

**GARANTE DELLA
CONCORRENZA
E DEL MERCATO**

10 GENNAIO 1995 N. 2662

PARTI: TELSISTEM

SIP-TELECOM ITALIA S.P.A.

Servizi di telecomunicazione • Gruppi chiusi di utenza • Disciplina comunitaria favorevole alla concorrenza • Direttiva non « trasposta » nell'ordinamento italiano • Scadenza dei termini per l'adeguamento alla normativa comunitaria • Continuazione della riserva statale del servizio • Norme della direttiva comunitaria sotto il profilo sostanziale « incondizionate e sufficientemente precise » • Efficacia orizzontale della Direttiva

Dalla riserva statale del servizio di telefonia per gruppi chiusi di utenza si evince il mancato adeguamento dell'ordinamento giuridico italiano alla disciplina comunitaria in materia di telecomunicazioni improntata in chiave liberista. L'art. 2 Diret-

tiva 90/388/CEE prevede l'abolizione di qualsiasi monopolio legale sui servizi di telecomunicazione diversi dalla telefonia vocale offerta su rete pubblica commutata, indicando altresì il termine finale entro cui i singoli Governi nazionali avrebbero dovuto darvi attuazione. Il ritardo « attuativo » perpetua una situazione di monopolio del concessionario pubblico contrastante con la normativa comunitaria, laddove si giunga anche a non consentire ad altri soggetti imprenditoriali di utilizzare le infrastrutture.

Gli effetti contingenti di tale riserva appaiono nella fattispecie più gravi, poiché lo stesso Governo nell'attuare le predisposizioni del decreto legislativo (peraltro incompiuta nei termini prescritti dalla legge delega già una volta) dà attuazione a tutti i principi di liberalizzazione del settore espressi dalla Direttiva.

L' Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella sua adunanza del 1 gennaio 1995;

Sentito il relatore Professor Franco Romani;

Vista la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

Visto il d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156, Testo Unico delle disposizioni legislative in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni (di seguito Codice Postale);

Vista la Convocazione tra il Ministero delle Poste e delle Telecomunicazioni e la SIP — Società Italiana per l'Esercizio delle Telecomunicazioni S.p.a., per la concessione dei servizi di telecomunicazioni nazionali ad uso pubblico, approvata con d.P.R. 13 agosto 1984, n. 523;

Visto il d.m. 8 settembre 1988, n. 484, Approvazione del regolamento di servizio per l'abbonamento telefonico (di seguito Regolamento di Servizio);

Visto il d.m. 6 aprile 1990, Approvazione del piano regolatore nazionale delle telecomunicazioni;

Vista la Direttiva della Commissione 90/388/CEE del 28 giugno 1990, relativa alla concorrenza nei mercati dei servizi di telecomunicazioni;

Vista la Direttiva del Consiglio 92/44/CEE del 5 giugno 1992, sull'applicazione della fornitura di una rete aperta, Open Network Provision — ONP, alle linee affittate, ed il d.lgs. 2 maggio 1994, n. 289, di attuazione della medesima Direttiva;

Vista la Comunicazione della Commissione Europea 91/C233/02 in materia di applicazione delle regole di concorrenza al settore delle telecomunicazioni (di seguito Linee Diretrici);

Vista la Direttiva della Commissione 94/46/CE del 13 ottobre 1994, relativa alla comunicazione via satellite;

Vista la denuncia della società Telsystem e la successiva documentazione integrativa;

Ritenuta la propria competenza;

Vista la propria delibera adottata in data 23 giugno 1994, con la quale è stata avviata l'istruttoria, ai sensi dell'art. 14, comma 1, della legge n. 287/1990, nei confronti della società SIP S.p.A. (ora Telecom Italia S.p.A.);

Vista la propria delibera adottata in data 13 settembre 1994, con cui si è disposta la proroga, al 12 gennaio 1995, del termine di conclusione del procedimento;

Vista la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

Considerando i seguenti elementi:

OGGETTO DEL PROCEDIMENTO.

1. LA DENUNCIA.

Con atto pervenuto in data 17 marzo 1994 e con successive integrazioni, la società Telsystem S.p.A. denunciava presunti comportamenti distorsivi della concorrenza posti in essere dalla società Telecom Italia S.p.A. (già SIP S.p.A.) nel mercato della fornitura di servizi di telefonia vocale per Gruppi Chiusi di Utenti (d'ora in poi GCU) su rete privata virtuale.

Secondo la parte denunciante, la società Telecom Italia S.p.A. avrebbe mancato di installare le linee urbane richieste in affitto da Telsystem S.p.A. per collegare i centralini telefonici delle sedi dei propri clienti con la propria infrastruttura di telecomunicazioni ed avrebbe indotto gli stessi clienti a desistere dall'avvalersi del servizio, asserendone l'illegittimità.

2. LE PARTI.

a) *La parte denunciante.* — La società Telsystem S.p.A. (di seguito Telsystem) è stata costituita nell'agosto del 1993, con l'obiettivo di fornire servizi di telefonia interna per le aziende.

Telsystem, fino ad ora, ha svolto un'attività di promozione, che ha condotto alla stipulazione di cinque contratti con terzi utenti per la fornitura dei propri servizi telefonici, ai quali, tuttavia, Telsystem non ha ancora dato esecuzione.

Il primo anno di esercizio di Telsystem si è chiuso nel giugno 1994 con una perdita di 320 milioni di lire, secondo quanto risulta dal verbale del Consiglio di Amministrazione della stessa società.

b) *La parte denunciata.* — La società Telecom Italia S.p.A. (d'ora in poi Telecom) è il risultante di un'operazione di fusione per incorporazione nella società SIP S.p.A. delle società Iritel, Italcable, Telespazio e SIRM, attraverso la quale Telecom è divenuta un operatore integrato di telecomunicazioni.

Telecom è controllata dalla STET S.p.A., attraverso una partecipazione pari a circa il 55% del capitale sociale, ed ha realizzato, con riferimento ai dati del 1993, un fatturato totale pari a 26.797 miliardi di lire.

In particolare, ai fini del presente provvedimento, occorre considerare che la Telecom, in virtù della convenzione stipulata tra SIP e Ministero delle Poste e delle Telecomunicazioni il 1° agosto 1984, ed approvata con d.P.R. 13 agosto 1984, n. 523 (di seguito la Convenzione), svolge, in esclusiva, l'attività di installazione ed esercizio di impianti di telecomunicazioni ad uso pubblico in ambito nazionale.

RISULTANZE ISTRUTTORIE.

3. PREMESSA.

Nel corso dell'istruttoria si è preceduto, attraverso apposite audizioni, ad ascoltare le parti ed a richiedere loro informazioni: in data 25 agosto 1994, per la società Telsystem, ed in data 30 settembre 1994 e 25 novembre 1994, per la Telecom. Inoltre, si è proceduto, attraverso singole audizioni, a richiedere informazioni: in data 11 ottobre 1994, all'Ispettorato Generale delle Telecomunicazioni, in qualità di organo del Ministero delle Poste e Telecomunicazioni competente in materia di fornitura di linee affittate; in data 29 luglio 1994, all'ANUIT — Associazione Nazionale Utenti di Telecomunicazioni — in qualità di associazione rappresentativa dei grandi utenti di servizi di telecomunicazioni; in data 17 ottobre 1994 e 18 ottobre 1994, rispettivamente alle Società Unisource Italia S.p.A. e BT Ltd, Italian Branch, nella loro qualità di operatori nei mercati dei servizi di telecomunicazioni; in data 13 ottobre 1994, alle società Storage Technology S.p.A. e McCann-Erickson S.p.A. ed in data 19 ottobre 1994, alla società Johnson & Higgins, in qualità di clienti della società denunciante.

Nel corso dell'istruttoria, le parti e gli altri soggetti sentiti in audizione hanno prodotto un'ampia documentazione avente ad oggetto informazioni di natura giuridica ed economica attinenti le questioni oggetto del procedimento. Sono state inoltre acquisite le ordinanze della Corte d'Appello di Milano del 27 settembre 1994 e del 4 novembre 1994 (Telsystem c. Telecom), che risultano attinenti ai fatti oggetto di accertamento.

4. I FATTI.

I fatti oggetto d'esame nel procedimento svolto sono costituiti dai rapporti che si sono sviluppati a partire dal mese di novembre del 1993 tra Telecom, Telsystem ed i clienti di quest'ultima.

In particolare, occorre esaminare il comportamento tenuto da Telecom in risposta alle richieste avanzate da Telsystem aventi ad oggetto l'affitto di linee atte a collegare: le sedi di Roma e di Milano della Telsystem: la sede Telsystem di Roma con le sedi di Roma dei clienti McCann e Storage; la sede Telsystem di Milano con le sedi degli stessi clienti nella medesima città.

Telecom, a seguito delle richieste sopra menzionate, ha fornito soltanto il collegamento tra le sedi Telsystem di Roma e di Milano, mentre non ha soddisfatto le altre richieste di affitto di linee ed ha comunicato a Telsystem, con lettere del 15 dicembre 1993 e del 9 febbraio 1994, che il servizio che

quest'ultima si proponeva di offrire era contrario alla normativa vigente, che la Direttiva 90/388/CEE non era ancora stata recepita e, infine, che non si intendeva procedere « ad alcuna offerta di apparati o impianti (occorre precisare che nella terminologia usualmente utilizzata da Telecom nella documentazione della stessa prodotta, si veda ad esempio la memoria difensiva del 25 novembre 1994, All. 1, pp. 4-5, il termine impianti viene usato come sinonimo di linea affittata) ». Successivamente Telecom, con lettera del 21 febbraio 1994, comunicava a Telsystem che avrebbe proceduto alla realizzazione dei collegamenti, ribadendo che il servizio comportava palesi violazioni del Codice Postale, delle quali sarebbero stati informati sia l'Ispettorato Generale delle Telecomunicazioni sia i clienti di Telsystem.

Telecom ha effettivamente comunicato con i clienti di Telsystem, McCann e Storage, sia attraverso l'invio di lettere, sia contattandoli per le vie brevi (cfr. verbali di audizione delle società McCann-Erickson e Storage Technology, del 13 ottobre 1994), prospettando loro che il servizio di Telsystem era contrario all'ordinamento vigente e che la stessa Telecom si sarebbe adoperata per informare di ciò l'Ispettorato Generale delle Telecomunicazioni. Risulta che i clienti McCann-Erickson e Storage Technology a seguito di questa azione di Telecom sono stati indotti a temere il coinvolgimento in un'attività illecita, almeno sotto il profilo amministrativo, e, pertanto, a rinunciare ai servizi di Telsystem. Gli stessi hanno a tale proposito precisato di essere tuttora intenzionati a fruire dei servizi di Telsystem, qualora siano fornite assicurazioni sulla piena liceità del servizio in questione.

