

FRANCESCO SCAGLIONE

IL REGIME GIURIDICO DELLE FREQUENZE RADIOTELEVISIVE

SOMMARIO: 1. Le frequenze radiotelevisive quali beni pubblici. — 2. I diritti individuali di uso delle radiofrequenze. — 3. Il superamento del paradigma unitario delle situazioni di appartenenza. — 4. Le radiofrequenze quali beni pubblici a fruizione collettiva. — 5. Il diritto d'uso delle radiofrequenze quale diritto di monopolio.

1. LE FREQUENZE RADIOTELEVISIVE QUALI BENI PUBBLICI.

L'art. 14 del codice delle comunicazioni elettroniche (D.Lgs. 1 agosto 2003, n. 259, d'ora in avanti c.c.e.), nel testo consolidato con le modifiche introdotte dal D.Lgs. 28 maggio 2012, n. 70, sul presupposto che « le radiofrequenze sono un *bene pubblico* dotato di un importante valore sociale, culturale ed economico », affida al Ministero dello sviluppo economico ed all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) il compito di assicurare « la gestione efficiente delle radiofrequenze per i servizi di comunicazione elettronica »¹.

Il testo del suddetto articolo è frutto del recepimento della direttiva 2009/140 CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009 (c.d. *direttiva legiferare meglio*), secondo cui le

* Il presente scritto è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato a un componente il Comitato Scientifico dei Referenti della Rivista secondo le correnti prassi nella comunità dei giuristi.

** Testo rielaborato della relazione svolta all'incontro di studio sul tema: *Il regime giuridico dei beni « a fruizione collettiva »: in particolare, internet e la tutela dei diritti fondamentali*, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 3 luglio 2012.

¹ Ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. gg) del D.Lgs. n. 259/2003, per « servizi di comunicazione elettronica » si intendono i servizi, forniti di norma a pagamento,

consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica, compresi i servizi di telecomunicazioni e i servizi di trasmissione nelle reti utilizzate per la diffusione circolare radiotelevisiva, ad esclusione dei servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti; sono inoltre esclusi i servizi della società dell'informazione di cui all'articolo 2, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, non consistenti interamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica ».

radiofrequenze sono « una risorsa pubblica molto limitata », che riveste un importante valore sociale, culturale ed economico². Come si vede, nella direttiva v'è un riferimento esplicito alla naturale scarsità delle radiofrequenze, che spiega, innanzitutto, il valore economico di esse.

Tuttavia, per comprendere meglio la ragione per la quale il legislatore considera le radiofrequenze un bene che soddisfa interessi pubblici rilevanti, è sufficiente un breve cenno alle caratteristiche proprie di queste energie.

Dal punto di vista tecnico-scientifico, le radiofrequenze sono un particolare tipo di onde elettromagnetiche³ (onde radio), capaci di veicolare segnali sonori e visivi secondo una certa lunghezza d'onda ed una certa frequenza. La frequenza, in particolare, misura il numero di oscillazioni delle onde elettromagnetiche che passano per un determinato punto nell'unità di tempo considerata⁴.

Lo spettro elettromagnetico, invece, è l'insieme di tutte le possibili frequenze con cui le onde elettromagnetiche si propagano nello spazio, cioè nell'etere⁵. In proposito, l'art. 42, comma 1, del D.Lgs. 31 luglio 2005, n. 177⁶ (*Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*, d'ora in avanti T.U.), dichiara che « lo spettro elettromagnetico costituisce una risorsa essenziale ai fini dell'attività radiotelevisiva ». A ciò è necessario aggiungere che le onde elettromagnetiche idonee allo scopo di diffusione radiotelevisiva, vale a dire le onde radio, sono una risorsa scarsa, perché esse sono esattamente *predeterminate e infungibili* all'interno della banda che le contiene. Questo concetto di scarsità, intesa quale limitata disponibilità *in astratto* delle radiofrequenze, si differenzia da quello di scarsità *in concreto*, che, invece, dipende da circostanze variabili caso per caso, quali, ad esempio, il numero degli operatori di rete⁷, la struttura oro-geografica, la natura

² V. considerando 24 e art. 8-bis della direttiva 2009/140 CE, cit.

³ Le onde elettromagnetiche sono costituite da una catena di campi elettrici e magnetici che possono propagarsi nello spazio e si generano reciprocamente, prescindendo dalle cariche e dalle correnti che le hanno generate.

⁴ La frequenza viene misurata in cicli al secondo o hertz: ad un hertz corrisponde un'oscillazione (o ciclo) al secondo. Poiché la lunghezza d'onda e la frequenza di una radiazione sono inversamente proporzionali, tanto minore sarà la lunghezza d'onda, tanto maggiore sarà la frequenza e quindi l'energia dell'onda a parità di ampiezza.

⁵ Lo spettro elettromagnetico si compone di radiazioni ionizzanti e radiazioni

non ionizzanti (NIR, *no ionizing radiation*). Le radiofrequenze sono radiazioni non ionizzanti, vale a dire radiazioni elettromagnetiche la cui energia non è sufficiente a determinare modificazioni a livello molecolare della materia.

⁶ Modificato dal D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 44. Cfr. G. M. ROBERTI, V. ZENOVICH, *Le linee guida del D.Lgs. 15 marzo 2010 n. 44 (« Decreto Romani »)*, in *Dir. inf.*, 2010, p. 1 ss.

⁷ Ai sensi dell'art. 2, lett. d) del T.U., l'operatore di rete è il soggetto titolare del diritto di installazione, esercizio e fornitura di una rete di comunicazione elettronica su frequenze terrestri in tecnica digitale, via cavo o via satellite, e di impianti di messa in onda, moltiplicazione, distribuzione e diffusione delle risorse frequenziali che

dei servizi che si intendono fornire, la disponibilità di infrastrutture, etc.⁸.

●Orbene, è proprio la necessaria strumentalità dell'utilizzo delle radiofrequenze per lo svolgimento dell'attività di diffusione radio-televisiva, che è innanzitutto attività di impresa, a rendere catalogabili queste energie nel novero dei beni in senso giuridico, cioè delle cose (incorporali) che possono formare oggetto di diritti (cfr. artt. 810 e 814 c.c.). Si tratta però di un'attività economica attraverso la quale si realizzano concretamente aspetti fondamentali della personalità umana, primo fra tutti la libertà di manifestazione del pensiero tutelata dall'art. 21 della Costituzione⁹; ed è soprattutto per questo motivo che l'uso delle frequenze radiotelevisive coinvolge immediatamente interessi pubblici.

In proposito, l'art. 3 T.U. assai opportunamente sottolinea che sono principi fondamentali del sistema radiotelevisivo « la garanzia della libertà e del pluralismo dei mezzi di comunicazione radio-televisiva, la tutela della libertà di espressione di ogni individuo, inclusa la libertà di opinione e quella di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza limiti di frontiere, l'obiettività, la completezza, la lealtà e l'imparzialità dell'informazione, l'apertura alle diverse opinioni e tendenze politiche, sociali, culturali e religiose e la salvaguardia delle diversità etniche e del patrimonio culturale, artistico e ambientale, a livello nazionale e locale, nel rispetto delle libertà e dei diritti, in particolare della dignità della persona, della promozione e tutela del benessere, della salute e dell'armonico sviluppo fisico, psichico e morale del minore, garantiti dalla Costituzione, dal diritto comunitario, dalle norme internazionali vigenti nell'ordinamento italiano e dalle leggi statali e regionali ».

Al fine di rendere efficiente l'uso dello spettro elettromagnetico, il legislatore prevede che l'utilizzazione delle frequenze deve conformarsi al *piano nazionale di ripartizione delle frequenze* (PNRF)¹⁰, adottato dal Ministero dello sviluppo economico sentiti

consentono la trasmissione dei programmi agli utenti.

⁸ Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Le frequenze radio, in La televisione digitale: temi e problemi*, a cura di A. Frignani, E. Poddighi, V. Zeno-Zencovich, Milano, 2006, p. 385, il quale osserva, innanzitutto, che « le frequenze sono scarse in relazione al numero di operatori che già le utilizzano ovvero saranno intenzionati ad utilizzarle e alla quantità che ne verrà richiesta ».

