

Marina Lopresti

Autorità indipendenti e complessità dei processi normativi.

Il caso dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni

1 - Aspetti generali: recenti sviluppi del sistema della autorità indipendenti e dinamiche dei processi normativi; 2 - Quadro dei poteri e delle funzioni dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Il ruolo normativo dell'Autorità; 2.1 - Poteri, atti e processi normativi; 2.2 - Potere regolamentare dell'Autorità e rapporto con la legge; 3 - L'attività normativa nei settori delle comunicazioni elettroniche e del sistema radiotelevisivo; 3.1 - Telecomunicazioni e comunicazioni elettroniche; 3.2 - Sistema radiotelevisivo; 3.2.1 - Disciplina *antitrust* «a regime»; 3.2.2 - Disciplina transitoria; 3.2.3 - Interazione tra Autorità e procedimento legislativo: recenti esperienze; 4 - Alcune osservazioni conclusive.

1 - Aspetti generali: recenti sviluppi del sistema della autorità indipendenti e dinamiche dei processi normativi

L'introduzione nell'ordinamento italiano di molteplici autorità indipendenti, che si è sviluppata a partire dagli anni Novanta, è stata fin dall'inizio oggetto di un'ampia riflessione, che si è venuta concentrando sul ruolo assunto da tali organismi nell'evoluzione dei rapporti tra poteri dello Stato e sull'inserimento degli atti adottati delle varie autorità nel quadro del sistema delle fonti.

L'esperienza suscita particolare interesse anche in quanto viene considerata innovativa e, per taluni versi, problematica rispetto a principi propri del nostro ordinamento costituzionale, quali in particolare il principio di legittimazione democratica ed il principio di separazione dei poteri, nonché, per alcuni versi, il principio di legalità ⁽¹⁾.

Un notevole impulso alla costituzione di molte autorità è derivato certamente dal processo di integrazione europea, ed in particolare dalla normativa comunitaria volta a promuovere l'apertura dei mercati alla concorrenza in molti settori relativi a servizi essenziali, garantendo regole comuni a tutela sia degli operatori, sia dei consumatori-utenti. In correlazione con tale profilo, emerge anche l'esigenza di regolamentazioni di elevato contenuto tecnico, relative a mercati caratterizzati da un'evoluzione tecnologica particolarmente significativa e rapida ⁽²⁾.

Non pare poi peraltro potersi dubitare che lo sviluppo del sistema delle autorità indipendenti nel nostro paese sia stato in qualche misura favorito dal processo di crisi della rappresentanza politica manifestatosi con particolare evidenza all'inizio degli anni '90, il quale ha indotto an-

che ad orientarsi nel senso della attribuzione di competenze di regolazione e di garanzia ad organismi che associano caratteristiche di «neutralità» o imparzialità – essenzialmente in quanto assistiti da un insieme di garanzie di indipendenza rispetto al circuito Governo-Parlamento ⁽³⁾ – a specifiche competenze tecniche.

L'esperienza delle autorità indipendenti, che offre un panorama alquanto variegato ⁽⁴⁾, ritorna periodicamente tra i temi che si pongono al centro del dibattito politico (per quanto spesso ciò avvenga in forma mediata e con un approccio settoriale, nel contesto di singoli interventi di riforma di una specifica disciplina).

L'esigenza di una nuova riflessione, alla luce dell'esperienza, in ordine ad un fenomeno sicuramente ricco, sotto vari profili, dal punto di vista del sistema istituzionale e del sistema delle fonti, appare quanto mai condivisibile.

Non si può peraltro non ricordare da subito come l'esigenza – attorno a cui si è sviluppato un ampio dibattito politico-parlamentare – di dare corpo ad una normativa «di sistema», al fine di una rivisitazione complessiva ed organica della disciplina delle autorità indipendenti ⁽⁵⁾, non abbia fino ad ora trovato compiuto sviluppo. Certamente, vanno ricordate iniziative quali, da un lato, l'indagine conoscitiva svolta nella XIII legislatura dalla I Commissione affari costituzionali della Camera ⁽⁶⁾, e, dall'altro, i due testi di riforma costituzionale elaborati nella XIII e, da ultimo, nella XIV legislatura, il cui *iter* non ha condotto in entrambi i casi – sia pure in fasi diverse e per ragioni diverse – all'approvazione definitiva ⁽⁷⁾: entrambi i testi, che configuravano una riforma molto ampia (relativa alla forma di Stato ed alla forma di governo), introducevano in Costituzione un articolo apposito – dal tenore molto simile – volto a dare «copertura costituzionale» alle autorità ed alle relative garanzie di indipendenza, senza peraltro prevedere direttamente una disciplina generale delle autorità ⁽⁸⁾ (e senza affrontare in alcun modo la questione dei poteri normativi delle stesse) ⁽⁹⁾.

Ad ogni modo, un progetto di legge «di sistema», di rango ordinario, che riconduca il variegato sistema delle autorità indipendenti in un quadro unitario di regole, non è stato ancora esaminato dal Parlamento ⁽¹⁰⁾.

Per altro verso, negli anni più recenti sono stati approvati interventi normativi di settore che, anche su questioni particolarmente delicate e complesse, hanno incrementato in maniera significativa i poteri di singole autorità: si pensi in particolare all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, con riferimento in primo luogo alla riforma del sistema radiote-

levisivo e alla relativa disciplina delle posizioni dominanti, ma anche alla disciplina del conflitto d'interessi, nonché all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (*Antitrust*), sempre in relazione alla disciplina sul conflitto d'interessi, ma anche in rapporto alla riforma relativa alla tutela della concorrenza e del risparmio nel sistema bancario (dove è stata stabilita una nuova articolazione delle competenze tra Autorità *antitrust* e Banca d'Italia) ⁽¹¹⁾. Non mancano poi i casi in cui è stata proposta o si propone l'istituzione di nuove autorità (peraltro nel quadro di un panorama già molto articolato, come s'è detto), in particolare allorché si affrontano discipline di particolare rilievo politico-istituzionale, o che presentano «nodi» politici particolarmente delicati.

Le problematiche attorno a cui ruota il dibattito più recente – e che sono tra loro fortemente connesse – si possono principalmente individuare nell'esigenza di dare esplicita copertura costituzionale al sistema delle autorità indipendenti e alle caratteristiche di indipendenza che si ritengono loro proprie ⁽¹²⁾; nell'esigenza di valutare, di fronte alle caratteristiche anche molto variegiate delle autorità, l'opportunità di individuare una disciplina generale comune, almeno per alcuni aspetti di fondo e per le autorità che appaiono svolgere un ruolo analogo (quanto al livello dei principi-valori tutelati) ⁽¹³⁾; nella disciplina della nomina degli organi delle autorità, in correlazione con le garanzie di indipendenza delle stesse; nell'ampiezza ed articolazione dei relativi poteri ⁽¹⁴⁾, ed in particolare di quelli normativi; nel rapporto tra autorità indipendenti (in specie con riferimento ai relativi poteri «paragiurisdizionali») e giurisdizione, in relazione alle garanzie dei cittadini.

In tale quadro, notevolmente ampio ed articolato (che evidentemente non potrebbe essere affrontato nel suo complesso in questa sede), la questione della portata dei poteri normativi delle autorità indipendenti sembra individuare un rilevante punto di intersezione con una problematica ancora più vasta, che si può sintetizzare nella tendenza, affermata più nettamente nell'ultimo decennio, allo sviluppo di fenomeni di legislazione complessa e, in senso ancora più ampio, alla complessità dei processi normativi ⁽¹⁵⁾.

Tali fenomeni comportano sempre più frequentemente che la disciplina di una materia sia il risultato di processi che vedono coinvolti più centri di produzione normativa, i cui rapporti non sono tanto improntati ad un criterio di gerarchia, ma piuttosto ad un criterio di concorso di competenze, che si sviluppa a vari livelli. Si registrano infatti già da tempo processi di articolazione dei poteri normativi che vanno dal Parlamento all'Esecutivo, dallo Stato centrale all'Unione europea ed alle au-

tonomie territoriali, ma anche dal Parlamento e dall'Esecutivo ad organismi nuovi rispetto alle tradizionali strutture amministrative dello Stato centrale, quali le autorità indipendenti.

Si delinea quindi un mutamento del ruolo della legge nazionale, e dello stesso Parlamento, in parte già verificatosi, in parte ancora da definire, che certamente costituisce in prospettiva una delle principali sfide con cui è chiamato a confrontarsi il Parlamento. In questo processo sembra configurarsi una possibile valorizzazione delle capacità di sintesi di una pluralità di istanze, nonché di indirizzo delle politiche generali proprie del Parlamento, con il recupero di una nuova «centralità» nello sviluppo della funzione di orientamento e coordinamento dei processi normativi (particolarmente rilevante proprio laddove occorra realizzare un bilanciamento tra diversi valori di rilevanza costituzionale).

Nell'ambito dei vari centri di produzione normativa, un ruolo certamente significativo è stato assunto da molteplici autorità indipendenti, in particolare per effetto di uno stretto raccordo con la normativa comunitaria. Va segnalato infatti che la normativa comunitaria, oltre ad aver in molti casi determinato la costituzione delle autorità indipendenti, come si è già accennato, non solo reca una disciplina sostanziale – spesso anche molto puntuale – della materia di competenza dell'autorità, ma costituisce anche il fondamento diretto delle sue competenze normative, evidenziandosi in questo senso anche la rilevanza delle «norme sulla normazione» di fonte comunitaria ⁽¹⁶⁾.

Si configura così, per vari aspetti, una diretta partecipazione delle autorità indipendenti alla integrazione europea, che avviene sia sul piano «sostanziale» dello stretto rapporto tra i contenuti della regolamentazione delle autorità e la disciplina comunitaria, ai fini dell'attuazione di quest'ultima, sia sul piano delle competenze e delle modalità di esercizio delle stesse. Con riguardo a queste ultime, va segnalato che si sviluppano forme pregnanti di cooperazione diretta tra le autorità indipendenti degli Stati membri e tra le medesime autorità e gli organi comunitari competenti (in primo luogo la Commissione europea), delineandosi un sistema di organizzazione reticolare europea di controllo e/o di regolazione dei relativi settori ⁽¹⁷⁾.

Il rapporto «diretto» con la normativa comunitaria è uno degli elementi (sicuramente molto rilevante, ma non l'unico) da cui dipende la configurazione del rapporto tra la regolamentazione delle autorità e la legge.

Da un lato, infatti, s'è detto che la stessa normativa comunitaria richiede la regolamentazione delle autorità, e non è infrequente che tale

regolamentazione si configuri come direttamente attuativa della normativa comunitaria, anche in assenza di una vera mediazione dalla legge, o in presenza di una autorizzazione molto generica.

D'altra parte è anche vero che, più in generale, appare un dato diffuso nella normativa nazionale sulle autorità indipendenti l'attribuzione del potere regolamentare con semplice riferimento alla materia oggetto di regolamentazione o con al più il riferimento a concetti giuridici indeterminati o a finalità di carattere generale, se non generalissimo⁽¹⁸⁾.

I poteri normativi delle autorità indipendenti si esplicano spesso in interventi integrativi e specificativi dei precetti legislativi (non comunque meramente attuativi), idonei ad incidere su situazioni giuridiche soggettive, anche di livello costituzionale, a volte in assenza della mediazione della fonte primaria⁽¹⁹⁾.

Talvolta il legislatore si limita ad indicare, come parametri dell'attività, i soli principi costituzionali (di regola configgenti o concorrenti) che l'autorità è incaricata di «garantire». Ciò implica l'attribuzione di poteri normativi all'autorità, dal momento che essa stessa deve creare i parametri e le regole della propria attività, interpretando i principi costituzionali di riferimento e contemperandone l'applicazione. Si realizza in tal modo il cumulo di funzioni, normative e applicative, che, come è stato sottolineato in dottrina, consente all'autorità di gestire il proprio ruolo con notevole autonomia, e che rappresenta la ragion d'essere della *regulation*⁽²⁰⁾.

Il rapporto tra esercizio dei poteri normativi delle autorità e legge presenta sicuramente aspetti di criticità, più o meno accentuati a seconda delle materie di intervento ed anche dei singoli casi, rispetto al principio di legalità.

In dottrina si confrontano opinioni diverse sul punto. Se da un lato vi è chi contesta radicalmente l'attribuzione di poteri normativi così ampi a soggetti estranei al circuito della responsabilità politica Governo-Parlamento, in specie allorché possano incidere su materie coperte da riserva di legge (o comunque fortemente intrecciate con la tutela di diritti costituzionali)⁽²¹⁾, vi è anche chi sottolinea la natura stessa di un istituto – quello delle autorità indipendenti – che nasce con il compito precipuo di tutelare e garantire interessi di rilievo costituzionale, e che proprio perciò viene disciplinato con specifiche caratteristiche di indipendenza, neutralità, competenza tecnica, trasparenza; in tale ottica, v'è da chiedersi allora se tali elementi originari non comportino inevitabilmente un'attività normativa sottratta alla logica propria dei rapporti tra potestà normativa del Governo e del Parlamento⁽²²⁾, ancor più in un

quadro generale in cui – come si è accennato – il ruolo della legge evolve anche per effetto della maggiore integrazione con l'ordinamento comunitario.