In merito a quanto sopra, occorre chiarire che le richieste di affitto di linee presentate dalla società Telsystem risultano complete di tutti gli elementi. Per quanto riguarda, in particolare, la richiesta di affitto di linee relative agli uffici della società McCann-Erickson, si deve precisare che la Telsystem, in data 13 gennaio 1994, a seguito di una puntuale richiesta di Telecom, ha integrato la richiesta in questione con l'autorizzazione sottoscritta dalla medesima McCann-Erickson ad eseguire i necessari interventi presso i propri uffici. A questo proposito, Telsystem ha prodotto copia delle autorizzazioni firmate da McCann-Erickson ed ha dichiarato di averle trasmesse a Telecom con lettere raccomandate dell'11 gennaio 1994, in relazione alle quali sono state prodotte copie degli avvisi di ricevimento sottoscritti da Telecom in data 13 gennaio 1994. Peraltro, Telecom asserisce di non aver mai ricevuto le autorizzazioni in parola.

Risulta, inoltre, che Telecom, con una nota del 3 marzo 1994, ha informato l'Ispettorato generale delle Telecomunicazioni delle richieste presentate da Telsystem. L'Ispettorato, tuttavia, non ha fornito indicazioni a Telecom in merito alla fornitura dei collegamenti tra le sedi di Telsystem e quelle dei relativi clienti, in quanto era venuto a conoscenza del fatto che i clienti avevano rinunciato ad avvalersi dei servizi di Telsystem (audizione dell'11 ottobre 1994).

Infine, per quanto riguarda gli altri clienti, Telsystem, in data 27 ottobre 1994, ha richiesto a Telecom l'affitto di quattro collegamenti diretti urbani, senza che risulti essere seguita alcuna risposta.

5. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI.

a) *Le argomentazioni di Telsystem.* — Nella segnalazione, presentata all'Autorità in data 17 marzo 1994, ed in occasione dell'audizione del 25

agosto 1994, la società Telsystem ha dichiarato che i comportamenti messi in atto da Telecom hanno di fatto impedito l'avvio di ogni attività di fornitura dei servizi in oggetto da parte della stessa Telsystem. Tale impedimento non appare giustificato secondo la società denunciante, che si proponeva di offrire un servizio di telefonia in linea con quanto previsto dalla Direttiva 90/388/CEE sulla liberalizzazione del mercato dei servizi di telecomunicazioni.

L'esponente sostiene, inoltre, che il comportamento abusivo di Telecom non si è limitato al rifiuto di fornire i collegamenti richiesti, ma si è realizzato attraverso una persistente ed incisiva azione di dissuasione nei confronti dei clienti stessi di Telsystem, i quali sono stati indotti, dalle reiterate pressioni dirette ed indirette del gestore della rete pubblica, a richiedere a Telsystem la sospensione del contratto per la fornitura del servizio ed a ritirare la propria autorizzazione all'allaccio dei collegamenti urbani tra le proprie sedi e la rete di Telsystem.

Infine, nell'ambito della memoria inviata all'Autorità in data 25 novembre 1994, Telsystem lamenta che, ad un anno dalla prima richiesta di collegamenti presentata a Telecom, non è ancora stata messa in grado di intraprendere la propria attività, con conseguenze gravemente pregiudiziali sotto il profilo patrimoniale, che l'hanno ormai spinta verso la liquidazione.

b) *Le argomentazioni di Telecom.* — Telecom, nel corso delle audizioni svoltesi presso l'Autorità ed in apposite memorie, ha addotto ampie argomentazioni dirette a dimostrare, sia sotto il profilo dello svolgimento dei fatti, sia sotto il profilo giuridico, la piena liceità dei comportamenti tenuti nei confronti della società Telsystem e dei clienti di quest'ultima.

In particolare, sotto il profilo dello svolgimento dei fatti, Telecom afferma di non aver rifiutato né omesso di fornire i collegamenti telefonici richiesti dalla società Telsystem con le sedi dei clienti McCann e Storage. La mancata fornitura di tali collegamenti sarebbe dovuta alla circostanza che, come sopra anticipato, McCann-Erickson non avrebbe autorizzato Telecom ad effettuare i necessari interventi presso le proprie sedi, mentre Storage, pur avendo fornito in un primo momento questa autorizzazione, la ha successivamente revocata.

In ordine alla qualificazione giuridica dei fatti, Telecom afferma che, a livello nazionale, *il servizio che la società Telsystem si propone di offrire* è riservato, in base al Piano Regolatore Nazionale delle Telecomunicazioni (artt. 2 e 3), alla concessionaria pubblica e, inoltre, che l'offerta di tale servizio da parte di terzi, comportando una semplice rivendita di capacità di circuiti affittati, è vietata dagli artt. 295 e 296 del Codice Postale, nonché all'art. 18 del Regolamento di Servizio.

Quanto poi alle rilevanti disposizioni del diritto comunitario, Telecom sostiene che: le disposizioni della Direttiva 90/388/CEE, relative alla liberalizzazione di alcuni servizi di telecomunicazioni, non presentano i requisiti necessari per potere essere considerate direttamente applicabili nell'ordinamento italiano; inoltre, anche ritenendo direttamente applicabile, in tutto o in parte, la Direttiva in questione, la stessa non potrebbe essere opposta a Telecom in quanto soggetto di diritto privato, indipendente dal potere statale; infine, anche ove si volesse ritenere comunque direttamente applicabile la Direttiva 90/388/CEE, il servizio di Telsystem presenta tutti i requisiti contemplati dalla definizione di servizio di telefonia vocale ancora riservato.

Da ultimo, Telecom, appellandosi alla propria qualità di impresa incaricata di un servizio di interesse pubblico generale, richiama l'attenzione

sul grave squilibrio economico che la stessa verrebbe a subire a seguito dell'apertura alla concorrenza del servizio proposto da Telsystem ed, in tale ambito, invoca l'applicazione dell'art. 8, comma 2, della legge n. 287/1990, anche alla luce dei principi elaborati dalla Corte di giustizia CE, nella sentenza del 19 maggio 1993, *Paul Corbeau*.

6. I MERCATI RILEVANTI.

a) *Il servizio offerto da Telsystem.* — Telsystem intende offrire un servizio di telefonia per GCU su rete privata virtuale (con il termine rete privata virtuale si intende una rete di telecomunicazioni basata sull'uso di procedure informatiche che consentono di destinare una parte dell'infrastruttura di base all'uso esclusivo di un cliente) alle società che abbiano varie sedi o uffici distribuiti sul territorio nazionale. Tale servizio permette, attraverso un'apposita serie di procedure informatiche di collegamento o di sbarramento, le comunicazioni nell'ambito di un insieme limitato e predefinito di utenti.

Al fine di fornire servizi di telefonia per GCU, Telsystem ha realizzato un'infrastruttura di rete prendendo in affitto da Telecom un collegamento diretto numerico a 384 Kbit/sec tra le proprie sedi di Roma e di Milano e collegandolo a delle centraline di transito (nodi), che ha acquistato separatamente. Il servizio prevede che i centralini delle diverse sedi di ogni società cliente di Telsystem siano collegati tra loro mediante l'infrastruttura di quest'ultima. In particolare, il centralino della sede di Milano della società cliente viene collegata al nodo di Milano di Telsystem mediante una linea dedicata urbana, affittata dalla medesima Telsystem, e lo stesso vale per la sede di Roma della società.

Il servizio telefonico offerto tramite la suddetta infrastruttura presenta le seguenti caratteristiche:

a) tutte le telefonate tra le sedi di una stessa società transitano come chiamate interne, senza che il cliente debba comporre un numero urbano o di teleselezione;

b) i soggetti facenti parte di una delle società clienti non possono comunicare, tramite il sistema di Telsystem, con i soggetti di altre società, ancorché clienti della stessa Telsystem, né con altri utenti della rete telefonica pubblica, ma, a tal fine, devono avvalersi della linea commutata;

c) i clienti versano a Telsystem solamente il corrispettivo per il traffico realizzato, senza che venga corrisposto alcun canone fisso di abbonamento.

Un servizio per GCU realizzato con questo sistema è tecnicamente isolato dalla rete pubblica commutata, poiché si avvale esclusivamente di collegamenti dedicati; le eventuali connessioni con la linea commutata, che possono essere realizzate al livello dei centralini privati dei clienti, per comunicare con utenti esterni al gruppo, non dipendono dal sistema stesso, ma rappresentano una possibilità, comune a tutti i GCU che — se perseguita — costituisce un illecito soggetto alle sanzioni previste dall'ordinamento.

b) *Il mercato della fornitura di linee affittate.* — Le linee affittate, dette anche collegamenti diretti, si distinguono dai più comuni collegamenti commutati, cioè quelli che gli utenti ottengono tramite l'abbandono telefonico, in quanto realizzano una connessione diretta tra i punti della rete di inte-

resse dell'utente e prevedono un uso riservato dell'impianto da parte degli utenti affittuari (a questo proposito, le linee si dicono anche « dedicate »). Le linee affittate costituiscono l'infrastruttura di base per la realizzazione delle reti private di telecomunicazioni: tali reti vengono utilizzate sia dagli operatori di telecomunicazioni, per la fornitura di servizi di trasmissione di voce, dati ed immagini, sia da grandi gruppi industriali e da altri enti multisede, per la comunicazione tra le proprie sedi distaccate.

Nel caso oggetto del presente provvedimento, le linee dedicate risultano indispensabili sia per la realizzazione dell'infrastruttura di rete di Telsystem, sia per collegare le sedi dei clienti al più vicino punto di connessione di tale rete. Ovverosia, per realizzare il sistema di telecomunicazioni, che consente di fornire il servizio in questione.

La fornitura di linee affittate costituisce, pertanto, un mercato rilevante ai fini del caso in esame. Telecom, in base alla Convenzione, è il fornitore esclusivo delle linee in oggetto e pertanto l'unico operatore sul mercato.

c) *Il mercato dei servizi di telefonia per GCU.* — I servizi di telefonia per GCU su rete privata virtuale rappresentano un mercato sul quale possono prodursi effetti derivanti dal comportamento dell'impresa monopolista nella fornitura delle linee affittate. In quanto mercato su cui si propone di operare Telsystem, i servizi di telefonia per GCU costituiscono un mercato rilevante ai fini della fattispecie in esame.