⁹ Cfr. R. ZACCARIA, *Principi costituzionali in materia di radiotelevisione*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. Santaniello, vol. XV, t. II, *Radiotelevisione*, a cura di R. Zaccaria, Padova,

1996, p. 15: « L'attività radiotelevisiva trova certamente il suo principale fondamento costituzionale nell'art. 21 della Costituzione. Non c'è dubbio infatti che la norma costituzionale che tutela la libertà di manifestazione del pensiero, pur riferendosi esplicitamente al solo mezzo della stampa, alla quale dedica una particolarissima attenzione nei commi 2, 3, 4 e 5, offre una sicura copertura, nel suo primo comma, anche al mezzo radiotelevisivo al quale i Costituenti non ritennero peraltro opportuno fare esplicito riferimento ».

¹⁰ Il PNRF costituisce un vero e proprio piano regolatore dell'utilizzo dello spettro radioelettrico in Italia.

l'Agcom, i Ministeri dell'interno, della difesa, delle infrastrutture e dei trasporti, la concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo e gli operatori di comunicazione elettronica ad uso pubblico, nonché il Consiglio superiore delle comunicazioni (art. 42, comma 3, T.U.). Spetta, invece, alla Agcom la competenza ad adottare ed aggiornare i *piani nazionali di assegnazione delle frequenze radiofoniche e televisive*, le quali, a seguito del processo di *digitalizzazione*¹¹, devono ormai considerarsi frequenze *in tecnica digitale* (art. 42, comma 5, T.U.)¹².

Nel settore televisivo, l'introduzione della tecnologia digitale in luogo di quella analogica per la trasmissione del segnale *terrestre* via etere, c.d. DVB-T (*Digital Video Broadcasting-Terrestrial*)¹³, ha determinato un netto progresso nella qualità dei segnali irradiati. La trasmissione in digitale del segnale terrestre, inoltre, migliora l'efficienza spettrale (ovverosia il rapporto tra la velocità di

Lo scopo del Piano è: a) di stabilire, in ambito nazionale e per il tempo di pace l'attribuzione ai diversi servizi delle bande di frequenze oggetto del piano; b) di indicare per ciascun servizio, nell'ambito delle singole bande, l'autorità governativa preposta alla gestione delle frequenze, nonché le principali utilizzazioni civili; c) di verificare l'efficiente utilizzazione dello spettro, al fine di liberare risorse per il settore televisivo e di gestire al meglio gli eventuali contenziosi con i Paesi frontalieri. Il Piano attualmente in vigore, che concerne le bande di frequenze comprese tra 0 e 1000 GHz, è stato approvato con decreto ministeriale del 13 novembre 2008. La firma del decreto ministeriale ha rappresentato la conclusione di un iter che è durato due anni ed ha consentito di recepire nella normativa nazionale alcune decisioni della WRC (*World Radiocommunication Conference* - Conferenza Mondiale delle Radiocomunicazioni), tra cui quelle riguardanti la radiodiffusione televisiva in tecnica digitale, nonché una serie di decisioni della Commissione Europea in merito alla gestione dello spettro radioelettrico (cfr. www.sviluppoeconomico.gov.it).

¹¹ Cfr. E. MENDUNI, *Televisioni. Dallo spettacolo televisivo alle piattaforme multimediali*, 5ª ed., Bologna, 2009, p. 108: «La digitalizzazione è la conversione dei dati in un linguaggio numerico binario, contraddistinto dai soli numeri 0 e 1, e il loro trattamento elettronico. Il computer riconosce solo due posizioni, 0 e 1, sì e no, on e off. Invece i nostri sensi percepiscono il mondo come una variazione continua della voce, o lo sfumare dei colori, ossia in modo analogico».

In proposito, la Conferenza Regionale della *Unione Internazionale delle Telecomunicazioni (International Telecommunication Union, www.itu.int)* di Ginevra (ITU GE06), tenutasi nel giugno 2006, ha stabilito: a) le regole per il processo di transizione dalla tecnologia analogica alla tecnologia digitale; b) le modalità di utilizzo dello spettro in Europa e nel Nord Africa, e le regole di coordinamento internazionale; c) la data di spegnimento definitivo delle reti analogiche (2015) e la relativa protezione dall'interferenza proveniente da paesi confinanti; d) l'assegnazione esclusiva ad un unico operatore di una singola frequenza, in ampie aree di servizio.

¹² V. il decreto legge 23 gennaio 2001, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 marzo 2001, n. 66, come modificato dal decreto legge 30 dicembre 2005, n. 273, convertito con legge n. 51 del 23 febbraio 2006 e dal decreto legge 1º ottobre 2007, n. 159, convertito con legge 29 novembre 2007, n. 222 e, in particolare, l'art. 2-bis, comma 5, che fissa i termini del c.d. *switch-over* (passaggio dalla tecnica analogica a quella digitale): «*le trasmissioni televisive dei programmi e dei servizi multimediali su frequenze terrestri devono essere irradiate esclusivamente in tecnica digitale entro l'anno 2012. A tal fine sono individuate aree all digital in cui accelerare la completa conversione*».

Sulla ripartizione di competenze tra il Ministero e l'Agcom v. anche l'art. 14, comma, 1, c.c.e.

¹³ Esistono altri tre tipi di trasmissione radiotelevisiva in tecnica digitale: quella satellitare, quella via cavo, e l'IPTV (Internet Protocol Television), che sfrutta la banda larga di internet.

trasmissione offerta all'utente e la banda di frequenze utilizzata), aumentando il numero dei canali disponibili (ogni frequenza può trasportare non più un solo programma, ma da quattro a sette programmi); inoltre essa riduce l'inquinamento elettromagnetico, poiché richiede una potenza inferiore alla trasmissione analogica¹⁴. Ciò, tuttavia, non impedisce — in linea di principio — che il segnale digitale sia soggetto ad interferenze che ne disturbino o ne impediscano la ricezione¹⁵.

¹⁴ V. il *Libro Bianco sulla televisione digitale terrestre*, in www.agcom.it.

¹⁵ Cfr. l'ottima esemplificazione riportata in www.digitale-terrestre-tv.it (*Digitale terrestre: i segreti per una ricezione corretta*): «In una stanza affollata una prima persona comunica un numero di telefono ad una seconda persona. Se la stanza è silenziosa il livello della voce può essere basso e l'operazione riesce facilmente, l'interlocutore ascolta la voce e distingue bene i numeri e li trascrive da qualche parte. Se la stanza è rumorosa è necessario alzare il livello della voce anche solo per farsi sentire e non è del tutto sicuro che l'interlocutore riuscirà nell'operazione di comprensione dei numeri pronunciati, commettendo in questo modo degli errori. Il cervello umano nello stesso momento fa la sua parte mettendo in azione meccanismi automatici di selezione del messaggio sul quale si concentra l'attenzione, "attenuando" tutte le altre voci presenti nella stanza ad esempio, e meccanismi di interpolazione per riuscire a ricostruire il messaggio nella sua completezza anche se alcuni elementi si sono persi nella confusione.

