sistemi di prenotazione aerea). Alla luce di tali considerazioni la definizione contenuta nell'art. 2 del D.P.R. 420/95 appare decisamente restrittiva (è richiesto uno stabile interesse professionale comune ed esigenze interne direttamente connesse al predetto interesse);

— per altro verso, con specifico riguardo alla situazione italiana, la Commissione non ha mancato di rilevare (al di là del ritardo nel recepimento della direttiva) che resta in vigore l'art. 1 del codice postale del 1973 che precisa che « appartengono in esclusiva allo Stato... i servizi di tlc », sebbene la direttiva imponesse una sostanziale ed espressa modificazione del principio.

4.2. LE MODIFICAZIONI ALLA DIRETTIVA 90/388/CEE: IL NUOVO SISTEMA COMPETITIVO DELLE TELECOMUNICAZIONI.

La direttiva 90/388/CEE, come rammentato, ha subito con accelerazione improvvisa, notevoli modificazioni ed integrazioni nel corso degli ultimi due anni, attraverso:

— la direttiva 94/46/CE del 13 ottobre 1994 che mira ad estendere alle comunicazioni via satellite il campo di applicazione della liberalizzazione dei servizi (e che in particolare, come rammentato, si segnala per una nuova definizione dei diritti speciali);

— la direttiva 95/51/CE del 18 ottobre 1995 diretta alla eliminazione delle restrizioni riguardanti l'uso di reti televisive via cavo per la fornitura di servizi di tlc già liberalizzati, e che impone una sostanziale revisione del d.lgs. 22 febbraio 1991, n. 73 (rimasto peraltro inapplicato) il quale riserva allo Stato l'installazione delle reti ed impianti mono e pluricanale, obbliga i privati

a servirsi dei mezzi trasmissivi dei gestori pubblici (Telecom e Rai), salvo nel caso in cui, in ambito locale, non vi sia disponibilità di mezzi pubblici;

— la direttiva 96/2/CE del 16 gennaio 1996, che estende la liberalizzazione al settore delle comunicazioni mobili e personali, ed impone sostanzialmente un effettivo recepimento della specifica disciplina comunitaria (è già entrata in vigore) prima della eventuale indizione di un bando di gara per l'individuazione del terzo gestore della telefonia mobile su standard GSM;

— ed infine la direttiva 96/19/CE del 13 marzo 1996, che dispone la completa apertura alla concorrenza dei mercati delle tlc.

Non è possibile dare contezza in così breve spazio di tutte le implicazioni del nuovo assetto normativo delineato dagli interventi della Commissione: ci si limiterà quindi ad una individuazione degli aspetti di maggiore novità.

a) Il principio cardine del sistema è rappresentato dalla libertà di accesso dei nuovi concorrenti al mercato, con l'unica eccezione di obblighi di legge che possono giustificare restrizioni alle libertà fondamentali del Trattato. In altri termini gli stati membri possono introdurre solo procedure di autorizzazione e dichiarazione per i servizi di tlc, mentre possono stabilire requisiti sotto forma di regolamentazioni commerciali al fine di garantire in un contesto concorrenziale dei compiti specifici di servizio pubblico assegnati all'impresa interessata nel campo delle tlc e/o fornire un contributo al finanziamento del cd servizio universale.

b) Il concetto di servizio universale non viene pienamente definito nell'ambito della direttiva 96/19/CE, ma trova il suo fondamento in una Risoluzione del Consiglio del 7 febbraio 1994 ed in una Comunicazione della Commissione del 13 marzo 1996. Il servizio universale costituisce un complesso dinamico di servizi, suscettibile di possibili evoluzioni future in relazione al contesto tecnologico ed allo sviluppo delle esigenze dei consumatori. Ad oggi esso si identifica con l'obbligo di fornire l'accesso alla rete telefonica pubblica ed al servizio di telefonia vocale a prezzi ragionevoli a tutti gli utenti che ne facciano richiesta: esso dovrà essere reso agli utenti in un contesto pienamente competitivo (dovrà essere definito un meccanismo tariffario tale da consentirne il finanziamento), dovrà essere basato su principi di flessibilità tariffaria, dovrà essere promosso nelle regioni meno sviluppate dell'Unione.