Telecom offre, già a partire dal 1993, un servizio di telefonia per GCU su rete privata virtuale. Per la fornitura di tale servizio, Telecom si avvale delle strutture commutate della rete pubblica di telecomunicazioni a cui sono state applicate le apparecchiature informatiche che realizzano le funzioni della cosiddetta Rete Intelligente. Il servizio è rivolto alle aziende plurisede con elevati volumi di comunicazioni intra ed interaziendali, le quali intendono costituire un gruppo chiuso di utenti, ed offre tariffe telefoniche scontate per volumi di traffico che superano determinate soglie.

Il servizio di telefonia per GCU su rete privata virtuale offerto da Telsystem presenta importanti caratteristiche innovative rispetto ai servizi di telefonia attualmente esistenti e diffusi. Tale servizio supera, come confermato anche da una delle società clienti di Telsystem (in particolare, McCann-Erickson nell'audizione del 13 ottobre 1994), le funzionalità espresse dal circuito dedicato, in quanto permette l'uso della numerazione ridotta tra gli utenti, una maggiore rapidità di connessione, la delimitazione dinamica dell'utenza ed una semplificazione delle modalità di fatturazione. Inoltre, essendo il servizio fornito tramite una struttura di rete, nell'ambito di ciascun gruppo chiuso, sono possibili estensioni ad altre sedi della medesima società cliente situate in altre città italiane.

Il servizio che Telsystem intende offrire va soprattutto incontro alle esigenze di società multisede di dimensioni medio-piccole che operano su base nazionale, le quali, in particolare, non trovano conveniente (secondo quanto affermato anche dalla società cliente Storage Technology nell'audizione del 13 ottobre 1994) limitarsi ad affittare i circuiti dedicati.

Le dimensioni del mercato dei servizi di telefonia per GCU possono essere stimate, a partire da alcuni dati di base su totale dei servizi di telefonia: in Italia, secondo dati di fonte Telecom relativi al 1992, il segmento della telefonia aziendale, relativo ai clienti del settore affari di dimensioni medio/grandi che fanno capo alla Divisione Business del gestore pubblico, sviluppa circa 7.000 miliardi di fatturato. Considerando che, in base alle indagini compiute in Paesi in cui il servizio è già ampiamente diffuso (come il Regno Unito e gli Stati Uniti), le telefonate interne alle proprie

sedi gravano per il 30-40% sulla spesa telefonica complessiva delle aziende, si può stimare che le potenzialità del mercato italiano dei servizi di telefonia per GCU siano comprese tra i 2.000 ed i 3.000 miliardi di lire, ovvero un ammontare equivalente al 7-11% del fatturato del gestore pubblico di telecomunicazioni.

7. LA POSIZIONE DOMINANTE DI TELECOM.

Conformemente ai principi dell'ordinamento comunitario in materia di concorrenza, richiamati dall'art. 1, comma 4, della legge n. 287/1990, deve ritenersi che la titolarità, in capo a Telecom, della concessione esclusiva per la gestione della rete pubblica di telecomunicazioni, di cui agli artt. 1 e 198, Codice Postale, conferisce alla medesima Telecom una posizione dominante nel mercato della fornitura delle linee affittate (Corte di giustizia CE, sentenza del 3 ottobre 1985, causa n. 311/1984 *CBEM-CLT-IPB*, e sentenza del 10 dicembre 1991, causa n. 179/1990, *Merci Convenzionali Porto di Genova-Siderurgica Gabrielli*).

Telecom, in virtù della propria posizione di monopolista legale, dispone in via esclusiva di una installazione essenziale (c.d. *essential facility*) senza la quale altri operatori economici non possono offrire ai propri clienti servizi di telecomunicazioni quali quelli di telefonia per GCU.

Pertanto, Telecom, in quanto gestore in esclusiva della infrastruttura essenziale ed unico operatore presente sul mercato della telefonia per GCU su rete privata virtuale, mercato che, come si chiarirà in seguito, secondo quanto disposto dalla Direttiva 90/388/CEE, risulta liberalizzato dal 1991, detiene una posizione dominante anche in tale secondo mercato.

VALUTAZIONE DELLA FATTISPECIE.

8. IL REGIME GIURIDICO DELLA PRESTAZIONE DEL SERVIZIO DI TELEFONIA PER GCU.

L'offerta dei servizi di telefonia per GCU risulta liberalizzata dalla Direttiva 90/388/CEE. Infatti, tale direttiva dispone, all'art. 2, par. 1, la liberalizzazione di tutti i servizi di telecomunicazioni con la sola eccezione del servizio di telefonia vocale. Quest'ultima è definita dall'art. 1 della medesima Direttiva come: «la fornitura al pubblico del trasporto diretto e della commutazione della voce in tempo reale in partenza e a destinazione dei punti terminali della rete pubblica commutata, che consente ad ogni utente di utilizzare l'attrezzatura collegata ad ogni punto terminale di tale rete per comunicare con un altro punto terminale».

I servizi di telefonia per GCU, pur comprendendo tra le proprie funzioni il trasporto della voce, non si configurano come servizio di telefonia vocale, secondo la definizione di cui sopra. In particolare, tra gli elementi che un servizio di telecomunicazioni deve necessariamente possedere per essere classificato come servizio di telefonia vocale vi è «la fornitura al pubblico» del servizio stesso: i servizi di telefonia per GCU, per definizione, non sono forniti al pubblico, ma ad utenti predeterminati. Inoltre, per quanto riguarda il servizio offerto da Telsystem, è assente il requisito

del trasporto della voce « tra due punti terminali della rete pubblica commutata », in quanto il servizio è realizzato esclusivamente su collegamenti diretti dedicati.

Sia la Corte di giustizia CE sia la Corte Costituzionale hanno da tempo elaborato il principio della diretta applicabilità delle direttive comunitarie non trasposte: in tutti i casi in cui alcune disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, tali disposizioni possono essere invocate dai singoli nei confronti dello Stato, indipendentemente dalla veste nella quale questo agisce, qualora la direttiva stessa non sia stata tempestivamente recepita nel diritto nazionale, oppure sia stata recepita in modo inadeguato (si veda per tutte Corte Costituzionale, sentenza n. 168/1991, ivi ampi richiami alla giurisprudenza della Corte di giustizia).

La disposizione contenuta nell'art. 2, par. 1, della Direttiva 90/388/CEE possiede tutti i requisiti necessari per la diretta applicabilità della stessa. Infatti, questa disposizione esprime una prescrizione normativa sostanziale assai chiara: tutti gli operatori economici hanno il diritto di offrire servizi di telecomunicazioni con la sola eccezione della telefonia vocale ed a tal fine devono essere aboliti i diritti esclusivi o speciali relativi alla fornitura di servizi di telecomunicazioni diversi dal servizio di telefonia vocale. La disposizione è, inoltre, precisa: l'art. 1 della medesima direttiva fornisce una dettagliata definizione delle nozioni di servizio di telecomunicazioni e di servizio di telefonia vocale.

Secondo quanto disposto dall'art. 2, par. 2, la disposizione contenuta nel par. 1 di cui trattasi risulta altresì incondizionata; la norma, infatti, lascia alla discrezionalità dei singoli Stati solo l'introduzione di procedure di autorizzazione o dichiarazione, stabilendo, da un lato la compatibilità fra il principio a criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori), e dall'altro consentendo l'immediata applicabilità della disposizione in questione, anche qualora all'interno dei singoli Stati non siano previste o non siano state introdotte tali procedure.

Il termine, previsto dall'art. 2, par. 3, per il recepimento della disposizione in parola è scaduto in data 31 dicembre 1990. Lo Stato italiano non ha, fino ad oggi, adottato i provvedimenti per la trasposizione nell'ordinamento nazionale della Direttiva in questione (nel senso della diretta applicabilità della Direttiva 90/388 si veda Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, provv. 412, del 4 marzo 1992, *SIP/3C Comunications*).

L'art. 2, par. 1, della Direttiva 90/388/CEE contiene, quindi, una disposizione che, a partire dal 1° gennaio 1991, è divenuta direttamente applicabile nell'ordinamento italiano, producendo la liberalizzazione dei servizi di telecomunicazioni diversi dal servizio di telefonia vocale come definito, restrittivamente dall'art. 1 della medesima Direttiva. Ne risulta ridotto, correlativamente, l'ambito della riserva statale in materia di servizi di telecomunicazioni, definito dalle norme contenute nel Codice Postale e nel d.m. 6 aprile 1990, nonché, conseguentemente, della esclusiva riconosciuta a Telecom dalla concessione di cui al d.P.R. n. 523/1984, che rimane circoscritta alla gestione della rete pubblica di telecomunicazioni ed alla fornitura del servizio di telefonia vocale, inteso secondo la definizione sopra richiamata.

Tale conclusione poggia sulla circostanza che Telecom deriva il suo diritto esclusivo dalla riserva del servizio allo Stato (art. 43 della Costituzione e art. 1 del d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156). In base al generale canone

che regola nel nostro ordinamento la concessione amministrativa ed il rapporto che ne deriva, nonché più in generale il fenomeno dell'acquisto dei diritti a titolo derivato, lo Stato non può certo trasferire, costituire o comunque mantenere a favore di un'impresa concessionaria un diritto più ampio di quello che l'ordinamento comunitario ammette per lo Stato stesso. Ciò trova ulteriore conferma nel rilievo che lo Stato non potrebbe mai sfuggire alle prescrizioni dell'ordinamento comunitario semplicemente adottando un modello organizzatorio (concessione) in luogo di un altro (gestione diretta).

Ne deriva che l'attività economica non più soggetta a riserva è rientrata nel campo dell'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 della Costituzione, dal momento in cui la direttiva è divenuta direttamente applicabile.

9. L'APPLICABILITÀ DELLA LEGGE N. 287/1990.

L'art. 8, comma 2, della legge n. 287/1990 prevede che le disposizioni di cui al Titolo I della medesima legge non si applicano alle imprese che, per disposizioni 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.

Contrariamente a quanto asserito da Telecom, l'art. 8, comma 2, sopra citato, non trova applicazione nel caso di specie, poiché l'art. 2 della Direttiva 90/388/CEE riconosce il diritto di ogni operatore economico di prestare in regime di concorrenza i servizi di telecomunicazioni diverse dalla telefonia vocale, escludendo, pertanto, che tale attività possa ostacolare l'adempimento degli specifici compiti affidati al gestore pubblico.

Infatti, quanto alle conseguenze della liberalizzazione dei servizi di telecomunicazioni diversi dalla telefonia vocale, il Legislatore comunitario ha preventivamente valutato ed escluso che tale liberalizzazione possa compromettere l'adempimento della specifica missione affidata agli organismi di telecomunicazioni (cioè i gestori nazionali della rete pubblica di telecomunicazioni) ed in particolare che possa minacciare l'equilibrio finanziario degli stessi (si vedano in tal senso il considerando 18 della Direttiva 90/388/CEE ed il considerando 16 della Direttiva 94/46/CE).