Il segreto sta nell'uso di un "codice" sovrapposto alla trasmissione fisica, nel nostro caso televisivo il codice (uno dei codici, il "più esterno") digitale sopra la modulazione elettromagnetica. È chiaro il vantaggio della "trasmissione digitale": anche in caso di molto rumore e molti disturbi, se necessario ripetendo la sequenza dei numeri più volte, la probabilità di trasmettere il significato del messaggio è alta, il numero di telefono viene compreso esattamente come se la stanza fosse molto silenziosa perché il risultato dell'operazione di decodifica è svincolato dall'andamento lineare nel tempo della ricezione disturbata. Il sistema di trasmissione DVB-T nel suo complesso — come tutti i sistemi digitali, come pure il trasferimento dei dati contenuti in un Compact Disc dal disco al lettore — è appositamente studiato per "resistere agli errori". In particolare è studiato per sopportare quelli dovuti all'interferenza da "cammino multiplo", caratteristica

nella trasmissione da terra in zone montagnose e con alti palazzi nei centri urbani cioè la tipica situazione italiana. Il "ricevitore standard", che è studiato come parte del sistema, è per definizione quindi capace di "ricostruire" segmenti di segnale mancante o errato tramite processi di "interpolazione" e "correzione degli errori" mantenendo il segnale sullo schermo tendenzialmente fluido e senza quadrettatura anche nel caso in cui il processo di trasmissione/ricezione sia affetto da generici problemi di decodifica. Con l'aumento dei problemi nel processo, naturalmente, aumentano i disturbi sullo schermo. Nella trasmissione e ricezione di un flusso di bit non è quindi il livello del segnale o la sua "purezza" il parametro più importante da controllare quanto piuttosto il numero degli errori nella "trascrizione" di questa serie di livelli digitali (zero e uno) da parte del ricevitore. La quantità di errori generata nella demodulazione del flusso di dati digitali non è strettamente dipendente dal livello del segnale, anche se un sufficiente livello del segnale è naturalmente condizione necessaria. Di solito si può notare, infatti, che anche nel caso in cui il livello del segnale sia indicato al "60%" (sebbene le indicazioni che forniscono i ricevitori non siano "assolute" e quindi sono utili soprattutto per tenere sotto controllo il proprio impianto nel corso del tempo) è comunque etichettato come "buono" dal ricevitore e una sua variazione non comporta evidenti conseguenze, fino ad un drastico limite inferiore sotto il quale il numero di errori cresce improvvisamente, rendendo la visione sostanzialmente impossibile. Il nome dato alla misura dell'errore è "BER" ovvero "Bit Error Rate" ed anche questo, come il livello del segnale, è di solito riportato a schermo in forma numerica dal sintonizzatore digitale oppure indicato più semplicemente, facendone l'inverso, come "qualità" da una barra grafica. Il livello d'errore accettabile è inferiore a zero seguito da nove zeri dopo la virgola e su alcuni ricevitori è utilizzata la notazione scientifica, per esempio "0E-9". Già quando gli

In particolare, il problema delle interferenze si pone con forza con riferimento al possibile utilizzo di una medesima radiofrequenza nell'ambito di una stessa banda da parte di emittenti televisive e di società di telefonia mobile che sfruttino il nuovo sistema di accesso mobile a banda larga (c.d. LTE: *Long Term Evolution*; ad esempio, le frequenze corrispondenti ai canali televisivi da 61 a 68 della banda 800 MHz, ritenute le più pregiate, perché servono a mandare il segnale lontano e a coprire aree vaste)¹⁶. Bisogna ricordare, inoltre, che le frequenze radio sono essenziali tanto per la trasmissione televisiva in tecnica digitale su piattaforme terrestri (DVB-T) quanto per quella su piattaforme mobili (DVB-H/DVB-T2).

L'istituzione della Sezione speciale del registro degli operatori di comunicazione, riservata esclusivamente alle infrastrutture di diffusione operanti sul territorio nazionale (Catasto nazionale delle frequenze), ha consentito di completare il primo censimento degli impianti radiotelevisivi finalizzato a pianificare le operazioni di transizione al sistema di trasmissione in tecnica digitale.

Il problema del caos dell'etere, creato dal sovraffollamento di emittenti che intendono utilizzare le medesime frequenze, dovrebbe essere risolto solo da un sistema di assegnazione (dei diritti

errori salgono a "0E-6" è possibile che il sistema non sia in grado di "interpolare" (si chiama così la capacità del ricevitore di superare il problema degli errori) e quindi si generano sullo schermo soprattutto effetti di quadratura oppure blocchi dell'immagine».

¹⁶ Cfr. art. 1, comma 8, della legge 13 dicembre 2010, n. 220, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di Stabilità 2011)»: «Entro quindici giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni avvia le procedure per l'assegnazione di diritti d'uso di frequenze radioelettriche da destinare a servizi di comunicazione elettronica mobili in larga banda con l'utilizzo della banda 790-862 MHz e di altre risorse eventualmente disponibili, conformemente a quanto previsto dal codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259. In coerenza con la normativa dell'Unione europea, il Ministro dello sviluppo economico fissa la data per l'assegnazione delle frequenze della banda 790-862 MHz e delle altre risorse eventualmente disponibili ai servizi di comunicazione elettronica mobili in larga banda. La liberazione delle frequenze di cui al primo periodo per la loro destinazione ai servizi di comunicazione elettronica mobili in larga banda

deve comunque avere luogo entro e non oltre il 31 dicembre 2012. Il Ministero dello sviluppo economico può sostituire le frequenze già assegnate nella banda 790-862 MHz con quelle liberate ai sensi delle disposizioni dei commi da 9 a 12 o altrimenti disponibili. Il piano nazionale di ripartizione delle frequenze e il piano nazionale di assegnazione delle frequenze televisive sono adeguati alle disposizioni del presente comma.

Alla scadenza del predetto termine, in caso di mancata liberazione delle suddette frequenze, l'Amministrazione competente procede senza ulteriore preavviso alla disattivazione coattiva degli impianti avvalendosi degli organi della polizia delle comunicazioni ai sensi dell'art. 98 del codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259. In caso di indisponibilità delle frequenze della banda 790-862 MHz, dalla scadenza del predetto termine e fino all'effettiva liberazione delle frequenze, gli assegnatari dei relativi diritti d'uso in esito alle procedure di cui al primo periodo del presente comma hanno diritto a percepire un importo pari agli interessi legali sulle somme versate a decorrere dal 1° gennaio 2013. Il Ministero dell'economia e delle finanze si rivalde di tale importo sui soggetti che non hanno proceduto tempestivamente alla liberazione delle frequenze stesse».

di uso) delle radiofrequenze tramite gara pubblica (procedura concorrenziale); ma ciò è ancora una realtà in divenire, che non impedisce comunque il sorgere di una conflittualità in questo delicato settore¹⁷.

2. I DIRITTI INDIVIDUALI DI USO DELLE RADIOFREQUENZE.

L'idoneità delle radiofrequenze a soddisfare interessi pubblici di rilievo costituzionale comporta, secondo una recente ricostruzione, l'attribuzione a tali energie della natura di beni *destinati ad un pubblico servizio*, rientranti tra quelli appartenenti al patrimonio indisponibile dello Stato in virtù dell'art. 826, comma 3, c.c.¹⁸. Questa soluzione si giustificerebbe con l'impossibilità di ricomprendere le radiofrequenze tra i beni demaniali, attesa la tassatività dell'elencazione di questi ad opera dell'art. 822 c.c.¹⁹. Inoltre, l'applicabilità dell'art. 828, comma 2, c.c., secondo cui i beni che fanno parte del patrimonio indisponibile non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano, sarebbe confermata dal regime di controllo pubblico cui è soggetto l'uso delle radiofrequenze e, pertanto, dal vincolo di destinazione delle relative bande facenti parte dello spettro elettromagnetico.

La destinazione delle radiofrequenze, come si è visto, è stabilita tanto dal piano nazionale di ripartizione delle frequenze, con cui lo Stato distribuisce porzioni dello spettro radioelettrico, assegnate in sede internazionale, tra i vari servizi di telecomunicazione, quanto dal correlativo piano di assegnazione predisposto dall'Agcom, attraverso il quale il territorio nazionale viene suddiviso in bacini di utenza, coincidenti con il territorio delle regioni e

¹⁷ V., ad esempio, l'art. 3-*quinquies* del decreto legge 2 marzo 2012 n. 16 sulle semplificazioni fiscali, coordinato con la legge di conversione 26 aprile 2012 n. 44 (recante: « Disposizioni urgenti in materia di semplificazioni tributarie, di efficientamento e potenziamento delle procedure di accertamento »), rubricato « *Misure urgenti per l'uso efficiente e la valorizzazione economica dello spettro radio ed in materia di contributi per l'utilizzo delle frequenze televisive* ». Questa disposizione azzerà il precedente sistema della procedura comparativa (c.d. *beauty contest*), in base al quale le frequenze digitali erano assegnate gratuitamente alle emittenti di più alto valore dal punto di vista economico e finanziario (v. l'art. 4 del decreto legge 31 marzo 2011, n. 34 « *Misure di razionalizzazione dello spettro radioelettrico* », con-

vertito con modifiche nella legge 26 maggio 2011 n. 75).