La difficoltà di coniugare legittimazione democratica e legittimazione tecnocratica (sostenuta sempre dalle caratteristiche di indipendenza più volte richiamate ⁽²³⁾), tra le quali si inserisce la legittimazione comunitaria di molteplici autorità indipendenti e dei relativi poteri normativi ⁽²⁴⁾, resta comunque una questione di fondo, che va costantemente tenuta presente nella evoluzione del sistema delle autorità indipendenti (e nella eventuale definizione di un modello di autorità) ⁽²⁵⁾.

Può giovare probabilmente – ai fini di una più completa riflessione sul fenomeno delle autorità indipendenti, eventualmente per individuare possibili linee di indirizzo dello stesso – un approccio volto ad apprezzare nei fatti il livello di garanzia che il sistema è in grado di assicurare (anche in considerazione della consistente esperienza ormai realizzata), evitando un'impostazione che rischia di «ingabbiarlo in regole e istituti propri di un assetto dei poteri che, per definizione, l'istituzione delle Autorità punta, se non a sostituire, certamente a correggere» ⁽²⁶⁾.

In tale ottica, l'esperienza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sembra rivestire particolare interesse, anche in quanto in qualche misura appare rappresentativa di un complesso di elementi che si possono ritrovare – magari in proporzione e in combinazione diversa – nell'esperienza di varie altre autorità ⁽²⁷⁾.

L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nasce infatti come autorità volta a conciliare tutela della concorrenza e diritti fondamentali del cittadino, opera in virtù di una forte legittimazione comunitaria, è titolare di un quadro di poteri particolarmente ampio, che include rilevanti poteri normativi.

Nel prosieguo di questa riflessione si tenterà essenzialmente di dare conto di alcuni aspetti qualificanti dell'attività di regolamentazione dell'Autorità, riservando particolare attenzione alle materie delle comunicazioni elettroniche e della radiotelevisione, rispetto alle quali un approfondimento riguarderà alcuni interventi dell'Autorità che attengono alla più recente evoluzione del quadro normativo.

Nel contesto generale delle problematiche e delle dinamiche normative in cui si inseriscono le autorità, non si può non accennare, del tutto incidentalmente, al fatto che il caso dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni appare significativo anche in rapporto alla nuova problematica posta dalla riforma del titolo V della parte II della Costituzione (di cui alla legge costituzionale n. 3 del 2001), la quale ha ridefinito l'as-

setto delle competenze Stato-regioni. In estrema sintesi, si può in effetti rilevare che autorità dotate di poteri sostanzialmente «normativi» (tecnicamente, di tipo regolamentare) possono agire in campi riconducibili a materie di potestà legislativa concorrente Stato-regioni, nell'ambito delle quali risulterebbe testualmente precluso allo Stato (art. 117, sesto comma, Cost.) l'esercizio della potestà regolamentare (la giurisprudenza costituzionale sembra peraltro aver ridimensionato significativamente, per lo più in applicazione del principio di sussidiarietà, la portata di tale divieto ⁽²⁸⁾). Nel caso per l'appunto dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, essa esercita le proprie funzioni in un ambito materiale che appare immediatamente riconducibile all'«ordinamento della comunicazione», rimesso alla competenza legislativa concorrente Stato-regioni dal nuovo art. 117, terzo comma, della Costituzione ⁽²⁹⁾.

È d'altronde vero che, in considerazione delle finalità per le quali sono state istituite varie Autorità e dell'incidenza della loro attività su diritti e valori costituzionalmente tutelati, non possono rimanere ad esse estranei taluni ambiti di intervento che il medesimo art. 117, secondo comma riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato ⁽³⁰⁾.

Il tema in questione, sia pure con specifico riguardo all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, richiederebbe, ad avviso di chi scrive, una apposita trattazione (anche alla luce della giurisprudenza costituzionale relativa alla riforma del titolo V), che non può essere sviluppata in questa sede ⁽³¹⁾.

2 - Quadro dei poteri e delle funzioni dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Il ruolo normativo dell'Autorità

Particolarmente significativo per una pluralità di profili appare dunque il caso dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito Autorità, o AGCOM), istituita con la legge n. 249 del 1997 su «impulso» dell'ordinamento comunitario ⁽³²⁾, concepita innovativamente come autorità della «convergenza» tra sistemi delle telecomunicazioni e radio-televisivo ⁽³³⁾, con competenze estese all'editoria, dotata di poteri molto ampi e differenziati ⁽³⁴⁾, che ne esprimono la peculiare natura al tempo stesso di organo di regolazione dei mercati e di garanzia (a salvaguardia di valori e diritti fondamentali e di diritti sociali) ⁽³⁵⁾: infatti, l'Autorità è stata fin dall'origine chiamata per un verso a favorire il progressivo sviluppo della concorrenza – richiesto dall'ordinamento comunitario – in mercati caratterizzati da assetti monopolistici (o tutt'al più oligopolisti-

ci), nonché da una rapida evoluzione tecnologica, per altro verso ad assicurare la salvaguardia di diritti fondamentali quali la libertà di comunicazione e di manifestazione del pensiero, con le loro varie implicazioni (diritto all'informazione, pluralismo informativo ecc.).

Pur tenendo presente la difficile riconducibilità di tutti i poteri ed atti dell'Autorità alle categorie tradizionali del diritto pubblico, i poteri dell'Autorità possono essenzialmente considerarsi articolati in poteri normativi, amministrativi e paragiurisdizionali (essendo previsti poteri di decisione in merito ad eventuali controversie e di sanzione) ⁽³⁶⁾.

Considerata la complessità dell'attività svolta, e la peculiarità degli atti adottati, una lettura più analitica della tipologia e della natura delle competenze dell'AGCOM porta a distinguere tra funzioni sostanzialmente e formalmente normative, di regolazione specifica e generale (per conformare in senso concorrenziale il mercato), di vigilanza e di controllo, giustiziali, sanzionatorie e cautelari, pianificatorie, autorizzatorie, abilitative e di inibizione, di documentazione e di rilevazione, di informazione delle istituzioni, di informazione degli operatori e dei consumatori e utenti, propositive o propulsive, consultive, di proposta e di segnalazione ⁽³⁷⁾.

Non appare tanto utile in questa sede procedere ad una enumerazione esaustiva delle molteplici ed estese attribuzioni dell'Autorità ⁽³⁸⁾, quanto piuttosto segnalare l'accentuata e complessa interazione tra le funzioni poc'anzi indicate.

Va infatti tenuto presente che prevalentemente la normativa relativa all'Autorità non disciplina l'esercizio di poteri ma assegna compiti ⁽³⁹⁾. Ne deriva che «le concrete esplicazioni delle competenze possono presentare fungibilità di forme e diversa accentuazione dei vari profili funzionali, in ragione del carattere complesso di un'attività (non riferibile alla sfera della esecuzione) che appare solo atomisticamente riconducibile alle categorie di consolidata classificazione» ⁽⁴⁰⁾. Proprio l'integrazione tra le diverse competenze costituisce la novità dell'istituzione, e consente di delineare «una funzione unitaria, in aree di libertà fondamentali, non agevolmente collocabile nella tradizionale classificazione dei poteri, che completa e realizza, sul piano dell'effettività, il disegno dell'organizzazione costituzionale dei settori della comunicazione» ⁽⁴¹⁾.

In questa direzione, appare significativa la stessa sintesi delle competenze operata dalla legge istitutiva, n. 249 del 1997, che fa riferimento alle «necessarie funzioni di governo, garanzia e controllo in tema di comunicazioni» ⁽⁴²⁾. Si è in proposito osservato che «trovano composizione, in tale definizione, i poteri classici dello Stato di cui sostanzialmente

l'Autorità partecipa in modo unitario e con modalità integrate, operando in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione, in una nuova configurazione della relazione Stato-società» (43).

In correlazione con quanto appena evidenziato, prima di procedere ad illustrare alcuni aspetti dell'attività normativa dell'AGCOM, sia di carattere generale, sia di carattere più puntuale (relativi ad ambiti di intervento di particolare interesse), appare utile accennare brevemente alla questione della qualificazione degli atti dell'Autorità, in rapporto al suo «ruolo normativo».

2.1 - Poteri, atti e processi normativi

È diffuso il convincimento dell'«atipicità» dei poteri normativi dell'AGCOM (44), sia sotto il profilo procedimentale (su cui non ci si soffermerà in questa sede) (45), sia sotto il profilo sostanziale, essenzialmente in considerazione della notevole ampiezza dei poteri in questione (46), nonché del margine di discrezionalità di cui l'Autorità dispone (v. oltre ulteriori elementi in proposito).

Occorre segnalare che la distinzione tra atti di natura normativa (47) ed atti amministrativi (specie se «generali»), nell'ambito dell'attività dell'AGCOM, si presenta in molti casi notevolmente incerta e sfumata – a prescindere dalla qualificazione data dalla legge, o dall'autoqualificazione dell'atto, non sempre risolutiva (48) – registrandosi comunque una notevole ampiezza dell'attività sostanzialmente normativa.

Non mancano in dottrina analisi dell'attività dell'Autorità che, in applicazione dei criteri generali di teoria delle fonti, si propongono di individuare una linea di confine tra atti (formalmente e sostanzialmente) normativi dell'Autorità e atti di diversa natura (49). Secondo l'impostazione tradizionale gli elementi caratterizzanti gli atti normativi sono la generalità, l'astrattezza e la novità (50), cui si aggiungono l'esteriorità e la coattività (51).

In particolare sul piano delle fonti secondarie emerge l'insufficienza degli elementi formali, e i richiamati caratteri della generalità ed astrattezza riemergono nella distinzione «tra il disporre, in linea preventiva e generale, cioè il dare regola all'azione, e il provvedere, caso per caso e in concreto» (52). Tale ultima distinzione conserva una qualche utilità per distinguere, in assenza di altri elementi formali che guidino l'analisi, tra atti che sono espressione di potestà (formalmente e sostanzialmente) regolamentare e atti che costituiscono invece espressione di potestà amministrativa.

Con particolare riguardo agli atti amministrativi generali ⁽⁵³⁾ emerge comunque come la linea di confine appaia spesso labile e sfumata. I criteri di classificazione poc'anzi richiamati (in specie la generalità e astrattezza del contenuto prescrittivo dell'atto ⁽⁵⁴⁾) sono integrati, in dottrina e giurisprudenza, con il tipo di effetto generato dall'atto, il grado di vincolo indotto, l'arco temporale di produzione degli effetti. In particolare è stato ritenuto maggiormente efficace il criterio relativo al tipo di effetto generato, che consente di distinguere tra atti che abbiano la capacità di costituire, modificare o estinguere situazioni giuridiche in capo a soggetti privati, ovvero atti che necessitino di ulteriori atti amministrativi per la produzione di tali effetti ⁽⁵⁵⁾.

Emerge comunque la necessità dell'applicazione di criteri di natura sostanziale, accanto a criteri di natura formale (tra cui, in primo luogo, la denominazione dell'atto), ai fini dell'individuazione degli atti normativi dell'Autorità ⁽⁵⁶⁾.

Può essere utile richiamare alcuni esempi di atti in cui appare elevata la commistione tra elementi formali tipici degli atti normativi e caratteristiche proprie dei provvedimenti amministrativi, o che comunque appaiono di difficile catalogazione. Si pensi ad una delibera relativa alle condizioni economiche di offerta del servizio di telefonia vocale, che, sebbene formalmente destinata ad incidere nella sfera giuridica del solo operatore dominante (ossia Telecom Italia), nella misura in cui disciplina le condizioni economiche di offerta di un servizio fornito al tempo in regime di monopolio è indubbiamente suscettibile di produrre effetti, pur se in via mediata, nei confronti degli altri operatori e degli utenti ⁽⁵⁷⁾.

La commistione di elementi formali tipici degli atti normativi con caratteristiche proprie dei provvedimenti amministrativi sembra rispondere proprio alla finalità complessa perseguita da delibere di questo tipo, volte a bilanciare interessi eterogenei e contrapposti, ovvero quello dei vari operatori e degli utenti.

Natura normativa sembrano poi assumere decisioni che pure sono volte a produrre effetti giuridici nei confronti di un numero determinato (o facilmente determinabile) di destinatari, quali delibere recanti misure atte a garantire la piena applicazione del principio di parità di trattamento interna ed esterna da parte degli operatori aventi notevole forza di mercato nella telefonia fissa ⁽⁵⁸⁾; tale provvedimento è destinato a produrre effetti giuridici nei confronti non di uno o più operatori specificamente individuati ma, più in generale, degli operatori notificati come aventi una significativa forza di mercato in determinati settori ⁽⁵⁹⁾.