Infine, le preoccupazioni avanzate da Telecom, in merito alla possibilità che l'offerta in concorrenza di tali servizi possa compromettere la stabilità finanziaria dello stesso gestore pubblico, non sembrano giustificate, anche alla luce di quanto è possibile osservare negli altri Paesi europei in cui la liberalizzazione si è già realizzata.

10. L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE.

Sulla base degli elementi accertati nel corso del procedimento ed illustrati nelle risultanze istruttorie, emerge che Telecom, omettendo di fornire i collegamenti diretti urbani richiesti da Telsystem ed inducendo i clienti di quest'ultima a rinunciare ai servizi della stessa, ha di fatto rifiutato a Telsystem la fornitura delle linee affittate indispensabili per l'espletamento, da parte di questa, della propria attività economica (nel senso che il comportamento tenuto da Telecom nei confronti di Telsystem integri

un rifiuto a contrarre si è chiaramente espressa anche l'ordinanza della Corte d'Appello di Milano del 4 novembre 1994 avente ad oggetto i medesimi fatti).

Il rifiuto opposto da Telecom alle richieste di Telsystem risulta ingiustificato, in quanto, come sopra premesso, la disposizione contenuta nell'art. 2, par. 1, della Direttiva 90/388/CEE, che riconosce ad ogni operatore economico il diritto di offrire servizi di telecomunicazioni diversi dalla telefonia vocale, risulta direttamente applicabile nell'ordinamento italiano, ed ha pertanto circoscritto l'ambito dell'esclusiva riconosciuta a Telecom alla gestione della rete pubblica di telecomunicazioni ed alla fornitura del servizio di telefonia vocale.

Il rifiuto senza giustificato motivo della fornitura di un'infrastruttura essenziale da parte di un monopolista, volto a riservare per sé un'attività su un mercato distinto, ma contiguo a quello riservato, costituisce un abuso di posizione dominante (Corte di giustizia CE, sentenza del 3 ottobre 1985, causa n. 311/1984 *CBEM-CLT-IPB*; Decisione della Commissione del 21 dicembre 1993, *Sea Containers/Stena Sea Link*).

Questa conclusione appare peraltro del tutto coerente con il quadro normativo interno, in materia di linee affittate, vigente all'epoca dei fatti e con quanto da ultimo disposto dal d.lgs. 2 maggio 1994, n. 289, in base al quale Telecom, in qualità di monopolista legale nella gestione della rete pubblica di telecomunicazioni, a fronte di una richiesta di linee affittate da parte di un utente, è tenuta a fornire le linee richieste, salvo che sussistano determinate circostanze oggettive che ostino alla messa a disposizione dei collegamenti (in particolare, secondo quanto disposto dall'art. 7 del d.lgs. n. 289/1994, l'organismo di telecomunicazioni ha un autonomo potere di rifiutare la fornitura di collegamenti soltanto in ipotesi ben determinate, tra le quali non rientra l'ipotesi in cui si presuma che l'affitto delle linee venga richiesto per espletare servizi di telecomunicazioni non ancora liberalizzati. Appare utile osservare, inoltre, che nel medesimo d.lgs. n. 289/1994 è precisato che, qualora l'organismo di telecomunicazioni utilizzi linee affittate per la fornitura di un determinato servizio di telecomunicazione, lo stesso tipo di linee affittate deve essere fornito alle stesse condizioni a chiunque ne faccia richiesta, salvo che si tratti di un servizio coperto da diritti speciali o esclusivi (art. 7, comma 5)). Telecom, quindi, non ha alcuna facoltà di omettere o rifiutare la fornitura di linee affittate, anche qualora maturi perplessità in ordine alla liberalizzazione dei servizi che il richiedente si propone di offrire, attraverso le linee stesse (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *SIP/3C Communications* cit.).

Nella fattispecie in esame, il rifiuto operato da Telecom in ordine alla fornitura delle linee affittate ha precluso, senza alcuna giustificazione oggettiva, ad un nuovo operatore l'accesso al mercato dei servizi di telefonia per GCU, in cui attualmente la medesima Telecom detiene una posizione dominante, ed ha, in tal modo, pregiudicato lo sviluppo di una concorrenza effettiva in un mercato di recente liberalizzato. Questo comportamento, infatti, non soltanto ha arrecato un grave danno a Telsystem ed ai clienti di quest'ultima, ma è altresì idoneo a indurre anche altri operatori a desistere nel tentativo di entrare nel mercato in questione (Decisione della Commissione del 17 dicembre 1975, *Chiquita*; Decisione della Commissione dell'8 dicembre 1977, *Hugin/Liptons*).

Alla luce delle su esposte considerazioni, il comportamento tenuto da Telecom nei confronti di Telsystem e dei clienti di quest'ultima costituisce una infrazione all'art. 3, lett. b), della legge n. 287/1990.

Tutto ciò premesso e considerato;
Delibera

a) che il comportamento tenuto da Telecom nei confronti di Telsystem e dei clienti di quest'ultima costituisce un abuso di posizione dominante, ai sensi dell'art. 3, lett. b), della legge n. 287/1990;

b) che Telecom ponga immediatamente fine alla suddetta infrazione, fornendo i collegamenti richiesti dalla società Telsystem ed astenendosi dal tenere in futuro comportamenti analoghi;

c) che Telecom presenti, nel termine di giorni novanta dalla data di notificazione del presente provvedimento, una relazione illustrativa in ordine alle iniziative adottate per rimuovere le restrizioni alla concorrenza nel mercato dei servizi di telefonia per GCU su rete privata virtuale.

Il presente provvedimento verrà notificato ai soggetti interessati e successivamente pubblicato ai sensi di legge.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al T.A.R. del Lazio, ai sensi dell'art. 33, comma 1, della legge n. 287/1990, entro il termine di sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

**LA PRESTAZIONE DI
SERVIZIO DI TELEFONIA
PER GRUPPI CHIUSI DI
UTENTI FRA LA NORMATIVA
COMUNITARIA
LIBERALIZZATRICE E LE
RESTRIZIONI NORMATIVE
DEL LEGISLATORE
ITALIANO**

procedimento istruttorio previsto dalla legge istitutiva dell'Organo (*ex art. 14 legge 10 ottobre 1990, n. 287*) in deroga altresì alla legge n. 689/1981 che disciplina i procedimenti amministrativi sanzionatori.

Il ricorrente, la società Telsystem di Milano peraltro già soddisfatta, almeno in parte nelle sue richieste, in sede giurisdizionale¹, riteneva ravvi-

1. La recente decisione (n. 2662 del 10 gennaio 1995) dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, che in questa sede si annota, presenta alcuni spunti interessanti di riflessione sulla liberalizzazione dei servizi di telecomunicazione fortemente voluta in sede europea, ma probabilmente avversata da alcuni Governi italiani che si sono succeduti in questi ultimi anni. La decisione dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato giunge a conclusione di un apposito

¹ Si rinvia alle ordinanze della Corte d'Appello di Milano dell'8 ottobre 1994 e dell'11 novembre 1994, riguardo la causa *Telsystem/SIP*, pubblicate tempestivamente su *Il Sole — 24 ore* del 10 ottobre e del 13 novembre 1994, nonché in questa *Rivista*, 1995, n. 103 con commento di CARDARELLI (cfr. CARDARELLI, *Riserva statale dei servizi di telecomunicazione e disciplina comunitaria della concorrenza* nonché in *NGCC* 1995, I, 158, con nota di V. ZENOVICH).

ZENOVICH, *La concorrenza nel mercato delle telecomunicazioni*. In precedenza anche l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato si era occupata delle restrizioni esistenti nel settore delle TLC in Italia con il caso *3C Communications/SIP*. Vedi decisione del 4 marzo 1992, *3C Communications* adversus *SIP*, in *Bollettino dell'Autorità garante*, 1992, n. 5, nonché in questa *Rivista*, 1993, 1123 ss., con commento sempre di CARDARELLI.

sabile un abuso di posizione dominante da parte della SIP, ora Telecom; nella normativa italiana continua a vigere ex art. 1 Codice Postale una sorta di riserva allo Stato dei servizi di TLC, nonostante l'art. 2, par. 1 Direttiva 90/388/CEE (che sostanzialmente liberalizza il settore) possieda tutti quei requisiti indicati nella sentenza Corte Cost. n. 168/1991 per la sua diretta applicabilità, essendo la sua prescrizione normativa assai chiara: gli operatori economici hanno il diritto di offrire i servizi di TLC ad eccezione della telefonia vocale, abolendo i diritti esclusivi o quelli speciali connessi.

La liberalizzazione delle telecomunicazioni rappresenta un momento importante per l'attuazione del Mercato Unico². Pur non potendoci soffermare sulle diverse norme comunitarie che tendono a creare le premesse per una piena liberalizzazione del settore, poiché esulerebbero dalle finalità di queste brevi note, non possiamo tralasciare di ricordare come, a seguito delle indicazioni programmatiche del *Libro Verde sullo sviluppo del mercato comune dei servizi e degli apparati di telecomunicazione* (COM (87)290)³, nel corso del 1990 siano state emanate due direttive particolarmente significative per questo settore⁴, quella sull'*Open Network Provision* (90/387/CEE) e quella sulla *Concorrenza nei mercati dei Servizi di Telecomunicazione* (90/388/CEE), mentre nel corso del 1992 è stata emanata la Direttiva sull'applicazione della fornitura di una rete aperte (92/44/CEE).

In sede comunitaria, inoltre, la Direzione Generale sulla concorrenza (DG IV) ha elaborato un prospetto relativo alle regole della concorrenza

² Queste argomentazioni sono sostenute anche recentemente dal *Libro Verde sulla liberalizzazione delle infrastrutture delle telecomunicazioni e delle reti di televisione cablate*. (COM (94)440/2).

L'evoluzione della normativa comunitaria nel senso della liberalizzazione del settore delle TLC è stata già analizzata da CHELI, *I sistemi di informazione e di telecomunicazione nella prospettiva del 1992*, in *Atti Congr. Merc. Eur.*, Milano, 1990, 469 ss.

RAVAIOLI P., *La communauté européenne et les télécommunications: développements récents en matière de concurrence*, in *Rev. Intern. de Dr. Econ.*, 1991, II, 103 ss.; LIMONE D.A., *La normativa comunitaria e la legislazione italiana sulle tecnologie dell'informazione*, in *Annuar. dir. tecn. inf.*, 1991, 938 ss.; MAROTTA, *Telecomunicazioni*, in *Comm. intern.*, 1992, (suppl. 8), XXIX; AMORY, *Telecommunications in the European Communities, the new regulatory framework*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1992, n. 3, 82 ss.; EHLERMANN C.D., *Telekommunikation und Europäische Wettbewerbsrecht*, in *Europarecht*, 1993, 134 ss.; vedi inoltre FROSINI, *La libera circolazione dei beni e dei servizi informatici nel mercato comune europeo*, (Relazione al convegno sull'argomento indicato nel titolo il 24 otto-

bre 1994 presso la LUISS di Roma), 14 ss. (dattiloscritto).