¹⁸ Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Le frequenze elettromagnetiche fra diritto ed economia*, in *Dir. inf.*, 2002, p. 721. Secondo l'Autore (p. 722) « se per servizio pubblico intendiamo una attività consistente nella prestazione di un servizio che al tempo stesso è offerto — senza discriminazione — alla generalità del pubblico e soddisfa esigenze che vengono qualificate di interesse pubblico, è difficile negare che i servizi di telecomunicazioni non ad uso privato, costituiscano servizio pubblico ».

¹⁹ Cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 9^a ed., Milano, 2007, p. 180. In argomento, v. *amplius*, E. CASTORINA-G. CHIARA, *Beni pubblici*, in *Comm. cod. civ.* Schlesinger-Busnelli, Milano, 2008, p. 110 ss.

delle provincie autonome di Trento e Bolzano, per procedere alla individuazione della localizzazione degli impianti di trasmissione nonché della struttura e del numero delle reti per la radiodiffusione (v. artt. 42, commi 5-13 T.U.).

In proposito, l'art. 15 del testo unico della radiotelevisione, in combinato disposto con l'art. 25 del codice delle comunicazioni elettroniche, individua un modello di gestione dello spettro elettromagnetico fondato su una peculiare disciplina dei titoli abilitativi, introdotta in ambito europeo dalla c.d. *direttiva autorizzazioni* (2002/20/CE, modificata, unitamente alle direttive 2002/19/CE e 2002/21/CE, dalla direttiva 2009/140/CE). In particolare, se, da un lato, l'attività di operatore di rete su frequenze terrestri in tecnica digitale è soggetta, in linea di principio, al regime dell'*autorizzazione generale*, dall'altro, tuttavia, quale eccezione giustificata dall'interesse pubblico, come tipicamente avviene nel settore radiotelevisivo (v. art. 15, commi 2 e 3, T.U.), l'utilizzo delle frequenze può essere subordinato alla *concessione di diritti individuali di uso*²⁰, che sono rilasciati mediante procedure aperte, obiettive, trasparenti, non discriminatorie e proporzionate (cfr. art. 27, comma 5, c.c.e.); tali diritti d'uso possono, alle condizioni stabilite dalla legge, essere oggetto di *trasferimento* o di *affitto* (v. artt. 14-ter e 27, commi 5-bis e 6-bis, c.c.e.)²¹. Pertanto, come è stato osservato, se il regime di appartenenza delle radiofrequenze « non può essere altro che quello di bene pubblico attribuito allo Stato in quanto ente esponentiale della collettività », è pur vero che « a valle di ciò opera un sistema di concessioni di uso delle frequenze che tende a mimare le situazioni di appartenenza proprietaria sotto il profilo della circolazione e forme di tutela »²². Storicamente, questa ambiguità concettuale è il portato di una scelta ricostruttiva compiuta dalla scienza del diritto amministrativo, la quale escogitò nel XIX secolo un concetto di proprietà pubblica sulla falsariga degli schemi pandettistici, che rifiutavano il riconoscimento di forme di proprietà diverse dalla proprietà individuale di ascendenza romanistica²³. In altri termini, partendo da una *no-*

²⁰ Cfr. art., 27, commi 1 e 2, c.c.e.: « Ogni qualvolta ciò sia possibile, l'uso delle frequenze radio non è subordinato al rilascio di diritti individuali di uso. I diritti individuali di uso possono essere concessi per: a) evitare interferenze dannose, b) assicurare la qualità tecnica del servizio, c) assicurare un utilizzo efficiente dello spettro, oppure d) conseguire altri obiettivi di interesse generale conformi alla normativa europea. Qualora l'utilizzo delle frequenze radio non sia subordinato alla concessione di diritti individuali di uso, il diritto di utilizzarle deriva dall'autorizzazione genera-

le e le relative condizioni di uso sono in essa stabilite ».

²¹ In argomento, v. G. CAGGIANO, *La riforma del regime delle radiofrequenze nel quadro delle comunicazioni elettroniche*, in *Dir. inf.*, 2009, p. 861 ss., spec. pp. 878 ss., 884 ss.; P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, 4^a ed., Bologna, 2009, p. 219 ss.

²² A. GAMBARO, *I beni*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, Milano, 2012, p. 183.

²³ Cfr. M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, p. 7.

zione unitaria della proprietà, quale paradigma delle situazioni di appartenenza, si è tenuto soprattutto presente un concetto di bene pubblico *in senso soggettivo*, quale bene appartenente ad un pubblico potere, secondo la locuzione codicistica di cui agli artt. 822 ss. cod. civ. (libro terzo, titolo I, capo II), trascurando così il *profilo contenutistico* della peculiare situazione giuridica avente ad oggetto le radiofrequenze.

3. IL SUPERAMENTO DEL PARADIGMA UNITARIO DELLE SITUAZIONI DI APPARTENENZA.

Anteriormente all'entrata in vigore del sistema concessorio²⁴, il riferimento al paradigma unitario delle situazioni di appartenenza (diritto soggettivo di proprietà) aveva condotto la giurisprudenza a tutelare le trasmissioni radiotelevisive via etere contro le interferenze causate da un utilizzo non regolamentato dello spettro elettromagnetico tramite il riconoscimento di un possesso delle radiofrequenze, che, in quanto energie, costituirebbero beni mobili ai sensi dell'art. 814 c.c.²⁵.

²⁴ Il sistema concessorio fu introdotto per la prima volta dalla L. 223 del 1990 (c.d. legge Mammi).

²⁵ Cfr., ad es., Cass. civ., 10 marzo 2005, n. 5317, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Posse*, n. 40: « In tema di tutela possessoria, allorché si è in presenza di un'azione posta in essere in un dato luogo ma sviluppante i suoi effetti in un vasto territorio, l'unico criterio idoneo ad individuare il luogo dove è avvenuto il fatto denunciato, ai fini della determinazione della competenza per territorio, non è quello (o quelli) in cui si sono propagati gli effetti dannosi, ma esclusivamente quello nel quale è stata posta in essere la condotta umana che ha determinato gli effetti dannosi denunciati, e pertanto, se lo spoglio o la turbativa sono realizzati mediante emissione di onde che vanno a sovrapporsi o ad interferire nel canale di irradiazione di onde elettromagnetiche da altri posseduto, il fatto lesivo del possesso altrui, si localizza nel luogo dove è sito l'impianto che emette le onde disturbatrici e, quindi, nel caso di segnale ritrasmesso, in base al luogo dell'impianto ripetitore ovvero dell'impianto di origine, a seconda che, in ragione della frequenza in concreto utilizzata o dalla distanza dall'impianto, si attribuisca all'uno o all'altro la causa dei suddetti disturbi ». In precedenza, v. Cass., 19 aprile 1991, n. 4243, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, p. 386 ss.: « In favore del privato esercente trasmissioni

radiofoniche in ambito locale che subisca interferenze da parte di altra stazione radio utilizzante analoga frequenza, deve essere riconosciuta la tutela possessoria con riferimento alle onde elettromagnetiche, irradiate da appositi impianti, di cui si avvalgono le emittenti, costituendo dette onde una forma di energia materiale e, quindi, un bene mobile economico ». La sentenza è ivi annotata da A. GUIDO, *Il possesso di onde elettromagnetiche*. In senso conforme, v. Cass. 6 ottobre 1987, n. 7440, in *Mass. Foro it.*, 1987, n. 1263: « In favore del privato, esercente trasmissioni radiotelevisive via etere in ambito locale, il quale subisca interferenze da parte di altra emittente privata che faccia successivamente uso del medesimo canale (o banda), deve essere riconosciuta, oltre alla tutela petitoria, anche la tutela possessoria, considerato che un possesso, suscettibile di spoglio o molestia, se non è ravvisabile con riferimento ai canali, quali entità astratte, è invece configurabile con riguardo alle onde elettromagnetiche di cui si avvalgono le emittenti radiotelevisive (unitamente con il possesso dei relativi impianti), costituendo dette onde una forma di energia materiale, e, quindi, un bene mobile. La Cass. pen., Sez. III, 28 settembre 1987, in *Foro it.*, 1988, II, c. 297, con nota di R. PARDOLESI, ha addirittura ammesso la tutela penale delle interferenze televisive, affermando, nella motivazione, che « L'equiparazione fatta dalla legge delle