Tra gli atti di difficile catalogazione che assumono particolare rilievo, vanno ricordate anche le cosiddette «linee-guida» ⁽⁶⁰⁾, tradizionalmente considerate atti a contenuto generale ma non di carattere autoritativo, funzionali ad assicurare la corretta applicazione degli atti normativi. Tra i provvedimenti dell'AGCOM che assumono tale denominazione, figurano atti dalle caratteristiche e dal contenuto quanto mai eterogeneo, sia di natura normativa, sia di natura amministrativa. Vi sono casi – quale quello delle linee guida emanate in materia di *unbundling* dell'anello locale (c.d. «ultimo miglio») ⁽⁶¹⁾ – nei quali la natura non vincolante (in senso proprio) delle linee guida non impedisce alle stesse di determinare effetti *lato sensu* negativi nei confronti degli operatori che non vi si adeguino ⁽⁶²⁾. Accanto ad atti che costituiscono sostanzialmente raccomandazioni, insuscettibili di produrre obblighi giuridici in capo ai destinatari (ma non del tutto privi di effetti giuridici), vi sono atti che, al di là della denominazione, non solo hanno portata generale, ma sono dotati di efficacia vincolante nei confronti degli operatori del settore: si pensi alle numerose linee-guida in materia di contabilità dei costi, per la cui mancata osservanza sono talvolta espressamente previste sanzioni pecuniarie ⁽⁶³⁾.

Al di là delle conclusioni che si possono trarre sulla natura normativa di singoli atti (su cui la dottrina non sempre è univoca) ⁽⁶⁴⁾, preme maggiormente segnalare, ai fini di questo studio, il carattere inevitabilmente «di confine» di rilevanti competenze ed atti dell'Autorità, che, anche a prescindere dalla loro classificazione in senso strettamente normativo, concorrono in maniera molto significativa alla definizione del quadro regolamentare della materia, individuando talvolta gli stessi presupposti per l'operatività della disciplina stabilita dal legislatore ⁽⁶⁵⁾, o le condizioni alle quali è derogabile ⁽⁶⁶⁾ (v. gli approfondimenti contenuti nei paragrafi successivi). Sembra cioè evidenziarsi un rilevante «ruolo normativo» dell'Autorità, che non si esaurisce nell'adozione di specifici atti inequivocabilmente qualificabili come normativi, ma anzi pare esprimersi maggiormente nella articolata partecipazione ad ampi «processi normativi».

Nell'ottica appena delineata, occorre segnalare quel rilevante complesso di ulteriori attività dell'Autorità che comportano un contributo all'elaborazione della legge ⁽⁶⁷⁾ e che, più o meno direttamente, possono entrare a far parte della stessa «istruttoria legislativa»: si pensi in particolare alle audizioni dell'Autorità svolte dalle Commissioni parlamentari in occasione dell'esame di progetti di legge ⁽⁶⁸⁾, alle audizioni nell'ambito di indagini conoscitive, alle segnalazioni che l'Autorità è legittimata a

compiere (sia pure nei confronti del Governo, e non direttamente del Parlamento) ⁽⁶⁹⁾ in ordine all'opportunità di interventi, anche legislativi, che possono contribuire all'evoluzione, sul piano interno ed internazionale, del settore delle comunicazioni ⁽⁷⁰⁾. La stessa relazione annuale sull'attività svolta dall'AGCOM, che costituisce lo strumento sistematico del raccordo istituzionale Parlamento-Autorità, può contenere una serie di segnalazioni e indirizzi sulla disciplina delle materie di competenza (anche su questo punto, v. ulteriori elementi *infra*), e di fatto presenta spesso indicazioni di tale genere ⁽⁷¹⁾. Tuttavia, si deve in proposito rilevare che si tratta di uno strumento non adeguatamente valorizzato nella prassi parlamentare ⁽⁷²⁾, da cui potrebbe invece derivare un importante impulso per una più attenta riflessione del legislatore su aspetti critici della normativa (v. oltre, alcuni spunti più specifici).

2.2 - Potere regolamentare dell'Autorità e rapporto con la legge

Come si è già avuto modo di accennare, il potere di regolamentazione dell'Autorità presenta molteplici profili di interesse, sia per la sua ampiezza, sia per la sua incisività ⁽⁷³⁾, sia per la discrezionalità che spesso lo contraddistingue.

Giova innanzitutto ricordare che, rispetto al Garante per la radiodiffusione e l'editoria, di cui l'AGCOM ha assorbito i poteri, alla funzione di garanzia propria del primo sono stati aggiunti rilevanti poteri di regolazione per la tutela del pluralismo nel settore radiotelevisivo (anche con riguardo alla definizione delle situazioni «transitorie», particolarmente delicate per il sistema, su cui v. *infra*), mentre poteri di regolazione molto ampi sono stati previsti per il settore delle telecomunicazioni, essenzialmente in attuazione di normativa comunitaria ⁽⁷⁴⁾.

Al fine di offrire un quadro dell'ampiezza e della rilevanza delle materie nelle quali l'Autorità è chiamata ad esercitare il proprio potere normativo, senza alcuna pretesa di esaustività si ricorda che l'attività di regolazione spazia dall'accesso alle reti ed ai servizi di telecomunicazioni (più di recente, come si vedrà, l'attività è estesa alle «comunicazioni elettroniche», comprensive anche delle infrastrutture televisive), all'interconnessione tra le reti, alle condizioni di rilascio e di mantenimento dei titoli abilitativi, alla disciplina volta ad impedire o eliminare il formarsi di posizioni dominanti o comunque lesive del pluralismo nel mercato radiotelevisivo, nonché alla parità di accesso al mezzo radiotelevisivo per la comunicazione politica, ai criteri di diffusione dei sondaggi

sui mezzi di comunicazione di massa, per finire alla disciplina del conflitto di interessi ⁽⁷⁵⁾.

Particolare interesse, in questa sede, sembra rivestire il rapporto che si è venuto sviluppando tra l'attività di regolamentazione dell'Autorità e la legge, soprattutto negli anni più recenti. Tale rapporto si presenta particolarmente complesso, ricco e articolato, in considerazione di vari aspetti che si intrecciano tra loro.

In primo luogo, è da notare che la legislazione in materia, specie a partire dalla legge n. 249 del 1997, non si presenta come prodotto normativo autosufficiente, contenente tanto la disciplina generale, quanto quella di dettaglio, ma per molti aspetti si configura come legge di principi, destinata (strutturalmente) a trovare sviluppo ed attuazione ad opera di decisioni dell'Autorità medesima. Tale caratteristica si manifesta non soltanto per ciò che attiene all'implementazione normativa (sono numerosissimi i casi in cui la legge fa espresso rinvio ai regolamenti dell'Autorità, anche per aspetti che non si possono in alcun modo definire «di dettaglio»), ma anche per l'assunzione di decisioni di particolare delicatezza che integrano il quadro normativo, come quelle attinenti alla disciplina dei limiti *antitrust*: si pensi alla possibilità di differire l'applicazione del limite relativo alle cosiddette «reti eccedentarie» rispetto ai limiti *antitrust* fissati dalla legge n. 249 del 1997 (su cui v. più ampiamente oltre) ⁽⁷⁶⁾, alla possibilità di consentire deroghe alla raccolta pubblicitaria nel campo della radiofonia, al fine di consentire lo sviluppo di questo settore, nonchè alla possibilità di non applicare i limiti di soglia complessivi relativi alla raccolta di risorse finanziarie nel settore radiotelevisivo, qualora il loro superamento risulti l'effetto di uno sviluppo spontaneo delle imprese interessate ⁽⁷⁷⁾; si pensi ancora alle molteplici valutazioni che, alla stregua della normativa più recente, l'Autorità è chiamata a compiere per rendere operativa la nuova disciplina *antitrust* basata sull'individuazione del sistema integrato delle comunicazioni (SIC), ovvero a quelle che condizionano nell'immediato la possibilità dei soggetti già presenti sul mercato di continuare a trasmettere nella fase di transizione al digitale (v. oltre più ampiamente su entrambi gli aspetti).

L'attività di regolamentazione dell'Autorità sviluppa e sostanzia la legislazione in materia, in quanto disciplina anche aspetti che non possono essere considerati di dettaglio, e riempie di contenuti indicazioni di principio, consentendone una reale operatività; in alcuni casi, poi, la regolamentazione dell'Autorità ha anticipato o quantomeno ha costituito un punto di riferimento per scelte legislative, verificandosi talvolta una successiva «legificazione» degli stessi contenuti regolamentari ⁽⁷⁸⁾: in par-

tiolare va ricoddata in proposito la delibera n. 435/01/CONS, recante il regolamento relativo alla radiodiffusione terrestre in tecnica digitale, adottato sulla base di scarse indicazioni della legge n. 66 del 2001, che, anche in virtù dei molteplici rinvii contenuti nella legge n. 112 del 2004, nonché della trasposizione di alcuni contenuti nel testo stesso della medesima legge, sembra acquisire una valenza «primaria», ben al di là della sua denominazione formale.

Per altro verso, un ruolo particolarmente rilevante ha assunto – per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 466 del 2002, come si vedrà meglio più avanti ⁽⁷⁹⁾ – la delibera n. 346/01/CONS ⁽⁸⁰⁾, ai fini della definizione dei tempi per la cessazione del regime transitorio in materia radiotelevisiva.

Peraltro, occorre considerare che il rapporto di stretta integrazione-interazione con la disciplina di rango legislativo sembra trovare fondamento non solo nel modo stesso di atteggiarsi della legge, ma anche in un'altra interazione, particolarmente significativa e, per qualche verso, assorbente, quella con la normativa comunitaria.

Fin dall'origine si individua infatti una «matrice comunitaria» dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (arricchita, in sede di attuazione, alla luce di specifiche esigenze nazionali), la cui produzione normativa si è presentata spesso come disciplina di diretta attuazione della vasta e penetrante normativa comunitaria nelle materie di propria competenza (sulla base spesso di previsioni molto limitate o generiche della legge, e talvolta anticipando la legge stessa), in primo luogo in materia di telecomunicazioni, e, più di recente, nel più ampio ambito delle «comunicazioni elettroniche» ⁽⁸¹⁾. L'Autorità sembra svolgere sostanzialmente un ruolo di garanzia nell'attuazione della normativa comunitaria ⁽⁸²⁾, assumendo per così dire anche una «rilevanza esterna» nel contesto europeo ⁽⁸³⁾.

A maggior ragione, tale ruolo emerge dalla nuova disciplina individuata dal pacchetto di direttive comunitarie sulle «comunicazioni elettroniche» del 2002, che comporta una più diretta legittimazione comunitaria delle stesse autorità nazionali come organismi qualificati da indipendenza, neutralità, competenza tecnica, trasparenza, ai quali la stessa disciplina comunitaria attribuisce direttamente compiti normativi ⁽⁸⁴⁾; al tempo stesso, viene prevista la contestuale creazione di un sistema di collegamenti organici tra le autorità nazionali ed i competenti organi comunitari, nonché tra autorità dei vari Stati membri ⁽⁸⁵⁾.

In tale ottica, va considerato che anche negli atti, cui s'è già fatto cenno, che costituiscono elementi di raccordo istituzionale tra Autorità e

legislatore (Governo-Parlamento), non sono infrequenti le segnalazioni in ordine all'esigenza di adeguamento della normativa interna a quella comunitaria, anche su questioni molto puntuali, di particolare rilievo, che l'Autorità espressamente riconosce di competenza del legislatore primario.

In proposito si ricorda che, nell'ultima relazione annuale del luglio 2006, l'Autorità ha segnalato chiaramente l'urgenza di riconsiderare l'assetto concorrenziale nel settore televisivo, nel processo di transizione dall'analogico al digitale, per renderlo compatibile con gli obiettivi e i vincoli comunitari, in specie dopo il recente annuncio della messa in mora dell'Italia da parte della Commissione europea per violazione delle direttive comunitarie in materia di comunicazioni elettroniche (con particolare riferimento ai vantaggi attribuiti agli operatori analogici presenti nel mercato radiotelevisivo) ⁽⁸⁶⁾.

Peraltro, nella medesima relazione, vengono segnalati alcuni atti e impegni dell'Autorità che appaiono volti, per quanto di sua competenza, a promuovere una gestione efficiente e non discriminatoria dello spettro delle frequenze, nonché a garantire l'accesso anche alle nuove reti digitali in condizioni eque e non discriminatorie.

Si è già accennato al fatto che la discrezionalità, che caratterizza complessivamente l'esercizio dei poteri attribuiti all'Autorità, si riscontra in maniera rilevante nell'esercizio del potere di regolazione.

Per quanto attiene ad aspetti più strettamente tecnico-giuridici, guardando alle disposizioni legislative che rinviano a regolamenti dell'Autorità, o che comunque implicano regolamenti della stessa, nonché al concreto esercizio da parte dell'Autorità del potere regolamentare, non è difficile verificare l'esistenza, accanto a regolamenti che possono essere definiti, alla stregua delle note classificazioni, esecutivi, di regolamenti sostanzialmente indipendenti ⁽⁸⁷⁾, regolamenti delegati (abilitati a modificare disposizioni legislative precedenti) ⁽⁸⁸⁾, nonché regolamenti direttamente attuativi di direttive comunitarie ⁽⁸⁹⁾.