c) Viene prefigurato un sistema di concessioni di autorizzazioni generali o licenze individuali per l'installazione e l'esercizio di infrastrutture di tlc. I principi essenziali (che segnano la fine dei meccanismi concessori, basati su elementi di discrezionalità troppo ampia rispetto al sistema concorrenziale comunitario) si rinvennero a tale proposito nel Libro verde sulle infrastrutture di tlc, ed in una apposita proposta di direttiva, e richiedono l'adozione di procedure aperte, trasparenti e non discriminatorie; la limitazione del numero delle licenze solo sulla base del rispetto

di requisiti essenziali o per esigenze di servizio pubblico; la previa indicazione dei criteri di selezione e delle condizioni collegate alla concessione della licenza; il coordinamento delle concessioni di licenze per reti transeuropee, mediante l'adozione di un cd. sportello unico.

d) Il principio della separazione contabile, che già era stato introdotto per gli operatori di tlc, viene esteso anche ai titolari delle cd. reti alternative (cioè gestori di servizi pubblici a rete diversi dalla tlc, che già potevano disporre di un proprio sistema e di infrastrutture di tlc, ma erano inibiti alla rivendita di traffico all'utenza privata, e che sono stati pienamente ammessi alla competizione a partire dal luglio 1996) titolari di diritti speciali o esclusivi in settori diversi da quello delle tlc, purché raggiungano un fatturato superiore ai 50 Mil di ecu nel nuovo mercato.

5. *SEGUE: LE DIRETTIVE DI ARMONIZZAZIONE. GENNI.*

Per ciò che concerne la politica di armonizzazione va richiamata la direttiva 90/387/CEE del Consiglio, adottata contemporaneamente al provvedimento di liberalizzazione dei servizi, che ha per oggetto la fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni (ONP, Open Network Provision) e che si propone l'obiettivo della creazione di un quadro strutturale, cioè procedurale ed organizzativo, per lo sviluppo di condizioni armonizzate in tutti gli Stati membri attraverso le quali sia consentito l'accesso alla rete: la direttiva è infatti stata seguita da successivi provvedimenti (fra i quali la direttiva 92/44/CEE del 5 giugno 1992 sull'applicazione dell'ONP alle linee affittate, e la direttiva 95/62/CE, concernente l'applicazione del principio di fornitura di rete aperta alla telefonia vocale) applicativi, ovvero preparatori di ulteriori direttive. Al di là delle singole previsioni contenute nell'atto (alcune delle quali hanno trovato immediata applicazione nella direttiva 90/388/CEE, come ad esempio la definizione delle esigenze fondamentali) giova sottolineare la stretta contiguità, non solo temporale, con la direttiva in materia di concorrenza. Appare evidente infatti che i provvedimenti, sia pure imputabili a diversi organi comunitari, siano predisposti per un fine strategico assolutamente unitario: non potrebbe avere efficacia sul piano pratico la definizione di condizioni armonizzate di accesso alla rete pubblica, se non si ammettesse che tale accesso è consentito non solo in qualità di utente delle prestazioni, ma, soprattutto, di prestatore di servizi in regime di libera concorrenza in ambito comunitario. Se sul piano logico l'assunto appare inconfutabile, sul piano giuridico esso non è privo di conseguenze: è infatti possibile concretamente interpretare l'esatta portata delle disposizioni di liberalizzazione (contenute nella direttiva 90/388/CEE), e cioè i margini entro i quali sia consentito

o meno riservare ad un unico (o a più) soggetto la fornitura di servizi di telecomunicazione, e quindi valutare se il diniego di accesso alla rete sia legittimo o meno, sulla base delle norme specificamente adottate, o anche in via di adozione, nel quadro delle iniziative ONP.

Al contrario della direttiva 90/388/CEE il provvedimento in materia di ONP è stato recepito relativamente presto dal legislatore nazionale, con d.lgs. 9 febbraio 1993, n. 55. Se da un lato può affermarsi che sul piano formale l'adeguamento alla direttiva si è verificato, sul piano sostanziale restano parecchie perplessità: dovute sia allo scarno articolato della fonte, sia alla disposizione che prevede esplicitamente il ricorso alla adozione di condizioni armonizzate attraverso appositi decreti ministeriali. La circostanza che l'unica direttiva ONP emanata (la 92/44/CEE sulle linee affittate) sia stata recepita con decreto legislativo (nelle premesse del quale non viene neanche fatto cenno al d.lgs.55/93), e non con il previsto decreto ministeriale, induce a ritenere che si tratti di un provvedimento quanto meno dotato di scarsa effettività.