Il criterio ispiratore delle decisioni in materia è stato quello della difesa di un *principio di priorità d'uso* in ordine all'utilizzo di una determinata frequenza radiotelevisiva da parte delle singole emittenti private: in questa prospettiva, la tutela possessoria rispondeva ad una primaria necessità di tutela giurisdizionale e, quindi, di pace sociale, in un delicato ed importante settore economico come quello radiotelevisivo²⁶. Emblematica del suddetto orientamento è la massima delle sezioni unite della Cassazione, secondo cui « il titolare di impianto di trasmissioni radiofoniche via etere in ambito locale, il quale, anche senza l'autorizzazione dell'amministrazione, utilizzi di fatto e con preuso una certa banda di frequenza, è portatore, nei confronti di altro privato che, anch'esso privo di autorizzazione, interferisca sulla frequenza stessa, di posizioni soggettive tutelabili davanti al giudice ordinario in sede tanto possessoria quanto petitoria »²⁷.

Il percorso logico-dogmatico seguito dalla giurisprudenza può riassumersi in questi termini: poiché il diritto soggettivo reale rappresenta l'unica situazione soggettiva cui sia riferibile una tutela assoluta in ordine al bene che ne forma oggetto, se ne dovrebbe logicamente inferire che tutte le forme giuridiche di appartenenza rispetto a nuovi beni, vale a dire di titolarità esclusiva degli interessi protetti dall'ordinamento, vadano necessariamente ricondotte allo schema della proprietà privata individuale.

Tuttavia, la visione, per così dire, *realista* del problema dell'appartenenza, nel senso dell'identificazione della situazione assoluta con quella di tipo reale, è ormai superata: se, infatti, tale identifi-

nergie alle cose mobili dà di per sé ragion del perché per le energie non siano configurabili tutti quei reati che abbiano come oggetto le cose mobili (in senso proprio); ad esempio non è configurabile il furto di radioonde, ma possono essere ipotizzabili altri reati, e ciò avviene nella specie per il danneggiamento. Infatti, l'interferenza di altro segnale sulla stessa banda di frequenza rende inservibile il primo segnale, e si integra così una delle ipotesi previste dall'art. 635 c.p., appunto il rendere inservibile la cosa altrui ».

²⁶ Che le azioni possessorie siano state spesso, per così dire, piegate per fini indipendenti (o resi tali) dalla tutela — seppur avanzata — dei diritti reali, è, peraltro, una realtà che è già stata messa in evidenza da A. BELFIORE, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979, spec. p. 33 ss., il quale afferma: « (...) in sede di analisi del fondamento (della funzione, della *ratio*) delle azioni possessorie, direi che l'azione di manutenzione costituisce non già una peculiare tec-

nica di tutela della proprietà (o, più in generale, della titolarità di un diritto reale), bensì la tecnica attraverso cui viene risolto un peculiare problema, cioè il problema di una equilibrata distribuzione dei costi e dei rischi tipicamente connessi alla soluzione in via giudiziaria dei conflitti circa il godimento dei beni (dei costi e dei rischi tipicamente connessi a quel principio, secondo il quale i conflitti circa l'utilizzazione dei beni vanno risolti mediante il ricorso all'apparato statale). »

²⁷ Cass., sez. un., 28 luglio 2009, n. 17465, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Radiotelevisione*, n. 30; Cass. sez. un., 21 gennaio 1994, n. 549, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, p. 673 ss., *ivi* commentata da S. TASSONE, *Interferenze radiofoniche, tutela giurisdizionale e relatività delle posizioni soggettive dei titolari di emittenti private*, secondo cui « il preuso della frequenza si atteggia come specifica condizione di esperibilità dell'azione possessoria dinanzi al giudice ordinario allo scopo di reprimere o inibire le interferenze altrui ».

cazione poggia essenzialmente su basi interpretative di natura storica²⁸, essa sembra non reggere più innanzi alla moderna dogmatica dei diritti soggettivi. È di estrema rilevanza, in proposito, l'osservazione secondo cui il concetto di appropriabilità andrebbe inteso « senza nessuno specifico riferimento alla proprietà, bensì in senso generico come possibilità di trarre dal bene utilità esclusive, si raggiunga questo risultato con la proprietà o con un diritto diverso »²⁹.

D'altro canto, la particolare modalità di godimento delle onde elettromagnetiche rende impossibile l'individuazione di una tecnica di appropriazione materiale delle stesse. In effetti, è evidente che tali energie non si prestano affatto ad essere imprigionate in guisa da divenire possibile oggetto di un utilizzo individuale di tipo esclusivo, e, quindi, (anche) di scambio, soprattutto ove si consideri la posizione, che in questa sede maggiormente rileva, del soggetto trasmittente. Tanto è vero che la dottrina più attenta al fenomeno in esame non ha mancato di rilevare l'insensatezza di un'azione di spoglio a favore dell'imprenditore televisivo in ordine alle onde irradiate nell'etere, atteso che « il trasmittente non può essere spossessato, per il semplice motivo che le onde, da lui emesse, non si prestano ad essere ostracizzate dall'etere »³⁰.

Sotto questo profilo, emerge una vistosa aporia tra l'orientamento giurisprudenziale favorevole all'ammissibilità dell'azione di reintegrazione in tema di tutela del canale televisivo — tramite il riferimento al possesso delle onde elettromagnetiche³¹ — e la tesi dottrinale, senza dubbio dogmaticamente più corretta, secondo la quale il concetto di autonomia o separabilità dell'energia dalla fonte che la produce è di valore relativo, in quanto serve solamente

²⁸ Cfr. A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Trattato dei diritti reali* a cura di A. Gambaro e U. Morello, vol. I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2008, p. 295 ss.

²⁹ Cfr. G. PUGLIESE, *Dalle res incorporales del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, p. 1181, nota 68. V. anche A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Trattato di dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1990, p. 12, secondo cui « (...) quando si parla di appartenenza si pensa istintivamente alla proprietà o al possesso-generale. Queste ultime, peraltro, sono le forme principali di appartenenza conosciute dalla nostra tradizione storica, ma, sul piano della progettazione razionale degli ordinamenti, sono solo alcune tra le forme di appartenenza pensabili nel novero delle quali si può scegliere. Quello che invece non si può fare è il negare da un lato qualunque forma di appartenenza e pretendere, dall'altro lato, di godere di una

vasta gamma di possibilità di scelta nel regolare l'uso di una determinata risorsa ».

³⁰ R. PARDOLESI, *Emittenti private e terza rete: note in margine ad un nuovo capitolo delle « guerre nell'etere »*, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 1170. Cfr. anche D. MESSINETTI, voce *Energia*, (*diritto privato*), in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 871, il quale osserva che « Tuttavia, la giurisprudenza, secondo un indirizzo, ormai pressoché uniforme, concede di avvalersi della tutela possessoria. Probabilmente, per rispondere più al bisogno di concepire una difesa immediata del soggetto che ad una reale e rigorosa esigenza sistematica, s'è inteso creare solo un'analogia esteriore, cioè di presupposti, tra i mezzi di tutela, che si riferiscono alle energie, e le normali azioni di spoglio (di cui all'art. 1168 cc.). La difficoltà di ravvisare, anche, una analogia di effetti è insuperabile ».

³¹ Cfr. Cass., 6 ottobre 1987, n. 7440, cit.; Cass., 19 aprile 1991, n. 4243, cit.

all'individuazione dell'energia come bene in senso giuridico e della relazione col soggetto che la utilizza, ma lascia impregiudicata la questione della concreta tutela giudiziale di quella relazione³².