Di fronte ad un potere di regolazione di questo tipo, sono state avanzate perplessità soprattutto con riferimento al mancato rispetto del principio di legalità (che va verificato di volta in volta) in una materia fortemente intrecciata con la tutela di diritti costituzionali. Si è già avuto modo di segnalare sinteticamente come sulla questione possano influire anche valutazioni relative ad un contesto più generale, che attiene all'evoluzione del ruolo della legge nel quadro della crescente complessità dei processi normativi, nonché alla posizione dell'Autorità nell'ordinamento interno e in quello comunitario (v. *supra*, in particolare paragrafo 1).

Il rispetto del principio di legalità nell'esercizio dei poteri normativi delle autorità indipendenti resta una questione certamente rilevante, che il legislatore non può non considerare in particolare qualora si proponga una riflessione di carattere sistematico, sull'esperienza delle autorità indipendenti e sulle sue prospettive. Parte di questa riflessione dovrebbe necessariamente riguardare, ad avviso di chi scrive, il modo in cui il legislatore opera nella stessa formulazione delle norme di legge che autorizzano l'intervento dell'Autorità, o che comunque intervengono nelle materie in cui è previsto in via generale l'esercizio delle sue competenze ⁽⁹⁰⁾.

Nel seguito di questo studio ci si intende comunque concentrare su un complesso di elementi indicativi di come si è effettivamente realizzato, allo stato, il ruolo normativo dell'AGCOM, in rapporto a recenti sviluppi del quadro legislativo.

3 - L'attività normativa nei settori delle comunicazioni elettroniche e del sistema radiotelevisivo

Considerata la varietà dei settori in cui si esplica l'attività normativa dell'AGCOM, e la sua notevolissima estensione, si ritiene utile in questa sede limitare il seguito della riflessione ad alcuni rilevanti interventi dell'Autorità che si inseriscono nella disciplina delle comunicazioni elettroniche e del sistema radiotelevisivo. Tali ambiti appaiono di particolare interesse, ai fini di questo studio, in quanto presentano un insieme di caratteristiche, quali l'attribuzione di competenze normative all'Autorità fin dall'origine, l'esercizio di tali competenze in maniera molto estesa, in collegamento con una sempre più penetrante normativa comunitaria, una recente evoluzione del quadro normativo che pone rilevanti problematiche ⁽⁹¹⁾.

3.1 - Telecomunicazioni e comunicazioni elettroniche

La disciplina in materia di telecomunicazioni rappresenta forse la parte più rilevante nell'ambito dell'attività di regolazione svolta dall'AGCOM, considerando contestualmente l'aspetto quantitativo e quello «qualitativo» ⁽⁹²⁾.

Tramite tale attività è stato effettivamente avviato e promosso un ampio processo di liberalizzazione – che, stanti anche i dati offerti dalle relazioni annuali ed i riconoscimenti contenuti in documenti della Unione europea ⁽⁹³⁾ – ha dato frutti significativi, sia sul piano dell'accesso di

nuovi operatori al mercato, sia sul piano dell'offerta dei servizi, sia sul piano della tutela degli interessi dell'utenza.

Il campo delle telecomunicazioni è anche quello in cui si manifesta con particolare evidenza, e da più tempo, il ruolo determinante assunto dalle direttive comunitarie, che hanno per così dire costituito la vera «base legale» dell'attività normativa dell'Autorità in tale settore, considerato che la legge n. 249 del 1997, se per qualche aspetto ha anticipato successivi sviluppi comunitari (in specie con riguardo al fenomeno della convergenza tecnologica, cui si è già accennato), reca una disciplina assai generica riguardo ai compiti che l'Autorità è chiamata a svolgere. Tutt'al più, una funzione di maggiore articolazione e specificazione della disciplina è stata svolta dal decreto del Presidente della Repubblica n. 318 del 1997 (attualmente abrogato a seguito dell'approvazione del «codice delle comunicazioni elettroniche», di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, su cui si tornerà tra breve), adottato proprio al fine del recepimento del primo pacchetto di direttive comunitarie ⁽⁹⁴⁾.

Il «secondo pacchetto» di direttive comunitarie, adottato nel 2002 ⁽⁹⁵⁾, imposta una profonda revisione del quadro normativo, i cui obiettivi sono essenzialmente il completamento del processo di liberalizzazione, avviato nel settore delle telecomunicazioni agli inizi degli anni '90, sviluppando la competizione nei relativi mercati, ed il rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali dei cittadini, anche con riferimento alle nuove tecnologie collegate ai processi di convergenza ⁽⁹⁶⁾. In particolare, in considerazione dei fenomeni di convergenza resi possibili dalle tecnologie digitali, si prevede una disciplina generale da applicare a tutte le reti ed i servizi di «comunicazione elettronica», ivi comprese le reti di radiodiffusione circolare di programmi sonori e televisivi, con l'eccezione dei «servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e [dei servizi] di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti». Si è quindi venuta a delineare sostanzialmente, in luogo della tradizionale distinzione tra la disciplina delle telecomunicazioni e quella della radiotelevisione, la distinzione tra la disciplina dei mezzi di trasmissione e quella dei contenuti ⁽⁹⁷⁾.

Rispetto alla disciplina previgente, il nuovo codice delle comunicazioni elettroniche, adottato con il decreto legislativo n. 259 del 2003 proprio al fine del recepimento del «secondo pacchetto» di direttive comunitarie, sembra avere per vari aspetti disciplinato con maggior puntualità i principi e i criteri cui l'AGCOM deve attenersi nella regolazione della materia. Vengono esplicitati molteplici principi ed obiettivi di carattere generale, quali la ragionevolezza e proporzionalità delle misure adottate,

la libertà e segretezza delle comunicazioni, l'esercizio della libertà di iniziativa economica in regime di concorrenza, l'accesso al mercato delle reti e servizi di comunicazione elettronica secondo criteri di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità ⁽⁹⁸⁾.

Accanto ad obiettivi generali (comunque piuttosto articolati), figurano numerosi obiettivi specifici, molto dettagliati, che devono presiedere all'attività sia dell'AGCOM, sia del Ministero delle comunicazioni, per quanto di rispettiva competenza. Tra tali obiettivi figurano quello di una regolamentazione «tecnologicamente neutrale» e la promozione della «diversità culturale e linguistica» e del «pluralismo dei mezzi di comunicazione»; sono altresì esplicitati ulteriormente gli obiettivi relativi alla concorrenzialità del mercato e al suo sviluppo, agli interessi dei cittadini e degli utenti.

Pur in presenza di una maggior puntualità ed analiticità dei principi e delle finalità che deve perseguire la regolazione del settore ⁽⁹⁹⁾, resta il fatto che l'attività di regolamentazione dell'Autorità appare per lo più finalisticamente vincolata al raggiungimento di determinati obiettivi, il che comporta la sussistenza di ampi margini di discrezionalità (di cui già s'è detto in termini generali) nella stessa opera «preliminare» di bilanciamento di interessi e valori eterogenei spesso in conflitto, oltre che nella attività di attuazione ⁽¹⁰⁰⁾.

Si può ricordare infine – rimanendo su aspetti di carattere generale – che il codice attribuisce all'AGCOM il potere di modificare, di sua iniziativa (nel rispetto di tutti i criteri e le disposizioni del codice e delle direttive comunitarie), alcuni allegati del codice stesso, che pure sono parte integrante del codice ⁽¹⁰¹⁾. Si conferisce dunque all'AGCOM il potere di derogare di propria iniziativa ad una disciplina di rango primario (sulla base di criteri generalissimi), in certa misura riferendo ad un'autorità indipendente un meccanismo solo in parte analogo a quello previsto per i regolamenti di delegificazione del Governo (per l'adozione dei quali la norma di legge prevede confini e presupposti molto più definiti) ⁽¹⁰²⁾.

Per quanto concerne i molteplici interventi cui è chiamata l'Autorità a seguito dell'introduzione della disciplina sulle comunicazioni elettroniche, in questa sede occorre limitarsi ad alcuni degli adempimenti di sistema che assumono particolare rilievo, e pertanto richiamare la complessa attività relativa alla «analisi dei mercati rilevanti». Tale attività viene considerata, anche dalla stessa Comunità europea, come necessario completamento del quadro regolamentare introdotto dalla nuova disciplina comunitaria, volta a promuovere un mercato aperto e competitivo

per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, a sviluppare il mercato interno e a tutelare gli interessi dei cittadini europei.

L'analisi dei mercati rilevanti – individuati a livello comunitario dalla raccomandazione della Commissione europea dell'11 febbraio 2003 – ha visto significativi sviluppi nel corso dell'ultimo anno, come risulta dall'ultima relazione annuale presentata dall'AGCOM alle Camere ⁽¹⁰³⁾: l'analisi è proseguita, portando alla definizione del nuovo pacchetto di obblighi regolamentari (i cosiddetti «rimedi») conseguenti all'individuazione di imprese in posizione di significativo potere di mercato.

In particolare, l'Autorità ha adottato le delibere che hanno concluso il processo regolamentare per quindici mercati dei diciotto individuati dalla Commissione europea ⁽¹⁰⁴⁾.

A titolo esemplificativo, si può ricordare la delibera n. 33/06/CONS, con la quale vengono regolamentati i mercati al dettaglio dell'accesso alla rete telefonica pubblica in postazione fissa per clienti residenziali (mercato n. 1) e per clienti non residenziali (mercato n. 2). Per effetto di tale delibera, Telecom Italia, identificata quale operatore dominante nei mercati in esame, è destinataria di un complesso di obblighi molto puntuali – stabiliti dalla stessa Autorità – in funzione sia di garanzia degli utenti finali, sia degli operatori concorrenti. Alcuni vincoli sono modulati per incentivare livelli di infrastrutturazione sempre maggiore dei concorrenti, e al tempo stesso per evitare che tale processo risulti in contrapposizione con l'*unbundling* (accesso disaggregato alla rete locale).

Analogamente, con la delibera n. 34/06/CONS, l'Autorità ha concluso l'analisi del mercato dei servizi dell'accesso a banda larga all'ingrosso (mercato n. 12), delimitando il relativo mercato nazionale e confermando la designazione di Telecom Italia quale impresa avente un significativo potere di mercato, cui sono imposti obblighi regolamentari di accesso alla rete, di trasparenza, di non discriminazione, di controllo dei prezzi e di contabilità dei costi ⁽¹⁰⁵⁾.

Per quanto riguarda infine il provvedimento conclusivo del procedimento relativo al mercato della terminazione delle chiamate vocali su singole reti mobili (mercato n. 16) ⁽¹⁰⁶⁾, adottato con la delibera n. 3/06/CONS, l'Autorità ha ribadito l'assenza di condizioni di concorrenza effettiva nel mercato, ed ha pertanto individuato ciascun operatore di rete mobile (TIM, Vodafone, Wind e H3G) come individualmente dominante nella fornitura del servizio di terminazione mobile vocale sulla propria rete. Alla luce dell'analisi di mercato effettuata, l'Autorità ha individuato obblighi differentemente graduati in funzione delle caratteristiche di ciascun operatore, per lo più concentrati sull'accesso alla rete

e sull'uso di determinate risorse di rete, la trasparenza, la non discriminazione e la predisposizione di un'offerta di riferimento ⁽¹⁰⁷⁾.

Va segnalato infine – anche in relazione a quanto sarà illustrato, nei paragrafi successivi, con riguardo alla disciplina delle posizioni dominanti nel sistema radiotelevisivo – che, sempre in applicazione della disciplina sulle comunicazioni elettroniche, il mercato delle infrastrutture radiotelevisive ⁽¹⁰⁸⁾ (mercato n. 18 ai sensi della già citata raccomandazione della Commissione europea dell'11 febbraio 2003) è oggetto di una proposta di provvedimento dell'Autorità (delibera n. 61/06/CONS) ⁽¹⁰⁹⁾, proprio in quanto ritenuto suscettibile di una regolamentazione *ex ante* ⁽¹¹⁰⁾.

Con tale documento (sottoposto a consultazione pubblica, secondo la procedura prevista ⁽¹¹¹⁾) l'Autorità ha individuato tre mercati rilevanti nell'ambito dei servizi di diffusione radiotelevisiva per la trasmissione di contenuti agli utenti finali, vale a dire:

- il mercato nazionale dei servizi di diffusione televisiva su piattaforma terrestre in tecnica analogica;
- il mercato nazionale dei servizi di diffusione televisiva su piattaforma terrestre in tecnica digitale;
- il mercato nazionale dei servizi di diffusione radiofonica su piattaforma terrestre in tecnica analogica.

Il documento sottoposto a consultazione pubblica si concentra sulla definizione dei mercati rilevanti e sulla valutazione circa l'esistenza di posizioni di dominanza singola e congiunta ⁽¹¹²⁾.