³ Per un commento al *Libro verde sullo sviluppo del mercato comune dei servizi e degli apparati di telecomunicazione* (COM (87)290) si rinvia a SCHERER J., *European telecommunication Law: the framework of theory*, in AA. Vv., *Freedom of data flows and EE law*, Deventer, 1988, 90 ss.; FROSINI, *La protezione giuridica dei programmi informatici. Osservazioni sul Libro verde europeo*, in *Nomos*, 1988, 199 ss.; CARDARELLI, *Diritto dell'informatica e telecomunicazioni. Spunti per un'estensione della disciplina*, in *Inform. enti loc.*, 1989, 567 ss.; SULLO P., *Nuovi servizi per gli utenti telefonici*, in *Nuov. rass. legisl.*, 1990, 1400 ss.

⁴ Per un'analisi più dettagliata delle problematiche messe in campo delle due Direttive comunitarie vedi CARDARELLI, *Il regime giuridico dei servizi telematici in Italia e in Francia*, in *Annuar. dir. tecn. inform.*, 1991, 993 ss.; RHODES M., *The future of telecommunications services in Europe*, in *Computer law and practice*, 1994, n. 4, 111 ss. Infine sull'incidenza che possono avere sul trasferimento elettronico dei dati vedi FROSINI, *La libera circolazione dei beni e dei servizi informatici nel mercato comune europeo cit.*, 9 ss. (dattiloscritto).

peculiarmente per il settore delle telecomunicazioni: a) la possibilità di avere un abuso di posizione dominante (ex art. 86 Trattato di Roma) è riscontrabile nei sussidi incrociati tra servizi regolamentati e non, nella fornitura di circuiti in affitto e nelle politiche di acquisto; b) gli accordi tra imprese, pubbliche o private (ex art. 85 Trattato di Roma) sui servizi di telecomunicazione sono considerati potenzialmente in grado di modificare il libero commercio tra gli Stati membri, sussistendo la possibilità per il gestore, che opera in regime di monopolio per la fornitura delle infrastrutture, di accordare al suo *partner* principale un accesso più favorevole all'utilizzo delle infrastrutture a scapito degli altri operatori in concorrenza con quel *partner*; c) le tariffe concordate in sede internazionale⁵ nell'ambito di organizzazioni come la CEPT o il CCIT possono considerarsi come limiti all'espandersi della libera concorrenza.

2. Non bisogna dimenticare la particolare situazione giuridica in cui versa nell'ordinamento giuridico italiano anche la cd. telefonia GCU; il suo ambito di esclusività è stato comunque progressivamente eroso, per via degli interventi comunitari.

Se è palese che gli artt. 1 e 183, d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156 (Codice Postale e delle Telecomunicazioni) riconoscano la riserva allo Stato dell'attività anche della telefonia GCU, è però innegabile che la normativa comunitaria vada nel senso opposto.

La Commissione CEE si è orientata nel senso di dare luogo ad un processo di liberalizzazione del mercato, soprattutto con la Direttiva 90/388/CEE del 28 giugno 1990 (a cui i singoli Governi nazionali avrebbero dovuto dare attuazione con una legge nazionale entro il 31 dicembre dello stesso anno).

Entro questo termine i singoli Paesi comunitari avrebbero potuto vietare « agli operatori economici di offrire al pubblico la semplice rivendita di capacità di circuiti affittati » (art. 3), ma entro lo stesso termine avrebbero dovuto altresì provvedere alla pubblicazione delle procedure di autorizzazione adottate per l'elencazione delle attività.

La Direttiva, nell'ipotesi che gli Stati membri sottopongano la fornitura dei servizi ad una preventiva autorizzazione, prevede che questa debba essere accordata secondo criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori e secondo gli stessi criteri devono essere predisposte le condizioni di accesso alle reti da parte dei cosiddetti gestori unici, cioè quelle imprese alle quali gli Stati riservano in via esclusiva la gestione delle reti.

Se fosse stata data attuazione a questi principi il mercato italiano nel settore avrebbe avuto effetti « dirompenti », poiché l'assetto delineato sarebbe stato tale da aprire il mercato ad un numero elevato di operatori di servizi di TLC a valore aggiunto⁶.

⁵ Per una panoramica della normativa sulla cooperazione internazionale per lo sviluppo delle TLC si rinvia a MAGI G., *Telecomunicazioni e cooperazione internazionale*, Torino, 1987, 65 ss.; IDEM, *La radio e la televisione nell'organizzazione europea*, Padova, 1990, 53 ss.; MAUPAIN, *Le relations*

de l'UIT et de la CEE, in *Rev. dr. intern. publ.*, 1990, 49; ORSELLO G.P., voce *Radiotelecomunicazioni (regime internazionale delle)*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1991, 1 ss. (*ad vocem*).

⁶ La Commissione ha emanato la Direttiva cd. servizi quando era ancora penden-

Il Parlamento italiano attribuiva pertanto *ex art.* 76 della Costituzione la delega legislativa al Governo per l'attuazione della Direttiva, fissando (*ex artt.* 1, 2, 72, legge 19 febbraio 1992, n. 142) i principi ed i criteri direttivi della delega. Entro un anno dalla sua entrata in vigore, seguendo l'*iter* previsto dall'art. 14, legge 23 agosto 1988, n. 400 si sarebbe dovuto emanare il decreto legislativo. Il Governo, *ex art.* 2 legge n. 142/1992, avrebbe dovuto attenersi ad alcuni criteri, fra cui quello di legiferare assicurandosi che « nelle materie trattate dalla Direttiva da attuare, la disciplina disposta fosse pienamente conforme alle prescrizioni della Direttiva medesima »⁷.

Con l'art. 72 veniva previsto che dal 1° maggio 1996 non sarebbe potuto permanere alcun limite alle offerte al pubblico di « semplice rivendita di capacità di circuiti affittati », e quindi la riserva allo Stato per la telefonia GCU sarebbe venuta meno.

Il Governo, invece di dar luogo alla delega legislativa per l'esecuzione della Direttiva 90/388/CEE, impugnò (insieme ai Governi di Francia, Spagna, Belgio) la direttiva stessa davanti alla Corte di giustizia della CEE, sostenendo che le disposizioni dell'art. 90 del Trattato CEE non attribuivano alla Commissione potere normativo in particolari settori della trasmissione dati e chiedendo pertanto l'annullamento degli artt. 1, 2, 4, 6, 8 della Direttiva.

La decisione della Corte era attesa sia dai giuscomunitaristi sia da quanti sono attenti ai rapporti tra le istituzioni comunitarie ed alle reciproche competenze.

La Corte⁸, dopo aver sottolineato come *ex art.* 90 n. 3 Trattato CEE gli era stata attribuita la competenza di specificare gli obblighi che discendono

te il ricorso alla Corte di giustizia della CEE dei Governi di alcuni Paesi comunitari avverso la Direttiva cd. terminali. In tale ricorso gli Stati avevano sostenuto che la Commissione non aveva definito i diritti speciali né motivato in ordine alla loro contrarietà alle norme del trattato. Vedi al riguardo RAVAIOLI, *La communauté Européenne et les Telecommunications: developments recents en matiere de concurrence*, in *Rev. int. droit Econ.*, 1991, n. 2, 212 ss.; invece per un commento sulla decisione della Corte delle Comunità Economiche Europee si rinvia a TAGARIELLO, *I monopoli di servizi di telecomunicazioni: cronaca di una fine annunciata. La sentenza della Corte di giustizia sulla Direttiva « Servizi di Telecomunicazioni »*, in *Riv. dir. eur.*, 1992, 776 ss., nonché in *Rass. giur. en. eletr.*, 1993, 87 ss.; CALABRIA R., voce *Telecomunicazioni (servizi di)*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993, 6 (*ad vocem*).

⁷ In tal senso vedi MORISI, *L'attuazione delle direttive CEE in Italia. La « legge comunitaria » in Parlamento*, Milano, 1992, 109 ss.

⁸ La sentenza della Corte di giustizia CEE del 12 novembre 1992 è stata pubblicata su *Riv. dir. pubbl. com.*, 1993,

476 con commento di BALESTRIERI (cfr. BALESTRIERI, *Monopoli legali nei cd. settori esclusi: rispetto delle prerogative degli Stati membri o tutela effettiva della concorrenza*). Sulle tematiche trattate dalla Corte di giustizia vedi altresì TAGARIELLO, *op. et loc. supra cit.*; CASSINIS P.-STEHMANN O., *La liberalizzazione dei servizi di telecomunicazioni a livello comunitario, con particolare riferimento ai servizi di telefonia vocale*, in *Rass. giur. en. eletr.*, 1994, 50 ss. Resta comunque di notevole interesse l'analisi svolta dall'avvocato generale della Corte di giustizia. Vedi TESAURO G., *Conclusioni dell'avvocato generale alla causa 202-88*, in *Raccolta*, 1991, 1239 ss. Vedi altresì CALABRIA R., *op. et loc. supra cit.*

L'interpretazione dell'art. 90 Trattato è stato oggetto di dispute dinanzi alla Corte di giustizia. Si è discusso se tale norma potesse rendere lecito o meno un monopolio commerciale o un regime di diritti esclusivi. Per un approfondimento sulla natura e le problematiche connesse all'art. 90 del Trattato. In tal senso PAPPALARDO, *State measures and public undertakings: article 90 of the EEC Treaty Revisited*, in *European Competition Law Review, Analysis Section*, 1991, 29 ss.; BASEX, *Regles de*

dal Trattato (poiché altrimenti, impedendo alla Commissione di precisare gli obblighi che derivano a carico degli Stati membri dall'art. 59, si priverebbe l'art. 90 di ogni suo effetto utile), annullava la direttiva 90/388/CEE nella parte in cui prevedeva l'obbligo a carico degli Stati membri di sopprimere i diritti speciali relativi alla gestione dei servizi di TLC.

Respingeva, però, in parte l'istanza dei ricorrenti, riaffermando la conformità delle norme della Direttiva al Trattato, fatta eccezione per l'art. 9 della Direttiva, che peraltro non incideva sulla liberalizzazione della telefonia GCU.