La stessa qualificazione codicistica delle energie come beni mobili, se sottintende l'applicabilità alle energie dei tradizionali concetti di appartenenza e di uso esclusivo di un bene tramite il riferimento alle situazioni reali non può essere trasposta *sic et simpliciter* all'ipotesi di energie, quali le radiofrequenze, che, per loro natura si sottraggono ad un uso esclusivo o consumo rivale, tanto da parte del trasmittente che del ricevente³³.

Piuttosto, occorre prendere coscienza del fatto che in realtà l'oggetto della protezione giudiziale non è costituito dalla radiofrequenza, bensì dall'attività di trasmissione radiotelevisiva, che deve potersi svolgere in maniera libera e indisturbata³⁴.

La peculiarità delle radiofrequenze deriva dalla modalità di godimento del bene: la frequenza radiotelevisiva è, infatti, l'emblema dell'oggetto di una *situazione strumentale* rispetto all'esercizio dell'attività di impresa ed il diritto su di essa si presenta come un vero e proprio diritto-mezzo per l'attuazione di un altro, fondamentale diritto di rango costituzionale, quello di manifestazione e diffusione delle idee contenute nei programmi televisivi trasmessi via etere (art. 21 Cost.).

4. LE RADIOFREQUENZE QUALI BENI PUBBLICI A FRUIZIONE COLLETTIVA.

Il limite delle costruzioni dogmatiche che riconducono *tout court* alla proprietà statale il regime giuridico delle radiofrequenze è

³² v. D. MESSINETTI, *op. ult. cit.*, p. 870.

³³ Cfr. R. PARDOLESI, voce *Energia*, in *Digesto Disc. Priv. Sez. civ.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 446, secondo cui « L'impronta dominicale (...) appare del tutto fuori centro quando ci si riferisca ad energie che presentano i tratti caratteristici del *public good*, ossia la non — escludibilità, che sta ad indicare l'estrema onerosità, per il fornitore, dei costi necessari ad impedire il godimento di beneficiari non disposti a pagarlo, e l'insussistenza di rivalità a livello di consumo, dato che è concepibile un numero illimitato di fruitori senza che nessuno abbia a dolersi dell'uso altrui. È il caso delle onde elettromagnetiche che, una volta irradiate nell'etere, possono essere sfruttate da chiunque disponga di un'attrezzatura idonea a captarle ». Cfr. anche A. GAMBARO, *La proprietà*, cit., p. 29, il quale osserva che « in tanto appare lecito fare riferimento

alla nozione di bene in quanto sia agevole individuare una disciplina proprietaria e possessoria. La tendenza ad adagiarsi sulla lettera del codice e a considerare l'equiparazione tra energie e beni un ordine del legislatore anziché una facoltà data agli interpreti, ha condotto a seguire il cammino concettuale inverso, creando una tutela possessoria debordante e irrazionale. Così ad esempio si è data tutela possessoria alle trasmissioni via etere in caso di oscuramento di canali radiotelevisivi ».

³⁴ Cfr. R. SACCO-R. CATERINA, *Il possesso*², in *Trattato di dir. civ. e comm.* Ciccu-Messineo-Mengoni, vol. VII, Milano, 2000, p. 122: « Ciò che l'emittente invoca dal giudice è la protezione della sua attività consistente nel diffondere certe onde caratterizzate da una certa frequenza; e la protezione dovrebbe consistere nell'impedire che si diffondano onde di quella natura con quella frequenza ».

oggi quello di non aver armonizzato tale qualificazione con il riconoscimento normativo di concessioni di diritti individuali di uso delle radiofrequenze, *disponibili* — nei modi previsti dal codice delle comunicazioni elettroniche — da parte dei concessionari privati³⁵.

Come si è già accennato, ciò deriva dal fatto che il concetto di « proprietà pubblica » (v. art. 42 Cost.) è servito, tradizionalmente, a designare esclusivamente la spettanza del diritto di proprietà ad un ente pubblico, senza assumere, invece, quella valenza oggettiva e contenutistica che gli è propria³⁶. Infatti, da un lato, la struttura della proprietà pubblica è essenzialmente diversa da quella della proprietà privata; dall'altro, il regime di appropriazione dei beni c.d. pubblici presenta caratteristiche peculiari che ne fanno un *unicum* nel panorama delle forme giuridiche di appartenenza.

Sotto il primo aspetto, viene in evidenza la molteplicità dei tipi di proprietà pubblica, intesa come varietà delle situazioni soggettive derivanti dalla assunzione del diritto di proprietà da parte di un soggetto in ordine a beni di rilevanza pubblica³⁷.

³⁵ V. art. 14-ter c.c.e.: « *Trasferimento o affitto di diritti individuali d'uso delle radiofrequenze.* »

1. Le imprese titolari di diritti individuali di uso delle radiofrequenze nelle bande individuate dalla Commissione europea a norma dell'articolo 9-ter, paragrafo 3, della direttiva 2002/21/CE, possono trasferire o affittare ad altre imprese le frequenze radio oggetto dei diritti d'uso, secondo le condizioni legate a tali diritti d'uso, con le modalità di cui ai commi 5 e 6.

2. Fermo restando quanto stabilito dal comma 1, i diritti di uso delle frequenze in bande con limitata disponibilità e conseguentemente assegnati ad un numero predeterminato di operatori, possono essere trasferiti su base commerciale dagli operatori che ne hanno legittima disponibilità ad altri operatori già autorizzati con le modalità di cui ai commi 5 e 6 e nel rispetto delle eventuali deroghe adottate ai sensi dei commi 3 e 4 dell'articolo 14. Per le altre frequenze il trasferimento dei diritti di uso è assoggettato alle disposizioni di cui all'articolo 25, comma 8.

3. Salvo diverse indicazioni del Ministero o dell'Autorità, le condizioni cui sono soggetti i diritti individuali d'uso delle frequenze radio continuano ad applicarsi anche dopo il trasferimento o l'affitto.

4. Resta fermo il potere del Ministero e dell'Autorità di stabilire le condizioni di assegnazione dei diritti individuali d'uso delle frequenze, anche disponendo il divie-

to di trasferimento e affitto dei diritti d'uso eventualmente ottenuti a titolo gratuito.

5. L'intenzione di un operatore di trasferire i diritti di uso delle radiofrequenze deve essere notificata al Ministero e all'Autorità ed il trasferimento di tali diritti è efficace previo assenso del Ministero ed è reso pubblico. Il Ministero, sentita l'Autorità, comunica, entro novanta giorni dalla notifica della relativa istanza da parte dell'impresa cedente, il nulla osta alla cessione dei diritti ovvero i motivi che ne giustificano il diniego. L'impresa subentrante è tenuta a notificare al Ministero l'avvenuto trasferimento entro sessanta giorni dal rilascio del nulla osta alla cessione dei diritti.

6. Il Ministero, all'esito della verifica, svolta dall'Autorità, sentita l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, che la concorrenza non sia falsata in conseguenza dei trasferimenti dei diritti d'uso, può apporre all'autorizzazione, se necessario, le specifiche condizioni proposte. Qualora l'uso delle radiofrequenze sia stato armonizzato mediante l'applicazione della decisione n. 676/2002/CE o di altri provvedimenti dell'Unione europea, l'obbligo di uso armonizzato resta valido anche in caso di trasferimento o affitto ».

³⁶ Sul punto, cfr. M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., p. 5 e ss.

³⁷ Cfr. M.S. GIANNINI, *ivi*, p. 12, il quale distingue tre figure principali di proprietà pubblica: la proprietà collettiva, la proprietà divisa e la proprietà individuale.

Nella seconda prospettiva, invece, ciò che rileva è la possibilità di identificare una disciplina dell'appropriazione distinta da quella della proprietà, essenzialmente in base ad un processo euristico che parte dall'art. 42 della Costituzione. Secondo la migliore dottrina, infatti, tale norma, nella parte in cui afferma che « la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge », contiene una garanzia costituzionale della capacità di divenire titolari di proprietà³⁸.