Per quanto concerne l'analisi delle condizioni strutturali del mercato nazionale dei servizi di diffusione televisiva su piattaforma terrestre in tecnica analogica, l'Autorità rileva l'esistenza di un livello di concorrenza ancora insufficiente. Più specificamente l'Autorità ha rilevato che RAI e RTI usufruiscono di un netto vantaggio rispetto ai concorrenti per quanto concerne sia il controllo delle infrastrutture che delle risorse finanziarie, vantaggio che, nella specifica situazione di mercato e normativa del settore in questione potrebbe, ad avviso dell'Autorità, costituire un ambiente favorevole al tacito coordinamento fra le due imprese che controllano le quote maggiori del mercato. L'Autorità ha quindi verificato, alla luce delle caratteristiche specificate nel paragrafo n. 96 delle linee direttrici della Commissione europea, l'esistenza di una posizione di dominanza collettiva in capo a RAI e RTI, conseguentemente alla presenza di analoghe quote di mercato detenute dalle suddette imprese, all'assenza di una concorrenza sui prezzi e alla presenza di una competizione basata interamente sulla capacità diffusiva ⁽¹¹³⁾.

Per quanto riguarda, invece, il mercato nazionale dei servizi di diffusione televisiva su piattaforma terrestre in tecnica digitale, l'Autorità ha rilevato che la continua evoluzione di tale mercato, unitamente alle valutazioni circa le quote possedute dalle imprese, nonché l'analisi delle caratteristiche strutturali dell'offerta e della domanda, inducono, al momento, ad escludere la sussistenza di alcuna posizione di dominanza anche in virtù dell'omogeneità delle quote di mercato e della dinamicità del mercato in questione. L'Autorità evidenzia, comunque, che, date le caratteristiche del sistema radiotelevisivo italiano, potrebbe delinarsi, in prospettiva, l'eventualità che si riproduca nel digitale la stessa configurazione di mercato presente nell'analogico.

Con riferimento, infine, al mercato nazionale dei servizi di diffusione radiofonica su piattaforma terrestre in tecnica analogica, il documento sottoposto a consultazione esclude l'esistenza di una qualsiasi forma di dominanza. L'AGCOM afferma, infatti, che gli operatori radiofonici attivi sono molteplici e detengono quote di mercato compatibili con i limiti indicati nelle linee direttrici della Commissione europea. Il mercato appare caratterizzato da un livello di concorrenza, attuale e potenziale, soddisfacente essendo possibile anche l'accesso da parte di nuovi soggetti.

3.2 - Sistema radiotelevisivo

Come si è visto, nell'ottica della convergenza tecnologica, la disciplina delle reti di radiodiffusione televisiva si inserisce nel più ampio contesto delle comunicazioni elettroniche, la cui disciplina mira non solo ad adeguarsi all'evoluzione tecnologica e a promuovere ulteriormente l'apertura dei mercati, ma altresì a conciliare in maniera più esplicita i principi della concorrenza e del pluralismo.

Nonostante le direttive comunitarie abbiano previsto un unico quadro normativo per tutte le reti di comunicazione elettronica, il legislatore italiano ha adottato comunque una disciplina *ad hoc* in materia di reti digitali terrestri ⁽¹¹⁴⁾, affidando all'AGCOM un importante ruolo di regolamentazione, che, come si è già accennato, non si limita a completare la disciplina per aspetti di dettaglio (o comunque, di mera attuazione).

Particolarmente significativo appare il caso del regolamento dell'Autorità n. 435/01/CONS, delegato dalla legge n. 66 del 2001 a disciplinare l'attività di radiodiffusione in tecnica digitale terrestre per la fase «a regime» ⁽¹¹⁵⁾. Il testo della legge si limita ad indicare alcuni generici «criteri direttivi», che spesso appaiono più come obiettivi (il cui effettivo

perseguimento e raggiungimento appare essenzialmente rimesso all'Autorità). Si ricordano in proposito la necessaria distinzione tra fornitori di contenuti ed operatori di rete e il passaggio al regime della licenza individuale ⁽¹¹⁶⁾ per i soggetti che provvedono alla diffusione, la predisposizione di norme atte a favorire la condivisione delle strutture di trasmissione, nonché la definizione dei compiti degli operatori (nell'osservanza dei principi di pluralismo dell'informazione, di trasparenza, di tutela della concorrenza e di non discriminazione).

Il regolamento citato, oltre a specificare la distinzione tra operatori di rete e fornitori di contenuti e a regolare i rispettivi titoli abilitativi, ha dettato norme a tutela dei principi appena richiamati, nonché una serie di disposizioni specifiche in tema di radiodiffusione e di servizio pubblico. L'articolo 29 del regolamento prevede poi l'adozione di un ulteriore «provvedimento», volto a dettare le regole in materia di accesso alle reti, ai fini del rispetto del principio del pluralismo informativo ⁽¹¹⁷⁾.

La delibera n. 435/01/CONS costituisce, come si è già accennato, un punto di riferimento anche per la successiva disciplina del sistema radiotelevisivo, adottato con la legge n. 112 del 2004, volta a promuovere l'avvento del sistema digitale terrestre, valorizzato come strumento di ampliamento dell'offerta e di realizzazione del pluralismo (tema, questo, ampiamente discusso nel dibattito politico-parlamentare e dottrinale, che evidentemente non può essere affrontato in questa sede, salvo che per alcuni ulteriori spunti relativi agli adempimenti assegnati dalla legge all'Autorità).

Si ricorda infatti, in estrema sintesi, che la legge fa riferimento a tale delibera, o ad atti conseguenti alla stessa, per aspetti di non poco rilievo, quali definizioni ed attuazione dei principi volti alla salvaguardia del pluralismo e della concorrenza del sistema radiotelevisivo ⁽¹¹⁸⁾, nonché per aspetti che incidono sulla autorizzazione degli operatori ad effettuare la sperimentazione in tecnica digitale terrestre e in definitiva ad accedere al relativo mercato, ovvero a permanere sul mercato dell'analogico, nella delicata fase di transizione al digitale (v. oltre più ampiamente) ⁽¹¹⁹⁾.

3.2.1 - *Disciplina antitrust «a regime»*

Appare utile, ai soli fini di inquadrare più chiaramente l'attività recente dell'Autorità in questa materia, richiamare i tratti essenziali della nuova disciplina anticoncentrazione prevista dalla legge n. 112 del 2004, e trasfusa nel testo unico della radiotelevisione, di cui al decreto legislativo n. 177 del 2005 ⁽¹²⁰⁾.

In particolare l'articolo 15 della legge ha previsto una nuova disciplina *antitrust* «a regime» (che sostanzialmente sostituisce quella prevista dall'art. 2 della legge n. 249/97), con la individuazione dei limiti al cumulo dei programmi e dei limiti al cumulo delle risorse, questi ultimi calcolati innovativamente in rapporto ai ricavi relativi ai settori che compongono il «sistema integrato delle comunicazioni» (SIC) ⁽¹²¹⁾.

Più specificamente, con riguardo ai limiti al cumulo dei programmi, è stato fissato il divieto, per un medesimo fornitore di contenuti ⁽¹²²⁾, di essere titolare di autorizzazioni che consentano di diffondere più del 20 per cento del totale dei programmi (rispettivamente, televisivi o radiofonici), irradiabili su frequenze terrestri in ambito nazionale, mediante le reti previste dal piano nazionale di assegnazione delle frequenze in tecnica digitale ⁽¹²³⁾.

Per quanto attiene al limite relativo alla raccolta delle risorse del sistema integrato delle comunicazioni, è stato individuato il tetto del 20 per cento dei ricavi complessivi ⁽¹²⁴⁾ del «sistema integrato delle comunicazioni»: pertanto, un soggetto iscritto nel registro degli operatori di comunicazione non può conseguire ricavi superiori a tale percentuale (v. commi 2 e 3). Nel corso dell'*iter* parlamentare, la nozione dei ricavi (comma 3) da considerare ai fini del calcolo del tetto *antitrust* (di cui al comma 2) ⁽¹²⁵⁾ è stata oggetto di svariate modifiche, in parte riconnesse alle modifiche relative alla definizione del SIC (v. l'art. 2 della medesima legge, in particolare con riguardo alla eliminazione della voce dell'editoria libraria e di quella relativa al settore fonografico).

Una disposizione *ad hoc* è stata prevista per le imprese di telecomunicazioni i cui ricavi nel mercato dei servizi di telecomunicazioni siano superiori al 40 per cento dei ricavi complessivi di quel mercato: essi non possono conseguire ricavi superiori al 10 per cento dei ricavi del sistema integrato delle comunicazioni (comma 4).

È stato poi inserito uno specifico divieto per i soggetti esercenti attività televisiva nazionale attraverso più di una rete, vale a dire quello di acquisire partecipazioni in imprese editrici di giornali quotidiani ⁽¹²⁶⁾, nonché di partecipare alla costituzione di nuove imprese editrici di giornali quotidiani, fino al 31 dicembre 2010 (comma 6).

Il limite del 20 per cento dei ricavi del SIC opera, stando alla lettera dell'articolo 15, comma 2, «fermo restando il divieto di posizioni dominanti nei singoli mercati che compongono il sistema integrato delle comunicazioni» ⁽¹²⁷⁾.

Dato tale quadro, ai sensi dell'articolo 14 della medesima legge n. 112, all'Autorità sono assegnati compiti rilevanti proprio per consentire l'o-

peratività della disciplina (oltre che per la sua applicazione). All'Autorità spetta innanzitutto la individuazione del mercato rilevante (conforme ai principi previsti dalla direttiva 2002/21/CE – direttiva «quadro» in materia di comunicazioni elettroniche) ⁽¹²⁸⁾. Compete inoltre all'Autorità «verificare che non si costituiscano, nel sistema integrato delle comunicazioni e nei mercati che lo compongono, posizioni dominanti ⁽¹²⁹⁾ e che siano rispettati i limiti di cui all'articolo 15» della legge, tenendo conto, oltre che dei ricavi, di un complesso di ulteriori parametri ⁽¹³⁰⁾.

Nel caso in cui dall'accertamento emergano casi di violazione dei limiti imposti dalla legge, l'Autorità può operare con i poteri conferiti dalla legge n. 249 del 1997, adottando anche provvedimenti «deconcentrativi» ⁽¹³¹⁾.

Tra le numerose problematiche, anche interpretative, che sono emerse nel corso del dibattito parlamentare ed in dottrina, con riferimento alla nuova disciplina *antitrust* stabilita dalla cosiddetta legge Gasparri, ci si limita in questa sede a richiamare la questione della compiuta definizione del SIC (sistema integrato delle comunicazioni), della effettiva possibilità di individuarne l'entità in maniera univoca, nonché della sua idoneità a costituire un efficace parametro di riferimento ai fini del rispetto del divieto di posizioni dominanti, considerata la evidente ampiezza della sua dimensione (a prescindere dalla sua concreta quantificazione, necessaria comunque ai fini del calcolo del «tetto» *antitrust*) ⁽¹³²⁾.

Alla determinazione del SIC (sistema integrato delle comunicazioni) è pervenuta recentemente l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con la deliberazione n. 341/06/CONS ⁽¹³³⁾, adottata in particolare in base agli articoli 14 e 15 della legge n. 112 del 2004 ⁽¹³⁴⁾, nonché in base al testo unico della radiotelevisione di cui al decreto legislativo n. 177 del 2005, nel quale, oltre alla trasposizione della disciplina stabilita dalla legge n. 112, figurano alcune specificazioni in ordine ai conseguenti compiti dell'Autorità ⁽¹³⁵⁾.

L'Autorità ha avuto occasione di far presente in proposito – come risulta dalla relazione presentata nel 2006 – che «non è stata un'impresa semplice, stanti l'eterogeneità, la polverizzazione e l'inafferrabilità di alcune componenti del coacervo da investigare». È stato altresì sottolineata l'importanza del risultato, che non si limita alla determinazione del valore complessivo (22,144 miliardi di euro per il 2005), ma attiene anche alla individuazione delle singole componenti, «delle quali si può così apprezzare il peso relativo (in particolare della radiotelevisione e della stampa) e l'afferenza o meno di alcune attività ⁽¹³⁶⁾ alle finalità di tutela del pluralismo per le quali il SIC è stato voluto dalla legge» ⁽¹³⁷⁾.

Nell'ambito delle considerazioni conclusive della medesima delibera, emergono poi alcuni spunti di riflessione relativi a profili di criticità del-

la disciplina (alla luce della sua applicazione), che appaiono essenzialmente rivolti al legislatore. Da notare che – come già accaduto in altre occasioni di un certo rilievo – l’Autorità invita per alcuni aspetti ad una maggiore specificazione della disciplina legislativa, proprio per evitare di disporre di eccessivi margini di discrezionalità.

A parte alcune questioni di tipo prevalentemente metodologico, non certo irrilevanti ⁽¹³⁸⁾, l’Autorità ha osservato come le tipologie di ricavo previste dalla legge n. 112 del 2004 non appaiano idonee a tenere conto della rapida evoluzione tecnologica e di mercato che caratterizza questi settori di comunicazione, nella loro evoluzione verso modelli di convergenza sia tra i vari *media*, sia tra questi e le telecomunicazioni di rete fissa e di rete mobile (tra cui la vendita di contenuti video su reti di telecomunicazione).