Nonostante l'esito sfavorevole all'istanza, il Governo italiano non emanò nel termine previsto nella legge delega (un anno dalla sua promulgazione), il decreto legislativo di cui all'art. 72, legge n. 142/1992. Il settore della telefonia GCU continua pertanto ad essere sottoposto ai divieti ed al regime previsto dalla disciplina del Codice Postale, pur essendo contrario al diritto comunitario e quindi possibile oggetto di un intervento della Corte di giustizia CEE.

Il Parlamento italiano è pertanto ritornato su questa problematica approvando una nuova legge delega per dare attuazione nel nostro ordinamento alla normativa di cui alla Direttiva 90/388/CEE: la legge 22 febbraio 1994, n. 146 (nota sotto la dominazione di legge comunitaria 1993) con cui all'art. 54 è stato delegato il Governo a legiferare in materia di liberalizzazione di servizi di TLC. Attualmente il Governo ha predisposto uno schema di decreto legislativo che sarà posto al vaglio delle competenti Commissioni parlamentari per acquisirne il parere. In particolare l'art. 2 individua quei servizi di TLC (fra cui la telefonia GCU) che devono essere liberalizzati, fissando altresì i criteri che, nell'eventualità, consentono di limitare l'accesso alla rete. Inoltre con la c.d. protezione dell'interoperabilità si vuol evitare di determinare incompatibilità tecnologica fra le reti al fine di non creare difficoltà per i clienti.

3. L'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, dopo essere giunta nel corso dell'istruttoria sia ad una definizione giuridica ed economica del concetto di linee telematiche affittate sia ad una definizione di servizi di telefonia a gruppi chiusi di utenti su rete privata (di cui peraltro riconosce la piena legittimità), è giunta alla conclusione di ritenere l'esistenza di un abuso di posizione dominante da parte della SIP-Telecom ai sensi dell'art. 3, lett. b), legge 10 ottobre 1990, n. 287⁹.

conurrence applicables au Sector Public, in *Juris Classeur*, 1992, fasc. 1500; BLANDIN-OBERNESSER, *Les bases juridiques de la politique européenne des telecommunications à la lumière de l'arre « terminaux »*, in *Communications and Strategies*, 1991, n. 3, 79 ss.

⁹ Sulla legge 10 ottobre 1990, n. 287 e sulle competenze dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato si rinvia al commentario curato FRIGNANI-PARDOLESI-PATRONI GRIFFI-UBERTAZZI, *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 287 del 10 ottobre 1990*, Bologna, 1993 ed in particolare si rinvia ai commenti di FRIGNANI (com-

mento agli artt. 1 e 3) e di PARDOLESI (commento all'art. 2). Inoltre si rinvia a HOYEK, *Commento alla legge 10 ottobre, n. 287 sulla tutela della concorrenza e del mercato (legge antitrust)*, in *Cons. Impresa*, 1991, 945 ss.; F. SAJA, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato: prime esperienze e prospettive di applicazione della legge*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 455 ss.; G. PO, *Si definiscono i compiti dell'Autorità antitrust*, in *Società*, 1992, 893 ss.; FRIGNANI-OSTI, *Venti mesi di legge antitrust italiana*, in *Dir. comm. intern.*, 1992, 333 ss.; VACCÀ, *La disciplina antitrust nazionale, legge 10 ottobre 1990, n. 287*, in *Econ. dir. terz.*,

La decisione dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato ha, quindi, sottolineato come il ritardo attuativo della normativa comunitaria nell'ordinamento giuridico italiano comporti pregiudizi per la realizzazione di quegli obiettivi che si vogliono perseguire in sede comunitaria. La pronuncia pertanto tende a sostenere la natura di *self executing* per la direttiva 90/388/CEE ed in particolare per l'art. 2, con la disapplicazione « per la prevalenza del diritto comunitario » delle norme dell'ordinamento italiano. Queste non prevedono l'abolizione dei monopoli legali sui servizi di TLC diversi dalla telefonia vocale offerta sulla rete commutata. Le norme del nostro ordinamento giuridico continuano, infatti, a prevedere una sorta di riserva allo Stato dei collegamenti di TLC non esplicitamente oggetto di deroga legislativa, ai sensi dell'art. 1 Codice Postale. Le eccezioni sollevate dalla Telecom Italia per la fattispecie non sembrano aver sortito alcun effetto, pur richiamandosi all'art. 8, legge n. 287/1990 ed all'art. 90, comma 2, del Trattato UE, che prevedono sostanzialmente misure attuative più blande per quanto riguarda le regole di concorrenza laddove le imprese operino in regime di monopolio.

La decisione appare così di notevole complessità giuridica, fondandosi essenzialmente sulla trasposizione della Direttiva 90/388/CEE, e quindi, sottintendendo una particolare interpretazione sull'ingresso delle norme comunitarie nel nostro ordinamento, segnatamente nel senso dell'efficacia diretta.

In tal senso ha “giocato” un ruolo importante il tenore letterale dell'art. 2 della Direttiva 90/388/CEE laddove non soltanto prevedeva l'abolizione di qualsivoglia monopolio legale sui servizi di telecomunicazione diversi dalla telefonia vocale offerta su una rete pubblica commutata, ma altresì indicava il termine finale entro il quale i singoli governi nazionali avrebbero dovuto darvi attuazione, cioè il 31 dicembre 1990. Gli unici ambiti di discrezionalità attribuiti ai singoli legislatori nazionali, pertanto, avrebbero potuto risiedere sulla peculiarità dei procedimenti amministrativi per il rilascio delle autorizzazioni (ma in assenza di uno specifico divieto in tal senso, sembra ammissibile anche il regime concessorio) oppure sugli elementi costitutivi della dichiarazione di fornitura di servizi, ma non certamente sui « tempi di attuazione » delle norme.

4. La direttiva (o meno) applicabilità delle fonti comunitarie rappresenta un principio su cui occorre soffermarsi, poiché su di esso l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato ha costruito il suo convincimento sulla fattispecie. Sia la Corte Costituzionale¹⁰ che la Corte di giustizia

1992, 805 ss.; CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, 77 ss.; VIANELLO, *Autorità Garante e Commissione: quale competenza per l'antitrust*, in *Comm. intern.*, 1993, 972 ss.

¹⁰ In particolare si rinvia alla sentenza della Corte Costituzionale n. 168/1991 laddove al punto 5 sottolinea come la diretta applicabilità delle prescrizioni delle direttive comunitarie non discenda soltanto dalla qualificazione formale dell'atto fonte, ma

« richiede ulteriormente il riscontro di alcuni presupposti sostanziali: la prescrizione deve essere incondizionata (sì da non lasciare margine di discrezionalità agli Stati membri nella loro attuazione) e sufficientemente precisa (nel senso che la fattispecie astratta ivi prevista ed il contenuto del precetto ad essa applicabile devono essere determinati con completezza, in tutti i loro elementi), ed inoltre lo Stato destinatario — nei cui confronti (e non già nei confronti di altri) il singolo faccia valere tale prescrizione — de-

della CEE¹¹ convengono sulla diretta applicabilità delle direttive comunitarie non « trasposte » nell'ordinamento giuridico italiano. La giurispru-

ve risultare inadempiente per essere inutilmente decorso il termine previsto per dare attuazione alla direttiva » (così Corte Costituzionale, *sentenza n. 168/1991*, in *Giur. cost.*, 1991, 1415). Come sottolinea però il Sorrentino nella nota alla sentenza (vedi Sorrentino, *Delegazione legislativa e direttive comunitarie direttamente applicabili*, in *Giur. cost.*, 1991, 1418) dalla fattispecie si evince la capacità dell'ordinamento comunitario « di imporre obblighi agli Stati membri e alla conversione di tali obblighi in diritti azionabili a favore dei singoli amministratori » con il conseguente *dovere* per il singolo Stato di dare attuazione alle direttive. « Se così non fosse, non avrebbe avuto senso che una legge di delegazione rinviassse a direttive comunitarie per la determinazione di principi e criteri direttivi della delega, né avrebbe senso l'analogo meccanismo di recezione adottato più volte, anche per direttive dettagliate, dal legislatore italiano e da ultimo istituzionalizzato con la legge n. 86/1989 » (ancora Sorrentino, *op. et loc. supra cit.*). Esistono pertanto diversi livelli di applicabilità (vedi Sorrentino, *La rilevanza delle fonti comunitarie nell'ordinamento italiano*, in *Dir. comm. intern.*, 1989, 435 ss.) come è stato rilevato soprattutto allorché la Corte Costituzionale ha tentato di risolvere conflitti tra Stato e Regioni utilizzando parametri normativi comunitari. Sul punto vedi ancora Sorrentino, « *Ammissibilità del conflitto e cammino comunitario della Corte. Un passo avanti e due indietro?* », in *Giur. cost.*, 1987, 2816 ss.; Cartabia M., *Nuovi sviluppi delle competenze comunitarie della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1989, I, 1012 ss.

¹¹ Sull'efficacia diretta delle direttive comunitarie la giurisprudenza della Corte di giustizia è stata alquanto ondeggiante. Una recente dottrina (così Capelli, *L'efficacia orizzontale delle direttive comunitarie secondo una giurisprudenza incompiuta*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1994, 51 ss.) ha tentato di individuare una sorta di tripartizione temporale negli orientamenti della Corte di giustizia. Dopo una prima fase (anni 1970-1977) in cui la giurisprudenza ha assimilato le direttive ai regolamenti ritenendole direttamente applicabili, è subentrata una seconda fase (1978-1987) caratterizzata dalla cd. *teoria dell'estoppel*, secondo, la quale « uno Stato membro che risulti inadempiente per non aver tempestivamente e/o correttamente trasposto una direttiva nella propria legislazione interna