In base a questa linea interpretativa, la capacità di cui sopra potrà anche esplicarsi su un numero limitato di beni, tutte le volte in cui la legge ordinaria stabilisca un limite all'appropriabilità da parte dei privati in ordine ad alcune categorie di beni. Ecco allora che, attraverso il meccanismo della riserva, la legge può incidere sulla legittimazione all'appropriazione privata di alcuni beni, sancendo un particolare regime di circolazione di essi che ne escluda, per conseguenza, una appartenenza, intesa come titolarità esclusiva della proprietà, in capo ai soggetti privati³⁹. Sebbene a tale riserva possa conseguire l'assunzione del diritto di proprietà da parte dei pubblici poteri, ciò non si verifica nel caso delle radiofrequenze, delle quali è necessario garantire e regolare il godimento ai singoli fruitori, con scopi cioè di *polizia dei beni*: in questa ipotesi, infatti, l'ente pubblico è semplicemente un amministratore nell'interesse della collettività⁴⁰. Si assiste, in altri termini, ad una vera e propria scissione, dal punto di vista dogmatico, tra appartenenza e godimento o uso del bene: la prima è sostanzialmente esclusa, se intesa nel significato di appropriabilità⁴¹, mentre il secondo è assicurato, in via esclusiva, dal regime della concessione amministrativa⁴².

Sotto questo profilo, è possibile qualificare le radiofrequenze quali *beni comuni* rientranti nella categoria più generale (che com-

³⁸ Così, S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969, p. 25.

³⁹ S. CASSESE, *ivi*, p. 55: « La riserva opera impedendo che soggetti — pur capaci — possano diventare titolari di una situazione giuridica soggettiva: prescrive una mancanza di legittimazione alla situazione giuridica ».

⁴⁰ S. CASSESE, *ivi*, p. 125, secondo cui « può dirsi che vi è uno *hiatus* tra la disciplina dell'appropriazione (attribuzione della capacità ed eventuale privazione della legittimazione per taluni soggetti alla proprietà di certi beni) e il regime dell'assunzione della titolarità. I due fenomeni corrono su linee distinte, sì che il fatto che taluni soggetti non siano legittimati alla proprietà di certi beni non vuol dire che necessariamente su questi beni altri soggetti (quelli per i

quali la riserva non opera) acquistino la proprietà ».

⁴¹ V. invece la classificazione che emerge dall'art. 1, comma 3, lettere c) e d) della proposta di articolato della Commissione Rodotà per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici (14 giugno 2007), in *www.giustizia.it*, secondo cui lo spettro delle frequenze sarebbe un *bene ad appartenenza pubblica necessaria*.

⁴² Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, 3^a ed., Milano, 1993, p. 676, secondo cui « l'unico tratto comune che possiedono i beni pubblici è la riserva, a favore di pubblici poteri (Stato e altri enti pubblici), di potestà fondamentali concernenti le *utilitates* che il bene è idoneo a rendere per la sua natura fisica, per effetto di che tali beni non possono formare oggetto di appropriazione privata ».

prende anche i beni collettivi) dei *beni pubblici a fruizione collettiva*⁴³.

Pertanto per le radiofrequenze il problema dell'appartenenza si risolve in quello dell'individuazione del titolare di un diritto di uso esclusivo sul bene, mentre non ha nulla a che vedere con la possibilità di riconoscere una proprietà individuale — privata o pubblica — sullo stesso. Né, d'altro canto, il regime concessorio postula l'attribuzione di una situazione proprietaria, poiché effetto della concessione è solo la costituzione di un diritto di godere di alcune utilità del bene attraverso un atto amministrativo⁴⁴.

In quest'ultima affermazione si ritrova il dato caratterizzante delle concessioni aventi ad oggetto l'utilizzo delle radiofrequenze, le quali sono — come tutte le altre concessioni sulle cose comuni — concessioni a fini di produzione, preordinate cioè alla costituzione di una situazione giuridica strumentale all'esercizio dell'impresa televisiva: «giuridicamente la struttura di queste concessioni è più complessa, perché del bene concesso non esiste un *dominus*; né l'amministrazione delle telecomunicazioni è proprietaria dell'etere, né ne è proprietaria la collettività; la norma però attribuisce all'amministrazione una legittimazione a disporre della *res communis omnium* al duplice scopo di permetterne un uso coordinato e di permetterne utilizzazioni industriali. Sotto l'aspetto funzionale è invece palese che il conferimento delle *utilitates* che la *res communis* è idonea a rendere ha carattere essenziale nell'organizzazione dell'azienda dell'imprenditore concessionario»⁴⁵.

Nell'ambito dei beni comuni a fruizione collettiva, allora, si può concludere, coniugando le categorie giusprivatistiche con quelle prospettate dal diritto pubblico, che l'unica forma di appartenenza ipotizzabile è quella che si risolve nella titolarità esclusiva di una situazione giuridica il cui contenuto si sostanzia nell'uso del bene ai fini espressamente indicati nell'atto di concessione amministrativa ed entro i limiti dallo stesso stabiliti, presupponendo, peraltro, un regime di riserva legale che impedisca a chiunque di divenire proprietario del bene stesso.

In conclusione, il regime giuridico delle frequenze radiotelevisive è basato sul meccanismo della riserva legale che prevede l'inter-

⁴³ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, 2^a ed., Bologna, 1995, pp. 98-99: «I beni pubblici a fruizione collettiva costituiscono una forma moderna di proprietà collettiva, poiché di essi la collettività ha l'effettivo godimento, mentre l'appartenenza al potere pubblico è in funzione di costituzione, conservazione, disposizione delle utilità collettive, delle utilità collaterali e della gestione del bene».

Per una tassonomia dei beni comuni, v., da ultimo, M.R. MARELLA, *Per un diritto dei beni comuni*, in M.R. MARELLA, *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012, p. 15 ss.

⁴⁴ In tal senso, S. CASSESE, *I beni pubblici*, cit., pp. 211-213; v. altresì M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., p. 39.

⁴⁵ Così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., pp. 679-680.

vento dello Stato in funzione di agente (non proprietario) regolatore e garante, in via amministrativa, dell'uso delle radiofrequenze.

5. IL DIRITTO D'USO DELLE RADIOFREQUENZE QUALE DIRITTO DI MONOPOLIO.

Il dilemma sulle forme di appartenenza del bene pubblico frequenza radiotelevisiva è stato risolto nel senso della esclusione del regime dell'appartenenza *stricto sensu* in favore di quello, di portata giuridica più ampia, della riserva a favore dei pubblici poteri, che, per ciò stesso, esclude le radiofrequenze dai possibili beni suscettibili di formare oggetto di appropriazione privata.

Resta, tuttavia, da risolvere il problema della definizione sostanziale del diritto del concessionario televisivo.

L'alternativa parrebbe *prima facie* essere quella, tradizionalmente prospettata, tra diritto soggettivo e interesse legittimo: in realtà la situazione giuridica in esame presenta una certa complessità, onde può esser definita ibrida o bifronte, essendo caratterizzata da due distinti profili dogmatici entrambi dotati di rilievo qualificatorio.

In un primo senso, il potere facente capo all'imprenditore televisivo, derivante dall'atto di concessione amministrativa, e consistente nel godimento o fruizione delle onde hertziane, può essere ricondotto, avuto riguardo ai soli rapporti tra privati concessionari, alla categoria dei *diritti soggettivi affievoliti*.

Nel solco della tradizionale dottrina pubblicistica, risalente alla costruzioni di Ranelletti, infatti, tale categoria ricomprende essenzialmente quei diritti soggettivi assoluti, derivanti da un provvedimento amministrativo, la cui esistenza è giuridicamente condizionata all'interesse pubblico⁴⁶.