È stata evidenziata poi la necessità di una maggiore precisione circa la definizione merceologica di alcune attività (come ad esempio nel caso dell’editoria elettronica), nonché delle tipologie di ricavo, le quali non dovrebbero essere escluse od incluse a seconda dell’area economica cui sono riferibili (come nel caso dei libri o dei CD che rientrano in quanto collaterali della stampa, ma sono esclusi allorché considerati di per sé).

Nel quadro dei provvedimenti che si possono considerare attuativi-integrativi della nuova disciplina anticoncentrazione, va richiamata la delibera n. 136/05/CONS ⁽¹³⁹⁾, con la quale l’Autorità ha inteso adottare un insieme di misure tese a favorire lo sviluppo concorrenziale del mercato televisivo e delle relative fonti di finanziamento ⁽¹⁴⁰⁾.

A seguito di un’attività istruttoria svolta sulla base dei principi di tutela della concorrenza e secondo le disposizioni della legge n. 112 del 2004, l’accertamento dell’Autorità ha evidenziato una concentrazione di risorse in capo ai gruppi RAI e RTI-Publitalia sia di natura tecnica (le infrastrutture), sia di carattere economico (risorse pubblicitarie) e comunque legata a quote di *audience* assai elevate ⁽¹⁴¹⁾. Questo livello di concentrazione è risultato tale da individuare un duopolio simmetrico nel mercato televisivo, da ritenersi mantenimento di posizione lesiva del pluralismo ai sensi degli articoli 3 e 5 della legge n. 112 del 2004 e dell’articolo 2, comma 7, della legge n. 249 del 1997.

Pertanto, con la medesima delibera n. 136/05/CONS, sono state adottate misure volte a tutelare il pluralismo dell’informazione nel settore televisivo, con particolare riferimento al pluralismo esterno ⁽¹⁴²⁾. Le misure dettate dalla delibera n. 136/05/CONS e le relative condizioni di attuazione si prefiggono l’obiettivo di evitare che la concentrazione di risorse caratterizzante il sistema analogico venga trasferita nel sistema del-

la televisione digitale terrestre, con rischi di restrizione della concorrenza nel medio-lungo periodo. Tuttavia l'Autorità, in considerazione del fatto che tali misure vanno ad incidere in un mercato in fase di espansione, le cui dinamiche di medio periodo risultano difficilmente prevedibili, ha ritenuto opportuno introdurre la «clausola di rivedibilità», secondo la quale le misure previste, alla luce dell'evoluzione dello scenario competitivo, sono rivedibili in un arco di tempo di dodici mesi dall'adozione del provvedimento e, in ogni caso, «all'esito della verifica delle quote del sistema integrato delle comunicazioni».

A complemento dell'azione intrapresa con la delibera n. 136/05/CONS, è intervenuta la successiva delibera n. 163/06/CONS, che si configura come «atto di indirizzo», prevedendo un programma di interventi volto a favorire l'utilizzazione razionale e pluralistica delle frequenze destinate ai servizi radiotelevisivi, nella prospettiva della conversione alla tecnica digitale.

Tale programma di interventi prevede la necessità di procedere all'aggiornamento dell'attuale regolamentazione della televisione digitale terrestre di cui al regolamento n. 435/01/CONS, in particolare individuando «meccanismi che rendano effettiva e sostanziale la cessione del 40 per cento di capacità trasmissiva a soggetti indipendenti [prevista dalla legge] ⁽¹⁴³⁾, in termini di trasparenza delle condizioni imposte e di scelta dei soggetti contraenti, ai fini del rafforzamento del pluralismo e della concorrenza».

A tal fine, è prevista in primo luogo la possibilità di adottare una misura che declini ulteriormente l'obbligo di destinazione di capacità trasmissiva a fornitori indipendenti di contenuti, nell'ambito della quota del 40 per cento della capacità trasmissiva delle reti digitali terrestri ⁽¹⁴⁴⁾.

Significativo appare il fatto che la relazione presentata nel 2006 richiami la delibera n. 163/06/CONS, ed in particolare le misure relative a tale obbligo di destinazione, nel contesto di una riflessione più ampia: se da un lato l'Autorità riconosce – come già in precedenti occasioni – che il digitale terrestre può offrire le premesse per un maggior pluralismo e per l'apertura del mercato a nuovi soggetti ⁽¹⁴⁵⁾, tuttavia, date le caratteristiche del sistema radiotelevisivo italiano, non esclude, in prospettiva, l'eventualità che anche nella nuova tecnologia possa riproporsi la configurazione di mercato duopolistico ravvisata nell'analogico. L'Autorità pone dunque come questione centrale, esplicitamente sottoposta all'attenzione del legislatore, quella del quadro di regole necessario «per una transizione dal sistema analogico a quello digitale che non precostituisca un'occupazione di campo quale si è verificata nell'analogico».

Tale questione – sempre ad avviso dell’Autorità – esige «una risposta non differibile, dopo l’annuncio della messa in mora dell’Italia da parte della Commissione europea per violazione delle direttive comunitarie» (su cui si tornerà oltre), e richiede una riflessione che deve necessariamente svolgersi «a livello politico e quindi in Parlamento, trattandosi di materia riservata al legislatore primario. È in quella sede che va riconsiderato l’assetto concorrenziale del settore nel processo di transizione dall’analogico al digitale in modo da renderlo compatibile con gli obiettivi e i vincoli comunitari, rivedendo le persistenti indicazioni della Corte costituzionale» ⁽¹⁴⁶⁾.

Stante dunque un quadro legislativo che necessita – almeno per alcuni aspetti – di una revisione, la delibera n. 163/06 (in collegamento con la n. 136/05) configura un contributo dell’Autorità per il rafforzamento del pluralismo e della concorrenza, con la «valorizzazione» di un obbligo previsto dalla legge.

Nell’ambito degli interventi previsti dall’atto di indirizzo di cui alla delibera n. 163/06, figura anche la revisione della disciplina relativa alle garanzie di indipendenza dei fornitori di contenuti, e dunque dei criteri fissati dalla delibera n. 253/04/CONS ⁽¹⁴⁷⁾, adottata ai sensi dell’articolo 29 del regolamento sul digitale terrestre (di cui alla più volte richiamata delibera n. 435/01): la delibera n. 253 del 2004, che dà attuazione solo parziale a tale disposizione ⁽¹⁴⁸⁾, riguarda l’accesso alle nuove reti digitali da parte dei fornitori di contenuti indipendenti (dagli operatori di rete) aventi «particolare valore» per il pluralismo e la diversità culturale e linguistica.

Si ricorda peraltro che la delibera n. 253 del 2004 ha suscitato perplessità sotto vari profili: sostanzialmente, oltre alle perplessità relative alla stessa scelta – compiuta in tale occasione dall’Autorità – di dare attuazione solo parziale all’articolo 29 del regolamento, limitandone l’ambito applicativo ai soggetti sopra citati, si è sostenuto che, non essendo gli obblighi di accesso ivi previsti immediatamente operativi, si producono effetti sul sistema televisivo, globalmente considerato, in contrasto con l’obiettivo di evitare il consolidarsi di posizioni dominanti proprio nella fase di transizione al sistema digitale ⁽¹⁴⁹⁾.

Il piano di azione delineato nel richiamato atto di indirizzo individua poi una serie di attività finalizzate alla revisione e all’attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze e alla individuazione dei percorsi ottimali da intraprendere per realizzare una razionale conversione del sistema radiotelevisivo dalla tecnica analogica a quella digitale.

Nell’ambito della revisione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze si dovrebbe verificare, in particolare, la possibilità di amplia-

re, rispetto al piano attuale approvato dall'Autorità nel 2003, il numero di reti nazionali, nonché la realizzazione di un piano di attuazione progressivo, coerente con il piano di assegnazione nazionale delle frequenze, che tenga conto anche della situazione interferenziale con le trasmissioni estere, risolvendo così i casi di incompatibilità ⁽¹⁵⁰⁾.

La ricognizione sistematica del patrimonio frequenziale ⁽¹⁵¹⁾ – come segnalato dalla stessa relazione AGCOM 2006 – è una fondamentale operazione di chiarificazione a tutto campo sull'attuale, effettiva appartenenza delle frequenze e sul grado e il modo (efficiente o meno) della loro utilizzazione: una verifica fondamentale «sia per la disciplina del periodo transitorio sia in ordine alla riassegnazione, al momento dello *switch off*, delle frequenze ridondanti o male utilizzate, sia per riflessioni di più ampio respiro», in quanto «le frequenze sono una risorsa pubblica scarsa e limitata, della quale va assicurata la più efficiente utilizzazione, nell'interesse generale» ⁽¹⁵²⁾.

3.2.2 - *Disciplina transitoria*

Considerata la rilevanza che da sempre riveste la questione del «regime transitorio» nel sistema radiotelevisivo, e dell'applicazione della disciplina anticoncentrazione alla cosiddetto «fase transitoria», si ritiene opportuno richiamare alcuni interventi dell'Autorità che in vario modo si può ritenere abbiano concorso, nei tempi più recenti, alla definizione di tale disciplina, in specie con riguardo alla legge di riassetto del sistema radiotelevisivo approvata nella scorsa legislatura.

Limitatamente ai fini che qui rilevano, appare utile ricordare i tratti salienti dell'articolata disciplina transitoria recata dalla legge n. 112 del 2004 (nonché del contesto in cui è stata definita ⁽¹⁵³⁾), in particolare con riferimento al combinato disposto degli articoli 23 e 25, disciplina con la quale interagiscono appunto alcuni rilevanti interventi dell'Autorità.

L'articolo 23 della legge n. 112, espressamente finalizzato all'avvio delle trasmissioni televisive in tecnica digitale ⁽¹⁵⁴⁾, ha previsto in particolare (comma 1) che fino all'attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze in tecnica digitale, i soggetti esercenti a qualunque titolo attività di radiodiffusione televisiva in ambito nazionale e locale, in possesso dei requisiti previsti dalla disciplina vigente per ottenere l'autorizzazione alla sperimentazione, possano effettuarla – anche attraverso la ripetizione simultanea dei programmi già diffusi in tecnica analogica – fino alla completa conversione delle reti; tale sperimentazione può essere effettuata sugli impianti legittimamente operanti in tecnica analogica;

i medesimi soggetti possono altresì richiedere le licenze e le autorizzazioni per avviare le trasmissioni in tecnica digitale terrestre nei limiti e nei termini previsti dal più volte citato regolamento relativo alla radiodiffusione terrestre in tecnica digitale, adottato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con la delibera n. 435/01/CONS⁽¹⁵⁵⁾.

Tra le varie ulteriori disposizioni del medesimo articolo, va ricordato, anche in relazione alla disciplina di cui all'articolo 25 (v. *infra*), che si autorizza il rilascio della licenza di operatore di rete televisiva, su domanda, ai soggetti che esercitano legittimamente l'attività in virtù del titolo concessorio o «per il generale assentimento di cui al comma 1»⁽¹⁵⁶⁾, qualora dimostrino di aver raggiunto una copertura non inferiore al 50 per cento della popolazione o del bacino locale (comma 5); inoltre, tutte le frequenze destinate al servizio di radiodiffusione concorrono promiscuamente allo svolgimento dell'attività trasmissiva in tecnica analogica ed in tecnica digitale, e pertanto vengono abrogate le norme vigenti che riservano tre canali alla sola sperimentazione digitale (comma 12)⁽¹⁵⁷⁾.

L'articolo 25 della legge – i cui effetti sono stati in parte anticipati dal decreto-legge n. 352 del 2003 (v. *infra*) – ha disciplinato le modalità per accelerare ed agevolare la conversione alla trasmissione in tecnica digitale. In particolare, tale articolo ha previsto:

- l'attivazione, a decorrere dal 31 dicembre 2003, di reti televisive digitali terrestri, con un'offerta di programmi in chiaro accessibili mediante *decoder* o ricevitori digitali (comma 1)⁽¹⁵⁸⁾;
- in capo alla società concessionaria del servizio pubblico generale radiotelevisivo, l'obbligo di realizzare almeno due blocchi di diffusione su frequenze terrestri con una copertura del territorio nazionale che raggiunga il 50 per cento della popolazione dal 1° gennaio 2004, ed il 70 per cento entro il 1° gennaio 2005, nonché di individuare uno o più bacini di diffusione, di norma coincidenti con uno o più comuni situati in aree con difficoltà di ricezione del segnale analogico, nei quali avviare entro il 1° gennaio 2005 la completa conversione alla tecnica digitale⁽¹⁵⁹⁾ (comma 2);
- l'attribuzione all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni del compito di verificare l'effettivo sviluppo del digitale terrestre e la rispondenza di tale sviluppo ai tempi e alle modalità previste dalla legge (comma 3). In particolare, l'Autorità doveva effettuare un esame dell'offerta complessiva dei programmi televisivi digitali terrestri, entro il 30 aprile 2004, allo scopo di accertare:
 - a) la quota di popolazione coperta dalle reti digitali terrestri (che non doveva essere inferiore al 50 per cento);

- b) la presenza sul mercato nazionale di *decoder* a prezzi accessibili ⁽¹⁶⁰⁾;
- c) l'effettiva offerta al pubblico sulle reti digitali anche di programmi diversi da quelli diffusi dalle reti analogiche.