non può pretendere di applicare la sua normativa nei confronti di un soggetto che invochi la direttiva contro la legislazione interna di contenuto divergente proprio perché lo Stato inadempiente non ha provveduto ad adattarla alle disposizioni della direttiva. Lo Stato risulta quindi impedito (« *estopped* », dal verbo « *to estop* ») dall'applicare la propria normativa non conforme alle direttive comunitarie » (così Capelli, *op. et loc. supra cit.*, 53). In base a questa teoria (elaborata da Pescatore P., *L'effet des directives: une tentative de démythification*, in *Recueil Dalloz-Sirey*, 1980, 171 ss.) è possibile riconoscere alle direttive un *effetto verticale*, cioè che le disposizioni possono essere invocate dai Soggetti solamente nei confronti dello Stato inadempiente che pretende di applicare una normativa non conforme alla direttiva; mentre non è possibile riconoscere ad esse l'effetto orizzontale, cioè non è possibile riconoscere ai singoli la possibilità di invocare una direttiva non ancora trasposta nei confronti di Soggetti diversi dallo Stato. Infine con la sentenza *Marleasing* (n. 106 del 1989 pubblicata in *Le Società*, 1991, 179 ss.) nonché con la sentenza *Forster* (n. 188 del 1990 pubblicata in *Riv. dir. pubbl. com.*, 1991, 373 con commento di Bocchia M.G.) la Corte di giustizia ritiene che il Giudice nazionale, ove debba interpretare una disposizione interna sia in senso difforme che in senso conforme allo spirito della direttiva, debba privilegiare l'interpretazione conforme. Non ci troviamo pertanto in presenza di una efficacia orizzontale, poiché le conseguenze discendono dalla legge interna. Infine la Corte di giustizia è intervenuta con una sentenza in cui ha affermato l'efficacia orizzontale delle direttive (così sentenza 14 luglio 1994 in causa n. 91/1992 *Faccini Dori* contro *Recreb s.r.l.*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1994, 363 ss.) che così riesce meglio a definire la tendenza giurisprudenziale (in tal senso vedi Capelli, *Il problema dell'efficacia orizzontale delle direttive: un epilogo in tono minore*, in *Riv. com. scambi intern.*, 1994, 367 ss.). In tal senso vedi anche Emmert V.-Pereira de Azevedo M., *L'effet horizontal des directives — La jurisprudence de la Cour de justice: un bateau ivre?*, in *Rev. trim. dir. eur.*, 1993, 503 ss. Inoltre in generale sull'efficacia delle Direttive comunitarie nella giurisprudenza della Corte di giustizia si rinvia a Conforti B., *Sulle direttive delle Comunità europee*, in *Riv. intern. dir. priv.*

denza appare univoca in tal senso: i singoli possono invocare nei confronti dello Stato quelle disposizioni delle direttive comunitarie che appaiano sotto il profilo sostanziale « incondizionate e sufficientemente precise »¹², anche quando la direttiva non sia stata recepita tempestivamente nell'ordinamento giuridico nazionale oppure sia stata recepita in maniera inadeguata.

Tale principio non appare unanimemente accettato dalla dottrina. In particolare la dottrina internazionalistica e comunitarista¹³ facendo leva sulla sentenza della nostra Corte Costituzionale n. 170 del 5 giugno 1984 sostiene l'efficacia diretta delle fonti comunitarie, con la loro automatica prevalenza rispetto alla legge interna. La Corte, però, come è stata altresì riconosciuto, con quella pronuncia ha rinunciato a giovare degli schemi consolidati nella dottrina giuspubblicistica¹⁴ e della giurisprudenza precedente per muoversi all'unisono con il criterio che stava per divenire *jus receptum* nell'Europa comunitaria.

Alcune dottrine giuspubblicistiche¹⁵ sono, però, più caute nell'accettare la sovraordinazione alla legge italiana delle fonti comunitarie, poiché l'organo legiferante nella CEE è la Commissione delle Comunità economiche europee, cioè un organo i cui rappresentanti non vengono scelti direttamente dal Corpo elettorale, ma espressi dai Governi dei singoli Paesi membri.

L'ordinamento giuridico italiano, alla luce della legge 9 marzo 1989, n. 86 (cd. legge La Pergola), ha optato per il recepimento delle fonti comunitarie e, pur non risolvendo il problema della prevalenza del re-

proc., 1974, 230 ss.; MONACO R., *L'esecuzione delle direttive comunitarie nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 1976, I, 2326 ss.; CAPOTORTI F., *Il diritto comunitario dal punto di vista del Giudice nazionale*, in *Riv. intern. dir. priv. proc.*, 1977, 519 ss.; CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, 1983, 176 ss.; BEZZI, *Le direttive comunitarie*, in *Rass. parlam.*, 1983, 170 ss.; PO-CAR F., *Lezione di diritto delle Comunità Europee*, Milano, 1986, 227 ss.; VACCA M., *Applicabilità di norme comunitarie e sindacato diffuso del Giudice nazionale*, in *Riv. dir. europeo*, 1986, 74 ss.

¹² Sulla competenza dell'ordinamento comunitario e sulla legittimità dei privati ad adire la giustizia comunitaria in merito a norme inattuato nel nostro ordinamento la dottrina giuridica è assai vasta. Infine da ultimo vedi PREDIERI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale sulla gerarchia e sulla competenza di ordinamenti o di norme nelle relazioni fra Stato e Comunità Europea*, in *La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, (Atti del seminario svoltosi in Roma al Palazzo della Consulta nei giorni 15 e 16 ottobre 1990), Milano, 1991, 96 ss.

¹³ TIZZANO, *La Corte Costituzionale e il diritto comunitario: venti anni dopo*, in *Foro it.*, 1984, I, 2063 ss.; VACCA M., *op. et loc. supra cit.*; LA PERGOLA-DEL DUCA,

Community law, International Law and the Italian Constitution, in *American Journal of International Law*, 1985, 598 ss.; MORI, *La recente giurisprudenza della Corte Costituzionale sui rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1985, 773 ss.

¹⁴ In tal senso vedi LAURIA, *Rapporti fra normativa comunitaria e normativa italiana: la sentenza n. 170/1984 della Corte Costituzionale*, in *Mezzogiorno d'Europa*, 1985, 133 ss.; NAPOLETANO, *Diritto comunitario e diritto italiano nella sentenza n. 170/1984 della Corte Costituzionale*, in *Commenti e Studi*, XVII-XVIII, Milano, 1985, 353 ss.; MASTRONIZZI-PELLECCHIA, *Il nuovo significato dell'art. 10 della Costituzione in seguito alla sentenza della Corte Costituzionale n. 170 dell'8 giugno 1984*, in *Dir. comm. scambi intern.*, 1986, 94 ss.

¹⁵ In particolare vedi FOIS, *Sistema delle fonti e riserva di legge nel difficile incrocio tra diritto comunitario ed interno*, in *La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario cit.*, Milano, 1991, 143 ss.; nello stesso senso e peraltro richiamandosi a questo scritto del Fois vedi altresì VIGNUDELLI, *DBS: problematiche giuridiche*, in *Europaforum*, 1991, n. 9, 12 ss.; IDEM, *Il diritto della sibilla. Informarsi od essere informati?*, Rimini, 1993, 179 ss.

golamento comunitario nei confronti delle leggi « incompatibili », ha previsto che annualmente il Parlamento deleghi il Governo ad emanare tutti quei decreti legislativi che possano dare attuazione (nel nostro ordinamento) alle Direttive.

Le problematiche di più difficile soluzione si pongono sulla trasposizione delle fonti comunitarie nel nostro ordinamento giuridico.

L'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato ha ritenuto una sorta di automaticità per l'entrata delle fonti nel nostro ordinamento giuridico, ritenendo nella fattispecie che l'art. 2 Direttiva contenga norme che dal punto di vista sostanziale sono incondizionate e sufficientemente precise; l'Autorità ritiene, infatti, sulla scorta di una dottrina autorevole¹⁶ che la CEE si sostituirà sempre più allo Stato nel porre norme inderogabili. Altre autorevoli dottrine giuspubblicistiche¹⁷ ricordano, però, come alcuni principi del nostro ordinamento giuridico costituiscano veri e propri limiti all'entrata automatica del diritto comunitario nel nostro ordinamento giuridico. Inoltre, nonostante sia stata proprio la Corte di giustizia CEE ad avere elaborato il principio della diretta applicabilità delle direttive comunitarie non trasposte, è stato già sottolineato¹⁸ come la stessa Suprema Corte comunitaria non abbia mai affermato la possibilità di sottoporre a proprio controllo le norme del Trattato, in relazione ai principi comuni a vari ordinamenti in tema di diritti fondamentali o alle norme pattizie sui diritti dell'Uomo.

La stessa Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, nella decisione che in questa sede si annota, non sottopone la *self executing* della Direttiva 90/388/CEE a una sorta di "verifica" con i principi ed i diritti fondamentali che potrebbero attenerci, ed in particolare con quelli connessi agli artt. 3 e 15 della Costituzione¹⁹.

Soltanto il Fois²⁰ ha puntualmente precisato, anche contro quella dot-

¹⁶ La "trasposizione" del diritto comunitario nel nostro ordinamento giuridico vedrà sempre più la Comunità sostituirsi ai legislatori nazionali. In tal caso vedi LA PERGOLA, *Il recepimento del diritto comunitario. Nuove prospettive del rapporto tra norme interne e norme comunitarie alla luce della legge 9 marzo 1989 n. 86*, in *La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario* cit., Milano, 1991, 21 ss. Sulla complicata questione relativa ai rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano in seguito alla promulgazione della legge n. 86/1989 si rinvia a VILLANI, *In tema di efficacia diretta delle decisioni comunitarie*, in *Riv. dir. intern.*, 1989, 609 ss., in cui viene esaminata anche la giurisprudenza anteriore. Per ragioni di brevità rinviamo allo stesso scritto anche per una rassegna di dottrina, ivi nt. 2.

¹⁷ Vedi FOIS, *op. et loc. supra cit.*; VIGNUDELLO, *DBS: problematiche giuridiche*, in *loc. supra cit.*, 13. Gli Autori precisano come i cd. limiti impliciti al diritto comunitario siano ad esempio il principio di uguaglianza (« che di per sé non sembra dar luogo

ad un vero proprio diritto »; in tal senso si esprime il Fois), il principio democratico e quello della sovranità popolare.

¹⁸ Così PREDIERI, *op. et loc. supra cit.*, 102.

¹⁹ La libertà di comunicazione, e più in particolare la libertà di comunicazione attraverso lo strumento telefonico-telematico, è stato oggetto di alcuni studi della dottrina giuspubblicistica. In particolare vedi PACE, *Commento all'art. 15 della Costituzione*, in *Comm. cost. Branca*, Bologna, 1977, 88; D'ONOFRI, *Potere informatico e Costituzione*, in *Dir. radiotelecom.*, 1978, 261 ss.; BARILE, *Diritti dell'Uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 163 ss.; CHIOLA, *Informazione, pensiero, radiotelevisione*, Napoli, 1984, 66. Per una analisi della dottrina e della giurisprudenza al riguardo rinviamo a TROISIO C., voce *Corrispondenza (libertà e segretezza)*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1989, 2 ss. (*ad vocem*).