Tuttavia, come è stato autorevolmente osservato, se l'originaria costruzione di Ranelletti, pur ricevendo nel corso del tempo varie modifiche e adattamenti ad opera della dottrina pubblicistica⁴⁷, nasce essenzialmente per consolidare il dogma della in-

⁴⁶ O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, I, pp. 439-440; *Id.*, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, pp. 331 ss. Cfr. anche R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 1962, pp. 57-58, secondo cui i c.d. diritti affievoliti sono « diritti soggettivi veri e propri, tutelati incondizionatamente *erga omnes*, ma non di fronte a quel particolare soggetto che è il titolare del potere discrezionale. Di fronte a lui la situazione

del titolare del diritto soggettivo diventa identica a quella del titolare di un interesse legittimo. Cioè, in tanto egli viene protetto, in quanto il titolare del potere ne faccia un uso non corretto, non conforme alle direttive che debbono orientarne l'esercizio ».

⁴⁷ Cfr. G. ZANOBINI, *Interessi occasionalmente protetti nel diritto privato*, in *Studi in memoria di Francesco Ferrara*, vol. II, Milano, 1943, p. 710, il quale annovera i diritti affievoliti quale terza specie

tangibilità dell'attività discrezionale dell'amministrazione da parte del giudice ordinario⁴⁸, la configurazione di un diritto soggettivo imperfetto, condizionato cioè all'esercizio del potere discrezionale della Pubblica Amministrazione, trova oggi la sua ragion d'essere « nella generica constatazione della prevalenza dell'interesse pubblico sugli interessi privati e nella descrizione, in termini di certo non rigorosi, degli effetti di tale prevalenza »⁴⁹.

Senza voler necessariamente accedere a quella tesi secondo cui dall'atto di concessione amministrativa potrebbero anche nascere, a favore del privato concessionario, dei diritti reali anomali di godimento (concessione traslativa reale)⁵⁰ — posto che nel caso dell'etere difetta il requisito della materialità della *res* — non si può non convenire sul fatto che la posizione dell'imprenditore televisivo presenta dei connotati di assolutezza derivanti proprio dalla possibilità di godere in via esclusiva dell'uso delle frequenze assegnategli dal pubblico potere.

Il contenuto del suddetto diritto soggettivo affievolito, quindi, si sostanzia in una posizione di potere in ordine all'uso esclusivo di un bene. La situazione in esame può pertanto essere definita come *diritto di monopolio*, richiamando, in tal senso, una nozione già elaborata dalla dottrina civilistica a proposito della tutela dei beni immateriali, tenendo presente tuttavia, che nel caso delle radiofrequenze, a differenza dei diritti sulle creazioni intellettuali (dotate di una propria distinta oggettività), la delimitazione di tale diritto si coglie in funzione di un determinato tipo di attività (l'emittenza radiotelevisiva)⁵¹.

C'è da riflettere, tuttavia, sulla conformazione di tale diritto di monopolio esclusivo nei confronti di altri privati che si intromettono nell'attività di uso della radiofrequenza impedendo il cor-

di interessi occasionalmente protetti, accanto agli interessi legittimi e agli interessi semplici (o discrezionalmente protetti). Sul tema, v., *amplius*, M. TUCCI, *Giudice civile e affievolimento del diritto soggettivo*, Milano, 1991, pp. 7 ss.

⁴⁸ Dopo la istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato (1889), infatti, si era andata affermando, in giurisprudenza prima e in dottrina successivamente, un'interpretazione restrittiva dell'art. 2 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo del 1865, a norma del quale « Sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere

esecutivo o dell'autorità amministrativa ».

⁴⁹ Così, E. CANNADA-BARTOLI, voce *Affievolimento*, in *Enc. del dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 671. Osserva in proposito M. TUCCI, *o. c.*, p. 17, che si tratta di spiegare « perché mai, di fronte all'atto amministrativo che il soggetto afferma essere viziato in quanto non destinato o non destinato soltanto a perseguire un pubblico interesse, il diritto di cui il soggetto è portatore debba automaticamente affievolire; così privando il cittadino di ogni mezzo di tutela innanzi al giudice ordinario ».

⁵⁰ È la tesi di E. SILVESTRI, voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 380.

⁵¹ Cfr. T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, pp. 319-321.

retto esercizio dell'impresa. In altri termini, il nodo centrale da risolvere resta pur sempre l'ammissibilità della tutela civilistica di quell'attività nei rapporti tra privati.

Infatti, il rapporto tra interesse pubblico e privato, che vede il prevalere della giurisdizione amministrativa quale arbitro legittimo del loro bilanciamento, non tocca minimamente l'altro rapporto, puramente eventuale, che abbia ad instaurarsi tra privati concessionari o tra un concessionario ed un altro soggetto sprovvisto della concessione d'uso, tutte le volte in cui tra essi sorga un contrasto in ordine all'utilizzazione di una medesima radiofrequenza senza peraltro incidere, quanto all'oggetto del giudizio promosso dalle parti, sulla validità o efficacia del provvedimento concessorio posto alla base del relativo diritto. Qui ciò che viene in evidenza è la *situazione di fatto* dell'uso della radiofrequenza, prescindendo dalla considerazione se esso sia legittimato da un giusto provvedimento concessorio o meno.

E mentre resta non preclusa la possibilità di rivolgersi direttamente al giudice amministrativo qualora la controversia insorga tra amministrazione e privati, nella ipotesi opposta, in cui tale rapporto concessorio sia accantonato quanto al *petitum* e alla *causa petendi*, rimane invece aperta la questione della sindacabilità della lite da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria. In quest'ultimo caso, infatti, ciò che viene dedotto in giudizio dalle parti è essenzialmente la violazione di uno *status quo* sulla base di una turbativa all'attività di emittenza radiotelevisiva.

Pertanto, quando siano individuabili i presupposti applicativi della disciplina sulla concorrenza sleale, e ravvisando, come appare preferibile, nell'interesse della categoria imprenditoriale al rispetto delle regole di lealtà nei reciproci rapporti di competizione l'oggetto della tutela codicistica, bisogna ammettere che, almeno in prima battuta (salva cioè l'azione di risarcimento ex art. 2600 c.c.), l'unico strumento giuridico utilizzabile a difesa di chi subisce l'interferenza nell'uso delle radiofrequenze è costituito dall'azione inibitoria tipica di cui all'art. 2599 c.c., da intendersi come rimedio diretto a far cessare la turbativa o molestia posta in essere slealmente dal concorrente (concorrenza per impedimento). Viceversa, tutte le volte in cui difetti un rapporto di effettiva concorrenza tra i soggetti imprenditoriali, ovvero il soggetto che pone in essere l'interferenza televisiva non rivesta la qualifica di imprenditore, risulta anche possibile avvalersi della tutela aquiliana, qualora si ravvisino gli estremi di un danno conseguente alla lesione dell'attività imprenditoriale del soggetto passivo dell'illecito: in tal senso, aderendo alla corrente dottrina che fa leva sulla interferenza funzionale tra tutela inibitoria e risarcitoria, la tutela risarcitoria può anche offrire, attraverso l'escamotage interpretativo dell'art. 2058 c.c., lo

stesso risultato pratico della azione di cui all'art. 2599 c.c., *sub specie* di inibitoria atipica⁵².

⁵² In realtà, per attribuire alla norma sulla reintegrazione in forma specifica ex art. 2058 cc. una valenza più ampia di quella — tradizionalmente accordatale — di rimedio risarcitorio, è necessario non soltanto accogliere una nozione allargata di danno, da intendersi, oltre che come evento lesivo, già interamente prodotto, di qualsiasi interesse socialmente apprezzabile, anche come situazione antiggiuridica reversibile, dipendente da un'attività altrui in corso di svolgimento, ma altresì ricomprendere nell'ambito del risarcimento qualsiasi prestazione che il giudice ritenga di ordinare al fine di far cessare la predetta situazione. Nel-

la suddetta prospettiva, si è affermato che la prestazione riparatoria specifica, per certi tipi di danni, come quelli derivanti dall'esistenza di una fonte di disturbo nel rapporto di concorrenza (costo di costruzione di meccanismi di difesa dal disturbo: si pensi proprio all'ipotesi delle interferenze radiotelevisive) può consistere solo in una prestazione di non fare, cioè nell'ordine inibitorio, che, impedendo la reiterazione del comportamento illecito, elimini la fonte del pregiudizio: v. M. LIBERTINI, *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e di risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, pp. 402 ss.