L'Autorità era poi tenuta ad inviare, entro trenta giorni dalla data di completamento della verifica, una relazione al Governo e al Parlamento in merito all'accertamento effettuato (comma 4). Nel caso in cui, a seguito di tale accertamento, l'Autorità avesse verificato l'assenza delle condizioni previste per l'ampliamento del pluralismo, la legge autorizza espressamente la medesima Autorità ad adottare i provvedimenti «deconcentrativi» indicati dal comma 7 dell'articolo 2 della legge n. 249 del 1997 ⁽¹⁶¹⁾.

Va tenuto presente che la conclusione della procedura appena indicata influisce anche – sempre secondo la disciplina recata dall'articolo 25 – sulla delicata questione delle condizioni e modalità di applicazione dei limiti *antitrust* alla «fase transitoria». In particolare, il comma 8 dell'articolo 25 ha stabilito, relativamente al numero complessivo di programmi irradiabili da uno stesso soggetto che, ove risultino rispettate le condizioni sopra indicate in base all'accertamento svolto dall'Autorità, e «fino alla completa attuazione del piano di assegnazione delle frequenze televisive in tecnica digitale», il limite è fissato al 20 per cento ed è calcolato sul numero complessivo dei programmi televisivi concessi o irradiati (anche ai sensi dell'art. 23, comma 1, vale a dire anche da soggetti non titolari di concessione) in ambito nazionale su frequenze terrestri indifferente in tecnica analogica o in tecnica digitale ⁽¹⁶²⁾. I programmi televisivi irradiati in tecnica digitale possono concorrere a formare la base di calcolo ove raggiungano una copertura pari al 50 per cento della popolazione. Tali disposizioni comportano un innalzamento del limite *antitrust*, rispetto a quello previsto dalla legge n. 249 del 1997 ⁽¹⁶³⁾, essenzialmente in quanto rientrano nella base di calcolo i programmi comunque irradiati dai soggetti operanti sul mercato in ambito nazionale ⁽¹⁶⁴⁾, ed inoltre sono cumulati i programmi trasmessi sia in tecnica analogica, sia in tecnica digitale.

Il limite così ricostruito si applica allorché risultino rispettate le condizioni sopra indicate, il cui accertamento è rimesso all'Autorità (vale a dire, le condizioni oggetto della relazione dell'AGCOM in questione) ⁽¹⁶⁵⁾.

Con la precedente disposizione appare sistematicamente connessa anche quella (comma 11) che ha consentito – subordinatamente alla presenza delle condizioni di effettivo ampliamento dell'offerta e del plurali-

smo sempre oggetto dell'accertamento dell'Autorità (di cui ai commi 1 e 3, sopra illustrati) – di prolungare il termine di validità delle concessioni e delle autorizzazioni per le trasmissioni in tecnica analogica (sia in ambito nazionale, sia in ambito locale) sino alla scadenza del termine previsto dalla legge per la conversione definitiva delle trasmissioni in tecnica digitale (originariamente individuato nel 2006, e attualmente nel 2008) ⁽¹⁶⁶⁾.

Un ulteriore aspetto, strettamente collegato ai precedenti, è quello della disciplina che fa salvo il regime della licenza individuale (in luogo del regime dell'autorizzazione previsto dall'articolo 5 della legge ⁽¹⁶⁷⁾) per l'attività di operatore di rete, fino alla scadenza del termine previsto dalla legge per la conversione definitiva delle trasmissioni in tecnica digitale (comma 12).

Va segnalato che la possibilità di proseguire l'esercizio delle reti eccedenti i limiti previsti dalla normativa allora vigente ⁽¹⁶⁸⁾, nonché, per la società concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo di avvalersi di risorse pubblicitarie su tutte le proprie reti televisive analogiche e digitali, era stata espressamente prevista dal già citato decreto-legge n. 352 del 2003 (art. 1, comma 3), che peraltro non individuava così precisamente il termine di scadenza di tale autorizzazione ⁽¹⁶⁹⁾. Il medesimo decreto-legge – come già accennato – ha anticipato la disciplina che ha previsto l'accertamento dell'offerta dei programmi televisivi digitali terrestri da parte dell'Autorità, entro tempi prestabiliti.

L'Autorità ha provveduto agli adempimenti fissati dalla legge, presentando la relazione richiesta entro i termini stabiliti ⁽¹⁷⁰⁾.

La relazione si presenta molto articolata e, prima di esporre le conclusioni dell'accertamento, dedica ampio spazio alla illustrazione dei criteri seguiti ed alle questioni interpretative affrontate dall'Autorità nel corso della propria verifica, in qualche misura evidenziando i confini ed i limiti dell'accertamento svolto, considerati i parametri fissati dalla legge.

Nell'illustrare gli esiti della verifica, l'Autorità include un complesso di osservazioni che appaiono come segnalazioni rivolte al legislatore ⁽¹⁷¹⁾. Viene tra l'altro osservato che «i nuovi sviluppi nel campo della televisione digitale non implicano automaticamente una più equilibrata distribuzione delle risorse nel settore dei mezzi di comunicazione di massa, restando quindi di piena attualità i problemi della garanzia dell'accesso alle reti e della distribuzione delle risorse economiche per consentire un equilibrato sviluppo del sistema anche con l'ingresso di nuovi soggetti».

L'AGCOM segnala poi l'esigenza di verificare l'effettiva realizzazione del principio di neutralità tecnologica fra le varie piattaforme, affin-

ché non si operino indebite discriminazioni da parte di fornitori di contenuti con rilevante potere di mercato ⁽¹⁷²⁾, in ultima analisi, a detrimento del grado di concorrenza e di pluralismo ⁽¹⁷³⁾.

La relazione infine dà conto dell'accertamento positivo relativo alle condizioni poste dalla legge ⁽¹⁷⁴⁾ (sopra richiamate), quale presupposto per la definitiva cessazione del regime transitorio previsto dalla legge n. 249 del 1997.

Ciò nondimeno, l'Autorità ha precisato che «il proprio giudizio positivo in ordine al superamento delle tradizionali strozzature tecniche ed economiche del sistema televisivo italiano non può prescindere dalla rimozione delle criticità e dall'avverarsi delle condizioni, ivi compreso lo sviluppo significativo della domanda, in grado di rendere effettiva la diffusione del digitale terrestre».

Proprio per tale motivo l'Autorità ha segnalato le azioni positive ancora necessarie affinché «l'avvio promettente della televisione digitale terrestre si tramuti in un reale cambiamento del grado di concorrenzialità del mercato televisivo ed in un effettivo ampliamento del pluralismo culturale, politico ed informativo» ⁽¹⁷⁵⁾.

3.2.3 - *Interazione tra Autorità e procedimento legislativo: recenti esperienze*

La disciplina legislativa poc' anzi sintetizzata è stata così definita a seguito di un dibattito molto articolato ed animato, nell'ambito del quale hanno assunto particolare rilievo anche atti di alte cariche istituzionali quali la Presidenza della Repubblica e la Corte costituzionale, nonché della stessa Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

La dinamica parlamentare è stata resa per certi versi ancor più complessa dalla sovrapposizione, relativamente alla disciplina transitoria ⁽¹⁷⁶⁾, tra l'esame del testo della legge di riassetto del sistema radiotelevisivo – rinviato alle Camere dal Capo dello Stato (v. *infra*) – e l'esame del decreto-legge 24 dicembre 2003, n. 352, adottato proprio immediatamente dopo tale rinvio ⁽¹⁷⁷⁾, con il quale, com'è noto, è stata sostanzialmente anticipata la disciplina relativa alla transizione dalla televisione in tecnica analogica a quella in tecnica digitale terrestre, che, dopo alcune modifiche, è poi stata trasposta nel testo finale della legge «di sistema».

Appare utile ricordare che poco prima dell'inizio dell'esame del disegno di legge di riassetto del sistema radiotelevisivo (avvenuto nell'autunno del 2002), era stato inviato alle Camere da parte del Presidente

della Repubblica, ai sensi dell'articolo 87, secondo comma, della Costituzione, un messaggio sul pluralismo e l'imparzialità dell'informazione, adottato il 23 luglio 2002 ⁽¹⁷⁸⁾.

Il testo definitivamente approvato dalle Camere il 2 dicembre 2003, dopo un dibattito molto acceso, è stato rinviato, come già accennato, dal Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 74 della Costituzione, il 15 dicembre 2003.

Una delle questioni segnalate con il messaggio che accompagnava tale rinvio ⁽¹⁷⁹⁾ riguardava la cessazione del regime transitorio previsto dalla legge n. 249 del 1997, ed il rapporto della nuova disciplina transitoria stabilita dalla legge di riforma (relativa alla conversione dalla tecnica analogica alla tecnica digitale) con la giurisprudenza costituzionale, e in particolare con la sentenza n. 466 del 2002, intervenuta durante l'esame in prima lettura del disegno di legge di riforma del sistema radiotelevisivo ⁽¹⁸⁰⁾: tale sentenza stabiliva sostanzialmente la necessaria fissazione di un termine finale certo e non prorogabile, che comunque non oltrepassasse il 31 dicembre 2003 ⁽¹⁸¹⁾, per la definitiva cessazione del «regime transitorio», con gli effetti previsti dalla normativa allora vigente per le emittenti eccedenti i limiti *antitrust* ⁽¹⁸²⁾ (vale a dire, la trasmissione dei programmi irradati da tali emittenti esclusivamente via satellite o via cavo, nonché la realizzazione da parte della RAI della terza rete senza pubblicità) ⁽¹⁸³⁾.

Va segnalato che il termine indicato nel dispositivo della sentenza, come evidenziato dalla stessa Corte, è stato tratto dalla delibera n. 346/01/CONS dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (intervenuta sulla base dell'art. 3, commi 6 e 7 della legge n. 249 ⁽¹⁸⁴⁾), con la quale era stata effettuata la valutazione di congruità tecnica dei tempi di passaggio al regime definitivo. L'Autorità aveva infatti indicato la data del 31 dicembre 2003 quale termine ritenuto sufficiente per le semplici operazioni di trasferimento delle reti analogiche eccedenti, tanto in chiaro che in forma codificata, e la Corte ha ritenuto congruo tale termine «a prescindere dal raggiungimento della prevista quota di «famiglie digitali», che rimane indipendente dalle operazioni tecniche di trasferimento verso sistemi alternativi a quello analogico su frequenze terrestri» ⁽¹⁸⁵⁾.

Tra le varie considerazioni presenti nella motivazione della sentenza richiamata, si ricorda altresì che, in relazione alla data indicata, la Corte costituzionale precisava che essa «offre margini temporali all'intervento del legislatore per determinare le modalità della definitiva cessazione del regime transitorio di cui all'articolo 3, comma 7 della legge n. 249 del 1997» e che «...la presente decisione, concernente le trasmissioni radiotelevisive in ambito nazionale su frequenze terrestri analogiche, non pregiudica il di-

verso futuro assetto che potrebbe derivare dallo sviluppo della tecnica di trasmissione digitale terrestre, con conseguente aumento delle risorse tecniche disponibili». Nell'ambito del successivo dibattito parlamentare, tale passaggio della motivazione è stato ritenuto, secondo una certa interpretazione, idoneo ad attenuare la tassatività del termine indicato nel dispositivo della sentenza n. 466 del 2002, incidendo sulla articolazione dei tempi del procedimento previsto dall'articolo 25, sopra illustrato ⁽¹⁸⁶⁾.

Unitamente a quanto già segnalato nel paragrafo precedente in ordine agli adempimenti previsti dalla nuova disciplina transitoria, dalla vicenda sinteticamente descritta emerge un significativo ruolo dell'Autorità, chiamata ad assumere decisioni che in vario modo costituiscono un punto di riferimento nel (faticoso) processo di definizione della disciplina del regime transitorio, e che «interagiscono» con atti dei più elevati organi istituzionali.

A tal proposito appare poi utile ricordare che nel corso dell'*iter* parlamentare relativo alla legge di riforma del sistema radiotelevisivo, nonché del disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 352 del 2003, l'Autorità è stata più volte chiamata, nelle varie fasi del procedimento, ad esprimersi sul testo in esame in sede di audizione presso le competenti Commissioni parlamentari.

In tali occasioni ⁽¹⁸⁷⁾ l'Autorità ha prospettato un complesso di osservazioni e rilievi, di carattere puntuale, spesso in raccordo con il messaggio presidenziale di rinvio del 15 dicembre 2003 ⁽¹⁸⁸⁾ e con la giurisprudenza costituzionale in materia, ma altresì con la normativa comunitaria relativa alle comunicazioni elettroniche ⁽¹⁸⁹⁾.