²⁰ In tal senso FOIS, *op. et loc. supra cit.* L'A. parla peraltro di un vero e proprio terremoto delle fonti che al di là del piano cd. tecnico-formale, coinvolgerebbe pure

trina²¹ che riteneva comunque prevalenti le norme comunitarie su quelle interne e quindi anche su quelle costituzionali non attinenti a diritti inviolabili o a norme fondamentali, come invece esistano alcuni limiti impliciti all'ingresso del diritto comunitario nel nostro ordinamento giuridico, sottolineando come il principio di eguaglianza, quello democratico e quello della sovranità popolare costituiscono una sorta di *filtro* attraverso cui debbono « passare » le normative CEE prima del loro ingresso nel nostro ordinamento giuridico. In tal senso la prassi della legge delega comunitaria, promulgata ogni fine anno per consentire al Governo di dare attuazione nel nostro ordinamento giuridico a tutte quelle Direttive assunte in sede comunitaria nel corso dell'anno, sembra mediare le diverse posizioni, anche se non garantisce pienamente sia il rispetto del principio democratico sia di quello della sovranità popolare, anche tenuto conto del *deficit* democratico proprio del Legislatore comunitario.

L'*escamotage* giuridico non risolve, comunque, quelle problematiche connesse alla presunta prevalenza del diritto comunitario su quello italiano. Le norme comunitarie appartengono ad un ordinamento, che la giurisprudenza della Corte di giustizia²² ha ritenuto prevalente per la posizione di supremazia dell'ordinamento comunitario su quello dei singoli Paesi comunitari. « La prevalenza è la chiave fondamentale della costruzione comunitaria, che costituisce il nucleo attorno al quale si coagula il processo di trasformazione degli Stati e di passaggio verso la forma definitiva e successiva dell'Unione. La prevalenza connota, dunque, la normativa comunitaria, impronta i rapporti fra Comunità e Stati per l'adeguamento, per l'attuazione e per l'applicazione delle norme comunitarie; impone una posizione di superiorità che investe l'attività amministrativa, giurisdizionale e legislativa dei singoli Stati »²³. Pertanto le norme interne in contrasto con quelle comunitarie, stando ad una simile conclusione debbono essere disapplicate dai loro organi ogni qual volta vi sia contrasto con la normativa comunitaria.

Questa decisione dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato sembra suffragare una simile posizione, poiché dal tenore letterale della decisione si evince come le norme del Codice Postale, del Regolamento di servizio per l'abbonamento telefonico e del Piano nazionale regolatore delle telecomunicazioni del 1990 non sono state né abrogate né sostituite da quelle comunitarie, ma soltanto disapplicate, in quanto private della

« gli stessi principi politici della democrazia e della sovranità popolare fin nell'essenza degli istituti di rappresentanza politica e di democrazia diretta ».

²¹ Così PREDIERI, *op. et loc. supra cit.* L'A. effettua una sorta di bipartizione fra le norme costituzionali, ritenendole alcune « sottoposte » alle norme comunitarie ed altre « sovraordinate ». Le argomentazioni del Predieri sono state però « criticate » da Fois (vedi FOIS, *op. et loc. supra cit.*).

²² Resta comunque aperto il delicato problema (in tal senso vedi la sentenza della Corte Costituzionale n. 159/1987) del contrasto, non affrontato dalla Corte di giustizia CEE, fra normativa di legge e direttive

comunitarie su cui però la Corte Costituzionale italiana si era soffermata anche in precedenza con la sentenza n. 132/1976 (ove si ammetteva che « le direttive possono contenere disposizioni precettive idonee a produrre effetti diretti nei rapporti fra gli Stati membri e i soggetti privati »), nonché con la sentenza n. 163/1977 (ove si ricordava come « le direttive, a differenza dei regolamenti non hanno, di regola, efficacia normativa diretta ») ed infine con la sentenza n. 170/1984 che fa riferimento alla normativa comunitaria « compiuta e immediatamente applicabile ».

²³ Così PREDIERI, *op. et loc. supra cit.*, 103.

loro forza cogente. « L'efficacia della norma interna è paralizzata; ma riprenderebbe vigore se venisse meno la norma comunitaria, perché il regime di riserva di competenza subordinato all'esercizio del potere lascia integra la legittimità di nuove norme o la reviviscenza di norme che sono quiescenti quanto alla loro operatività, ma non decadute, mentre gli atti amministrativi che fossero stati formati sul presupposto di norme che dovevano essere disapplicate sono invalidi, nulli (o, secondo taluni, inesistenti) »²⁴.

Resta certamente problematico l'entità dell'intervento comunitario in una materia delicata, quale quella delle telecomunicazioni, soprattutto laddove possono sorgere implicazioni sulla libertà di comunicazione. È stato del resto già sottolineato²⁵ quella sorta di rischio per cui la competenza sovranazionale possa tendere a decampare dalla sfera dei rapporti economici fino ad incidere su aspetti peculiari dei diritti inviolabili. Il problema, seppure di grande delicatezza, non ci sembra sia stato toccato dalla decisione dell'Autorità garante, che ha preferito non debordare in ambiti che non avessero "ricaduta" economica, nonostante la decisione si collochi in quella tendenza giurisprudenziale che non porrebbe più la riserva di legge²⁶ come limite e « filtro » all'ingresso delle norme comunitarie.

Pertanto non possiamo non convenire con quanti sostengono ben più autorevolmente²⁷ che appare sempre più incerto il fondamento giuridico sul quale si basa la competenza della Comunità, poiché la normativa comunitaria tende progressivamente ad incidere sui confini di una ripartizione di competenza che si riteneva sufficientemente « certa ed effettiva »²⁸. Ciò solleva l'urgenza di trovare un percorso atto ad « armonizzare » le normative nazionali con quelle comunitarie, così da consentire « l'ingresso in una dimensione più ampia ma rispettosa delle diversità di fondo »²⁹.

La decisione dell'Autorità garante non ha sollevato queste problematiche; ma è auspicabile che nelle sedi propriamente giurisdizionali venga *focalizzato* meglio il problema, trovando soluzioni che contemperino la progressiva « *invadenza* » delle fonti comunitarie con il rispetto del principio democratico e di sovranità popolare.

5. Pur sottolineando come la legge appare l'unico strumento di tutela delle libertà fondamentali, precondizioni nel nostro stesso ordinamento giuridico³⁰, o quantomeno della sua democraticità, tuttavia il decampare

²⁴ Così FOIS, *op. et loc. supra cit.*

²⁵ Vedi FOIS, *op. et loc. supra cit.*; VIGNUDELLI, *op. et loc. supra cit.*

²⁶ Vedi le obiezioni sollevate per la fattispecie da FOIS, *op. et loc. supra cit.* Laddove esaminando le problematiche connesse alla riserva di legge in relazione all'ingresso del diritto comunitario rileva come la riserva di legge sia un « aspetto essenziale della tutela di quei diritti inviolabili e/o inalienabili che la stessa Corte Costituzionale invoca quale *controlimita* all'ingresso del diritto comunitario ». La riserva di legge appare così come un « principio di garanzia costitu-

zionale di carattere quasi generale » contenendo « l'intima connessione della riserva di legge con l'essenza del principio democratico e del controllo di costituzionalità ».

²⁷ Così FOIS, *op. et loc. supra cit.*; in tal senso anche Vignudelli (VIGNUDELLI, *op. et loc. supra cit.*) che riconduce esplicitamente la sua posizione a quella del Foiss.

²⁸ Così FOIS, *op. et loc. supra cit.*

²⁹ In tal senso vedi VIGNUDELLI, *op. et loc. supra cit.*

³⁰ Le libertà fondamentali come precondizioni del nostro ordinamento giuridico è la sintesi di una posizione espressa

del diritto comunitario sul nostro ordinamento giuridico viene ad incidere in questa fattispecie più su aspetti economico-imprenditoriali che liberari. L'oggetto della Direttiva 90/388/CEE appare, infatti, quello della liberalizzazione dei servizi di telefonia, piuttosto che la disciplina delle modalità intersubiettive di comunicazione. È pur vero che la liberalizzazione dei servizi di TLC influenzerà anche le modalità di comunicazione per le quali vige la riserva di legge *ex art. 15* della Costituzione.

Nella fattispecie la portata degli aspetti economici non appare intrecciarsi in maniera significativa con i fondamentali diritti sociali e civili connessi all'attività. Inoltre le possibilità di comunicazione fra i singoli non possono che aumentare con l'incremento del numero degli esercenti l'attività di TLC.

Ciò non deve farci ritenere senza alcun limite l'ingresso del diritto comunitario nel nostro ordinamento, anche se (a torto o ragione) viene ritenuto che persino la riserva di legge non rappresenterebbe un limite. Dare per scontata una generalizzazione simile è infatti un'opinione quantomeno sbrigativa, poiché al principio della riserva di legge si collega strettamente quello democratico che « nel nostro sistema, non implica soltanto la regola della maggioranza, ma anche (« metodo democratico ») un procedimento che garantisca effettivamente una dialettica che giova specialmente alle minoranze e/o opposizioni »³¹.

Se la soluzione adotta dall'Autorità *antitrust* ci può apparire per la fattispecie condivisibile, anche alla luce del fatto che appariva in sintonia con la normativa della legge delega comunitaria che attribuiva al Governo la competenza a legiferare in materia e con lo schema di decreto legislativo che nello stesso periodo della decisione veniva portato a conoscenza (per l'acquisizione del relativo parere) delle competenti Commissioni parlamentari, tuttavia riteniamo che l'eccezionalità della fattispecie non possa condurre a generalizzazioni, anche perché se così fosse si avvertirebbe con maggior vigore l'esigenza di far luce sul sistema complesso di gerarchia delle fonti nell'intreccio fra diritto comunitario e diritto interno. Si innescerebbe così un ragionamento «sugli aspetti strutturalmente essenziali del nostro sistema costituzionale»³², e, quindi, dei sistemi costituzionali.

ALFONSO CONTALDO

dal Bobbio (così BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, 51 ss.; IDEM, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, 71 ss.; IDEM, *L'età dei diritti*, Torino, 1992, 2ª ed., 12 ss.) sulla quale è intervenuto dando il suo contributo Fois, che però ha sollevato il problema se le libertà fondamentali siano o meno preconditione della democraticità dell'ordinamento giuridico. Vedi FOIS, « Nuovi » *diritti di libertà*, in *Scritti Barile*, Padova, 1990, nonché in FOIS, *La libertà di « informazione »* (a cura di VIGNUPELLI), Rimini, 1991, 441 ss.; FOIS, *Informazione: potere o libertà?*, in *Rap-*

porto '93 sui problemi giuridici della radiotelevisione in Italia (a cura di BARILE-ZACCARIA), Torino, 1994, 411 ss.; FOIS, *Intervento*, in *Il rispetto dei principi fondamentali nell'Europa del diritto*, (Atti del Convegno di studi tenutosi a Sassari il 20-22 novembre 1992), in via di pubblicazione, 5 ss. (dattiloscritto).

³¹ Così FOIS, *Sistema delle fonti e riserva di legge nel difficile incrocio tra diritto comunitario ed interno*, in *La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario* cit., Milano, 1991, 151.

³² *Ibidem*.