Con specifico riguardo alla disciplina transitoria di cui all'articolo 25, non sono poi mancate osservazioni attinenti all'esigenza di definire con maggior chiarezza e precisione i criteri e i parametri delle valutazioni rimesse all'Autorità, nonché i possibili effetti da esse derivanti, anche al fine di indirizzare e delimitare la discrezionalità dell'Autorità stessa ⁽¹⁹⁰⁾. Rispetto al testo originario, talune modifiche apportate al testo dell'articolo 25, come definitivamente approvato, sono state orientate ad accogliere alcuni dei rilievi prospettati (in specie, commi 1 e 3, illustrati *supra*).

In tale quadro non si può omettere di ricordare che di recente, proprio in relazione ad alcune perplessità che aveva avanzato anche l'AGCOM nelle occasioni menzionate, la Commissione europea ha inviato all'Italia una lettera di messa in mora per violazione delle direttive comunitarie in materia di comunicazioni elettroniche, con particolare riferimento al fatto che la legislazione italiana presenta restrizioni ingiustificate alla prestazione di servizi radiotelevisivi e vantaggi ingiustificati

attribuiti agli operatori analogici esistenti nel mercato radiotelevisivo (che si riflettono nella transizione al sistema digitale).

Più specificamente, la Commissione europea osserva che la legislazione italiana potrebbe di fatto precludere agli operatori che non svolgono attività di trasmissione analogica la sperimentazione di trasmissioni digitali e la creazione di proprie reti digitali. Osserva inoltre che la legge consente agli operatori esistenti di acquisire un numero di frequenze per la sperimentazione digitale superiore a quello ad essi necessario per la trasmissione simultanea dei loro programmi in tecnica analogica e in tecnica digitale. Sempre ad avviso della Commissione, la disciplina consente altresì agli operatori esistenti di mantenere il controllo sulle frequenze e sulle reti per le trasmissioni analogiche anche dopo la data dello *switch off*, privando in tal modo i concorrenti del dividendo digitale derivante dall'accresciuta capacità delle reti digitali ⁽¹⁹¹⁾.

Sulla base di tale procedura di infrazione, ed anche in considerazione di alcune risultanze derivanti dalla propria attività di verifica nei mercati rilevanti, la stessa Autorità, nell'ultima relazione annuale del luglio 2006, ha segnalato l'urgenza di riconsiderare l'assetto concorrenziale nel settore televisivo, nel processo di transizione dall'analogico al digitale, per renderlo compatibile con gli obiettivi e i vincoli comunitari (v. anche *supra* il paragrafo 3.2.1, per alcuni ulteriori aspetti) ⁽¹⁹²⁾.

Giova infine ricordare, sempre in correlazione con quanto in precedenza segnalato, in termini generali, in ordine alle varie modalità in cui si può concretizzare la partecipazione dell'Autorità alla «istruttoria legislativa», che recentemente l'Autorità ha esercitato il proprio potere di segnalazione ⁽¹⁹³⁾ per sollecitare la revisione di alcuni aspetti del sistema sanzionatorio vigente nell'ambito dei settori di sua competenza. I rilievi dell'Autorità non appaiono generici ma piuttosto precisi e penetranti, e si riferiscono non solo agli aspetti «di sistema» ed agli effetti delle norme di legge, ma alla stessa formulazione di queste ultime (proponendo vere e proprie formule «emendative»); numerosi rilievi attonano ai meccanismi sanzionatori relativi alle posizioni dominanti nell'audiovisivo e nelle comunicazioni elettroniche ⁽¹⁹⁴⁾. La segnalazione si conclude con l'auspicio che «il Parlamento ponga mano ad un riesame delle norme vigenti al fine di consentire l'espletamento di un'attività sanzionatoria il più possibile trasparente, certa, efficace e proporzionata, nell'ambito dei poteri che il legislatore ha inteso attribuirle». L'Autorità segnala peraltro come la stessa Commissione europea abbia registrato un *deficit* di efficienza del sistema sanzionatorio nei settori di competenza dell'Autorità ⁽¹⁹⁵⁾.

Infine, a proposito delle molteplici forme in cui si possono esprimere i «compiti normativi» dell'Autorità, si ricorda che con l'articolo 16 della legge n. 112 del 2004, nel delegare il Governo ad elaborare il testo unico della radiotelevisione (poi adottato con il decreto legislativo n. 177 del 2005, cui s'è fatto più volte riferimento), è stata per la prima volta prevista l'adozione di un decreto legislativo *previa intesa* con l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

4 - Alcune osservazioni conclusive

Dal quadro tracciato emerge come il rapporto tra l'attività di regolamentazione dell'Autorità e la legge, soprattutto negli anni più recenti, si presenti particolarmente complesso e articolato, in quanto l'attività di regolamentazione dell'Autorità sviluppa e sostanzia la legislazione in materia, sia per aspetti di principio, sia per aspetti di dettaglio, anche ponendosi come disciplina di diretta attuazione della vasta normativa comunitaria in materia; in alcuni casi, poi, le delibere dell'Autorità hanno costituito, in vario modo, un punto di riferimento per la legislazione successiva, che ha sostanzialmente recepito, e dunque «legificato», norme elaborate dall'Autorità mediante propri regolamenti. In altri casi, la legge ha rinviato all'Autorità la stessa definizione di condizioni di operatività della disciplina di rango legislativo, determinandosi una sorta di «inertio» tra norme di legge e regolamenti o atti dell'Autorità.

Tale fenomeno appare sostenuto e rafforzato da una legittimazione comunitaria che, seppure presente fin dall'origine, pare progressivamente accentuarsi, sia sul piano dei rapporti tra le fonti, sia sul piano dei rapporti tra organismi di regolazione nazionali e Commissione europea.

L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sembra consolidare e sviluppare quel carattere di organo partecipe di un più ampio sistema di «regolazione a rete», che si articola su più livelli, i cui rapporti non appaiono tanto caratterizzati dal criterio della gerarchia, ma dal concorso di competenze ⁽¹⁹⁶⁾, in vista del raggiungimento di obiettivi comuni.

Se l'attività normativa dell'Autorità si inserisce in processi che trovano in larga parte il loro fondamento nella normativa comunitaria, e che, come accennato, si sviluppano su più livelli, o comunque tra più centri di produzione normativa, si delinea anche una «complessità interna» dei processi attraverso cui l'Autorità giunge a definire importanti tasselli del quadro regolamentare (tramite una concatenazione di propri atti, di vario genere).

Emerge dunque il carattere inevitabilmente «di confine» di rilevanti competenze ed atti dell'Autorità, che, anche a prescindere dalla loro classificazione in senso strettamente normativo, concorrono in maniera molto significativa alla formazione del quadro regolamentare della materia, definendo spesso gli stessi presupposti per l'operatività della disciplina stabilita dal legislatore o le condizioni alle quali è derogabile. Sembra cioè evidenziarsi un rilevante «ruolo normativo» dell'Autorità, che pare esprimersi più nella articolata partecipazione a «processi normativi», che non in specifici atti inequivocabilmente qualificabili come normativi (che pure non mancano).

Nell'ottica appena delineata è stato segnalato, per altro verso, come l'Autorità possa dare un rilevante contributo all'elaborazione della legge attraverso strumenti che, più o meno direttamente, possono entrare a far parte della stessa istruttoria legislativa (ampiamente intesa): si pensi in particolare alle audizioni dell'Autorità svolte in occasione dell'esame di progetti di legge «di sistema», alle audizioni nell'ambito di indagini conoscitive, alle segnalazioni che l'Autorità è legittimata a compiere in ordine all'opportunità di interventi, anche legislativi, nel settore delle comunicazioni. Si pensi ancora alle relazioni annuali dell'Autorità, che spesso contengono, oltre ad un quadro molto dettagliato dell'attività svolta, degli impegni prossimi e delle tendenze in atto nel mercato, rilevanti segnalazioni in ordine alle difficoltà applicative ed altresì alle criticità della disciplina legislativa nelle materie di competenza. Peraltro, a proposito della relazione annuale si deve rilevare che si tratta di uno strumento non adeguatamente valorizzato nella prassi parlamentare ⁽¹⁹⁷⁾, da cui potrebbe invece derivare un importante impulso per una più attenta riflessione del legislatore su aspetti critici della normativa, o comunque una più proficua e sistematica interlocuzione tra Parlamento e Autorità.

Anche prendendo spunto dalle più recenti vicende parlamentari relative all'approvazione della «legge di sistema», si può osservare che se per qualche verso il ruolo dell'Autorità può apparire talvolta enfatizzato, si delinea quella che sembra essere una «vocazione» di tale organismo ad interagire con atti ed organi del massimo livello istituzionale, sia dell'ordinamento interno, sia dell'ordinamento comunitario e, più in generale, del contesto europeo.

D'altra parte, lo stesso legislatore sembra talvolta demandare all'organo di regolazione del settore decisioni che attengono a questioni di peculiare delicatezza dal punto di vista politico-istituzionale, su cui si manifestano particolari tensioni nelle sedi preposte al confronto politico,

in qualche modo attribuendo all’Autorità anche il ruolo di «camera di decantazione». Sia per ragioni di fatto, sia per ragioni che attengono alle modalità con cui l’Autorità svolge i propri compiti, essa pare comunque aver acquisito, nell’esperienza concreta, un’autorevolezza sostanziale, anche nei rapporti con le altre istituzioni.

Al di là delle più recenti vicende, il fenomeno qui esaminato nel suo complesso sembra collocarsi nell’ambito di un più generale processo che comporta la necessità del Parlamento di confrontarsi con una vasto e complesso sistema di centri di produzione normativa, collocati a vari livelli, recuperando e stimolando le proprie potenzialità di organo di indirizzo generale, di coordinamento e di sintesi-composizione di istanze diverse.

Ciò comporta anche una riflessione sul ruolo che il legislatore è chiamato a svolgere, sia in ordine agli obiettivi di tutela di valori fondamentali, sia in ordine agli oneri che gli competono nello sviluppo di modelli di «legislazione procedurale», nei quali – ferma restando l’importanza della disciplina sostanziale della materia – non meno rilevante appare la disciplina dei raccordi tra i diversi soggetti regolatori.

Note

⁽¹⁾ Su tali aspetti di carattere generale, v. MANETTI M., *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano 1994, p. 200 ss.; CASSESE S. - FRANCHINI C. (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna 1996, p. 11 ss.; AA.VV., *Le autorità indipendenti da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, a cura di S. Labriola, Milano 1999, p. 26 ss. Più recentemente, per alcuni spunti su aspetti di inquadramento generale v. anche CARETTI P., «L’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: problemi e prospettive», in *Europa e informazione*, a cura di M. Manetti, Napoli 2004, p. 31 ss.; CUNIBERTI M., «Autorità amministrative indipendenti e Costituzione», in *Rivista di diritto costituzionale*, Torino 2002, p. 3 ss.; CLARICH M., «Le autorità indipendenti nello “spazio regolatorio”: l’ascesa e il declino del modello», in *Rivista di diritto pubblico*, 3/2004, p. 1035 ss.

Con specifico riferimento al principio di separazione dei poteri, si può osservare peraltro come l’istituzione di autorità qualificate come indipendenti rispetto al circuito dell’indirizzo politico proprio del raccordo Governo-Parlamento possa anche interpretarsi come funzionale all’esigenza di realizzare più compiutamente, nelle moderne società complesse, il principio richiamato.

(2) Si tratta di aspetti che incidono anche sulla configurazione della stessa normativa comunitaria, e sul suo frequente aggiornamento.

(3) Per un'ampia riflessione, in particolare sulla nozione di «neutralità» applicata alle autorità indipendenti, v. MANETTI M., *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., p. 95 ss.

(4) Si tenga presente infatti che, pur emergendo alcune caratteristiche e problematiche di fondo comuni a varie autorità, esse presentano significative differenze, sia dal punto di vista organizzativo (quanto ai meccanismi di nomina, alla durata in carica degli organi ecc.), sia dal punto di vista del novero dei poteri e del ruolo svolto nei settori di competenza. È stato peraltro rilevato da più parti, in dottrina, il carattere «sperimentale» della normativa istitutiva delle varie autorità indipendenti (destinato fin dall'origine a trovare sviluppo nella sua concreta attuazione).

(5) In presenza peraltro di non irrilevanti problemi definitori della stessa categoria, ai fini di definire l'ambito di applicazione di una disciplina di sistema (v. *infra*).

(6) Finalità principale di tale indagine era valutare l'opportunità di predisporre una disciplina legislativa unitaria, anche in vista di una razionalizzazione delle procedure di nomina dei componenti e dell'inquadramento del potere regolamentare ad esse affidato. Dal documento conclusivo, approvato nella seduta del 4 aprile 2000, risulta come opinione condivisa, tra l'altro, la necessità di una «copertura» costituzionale di tali soggetti, anche al fine di fornire una legittimazione in Costituzione ai poteri normativi ad essi conferiti. Quanto all'opportunità di pervenire alla definizione di una disciplina generale di rango legislativo sulle autorità indipendenti, si conveniva su una soluzione che facesse comunque salva la pluralità di modelli, di obiettivi specifici e, conseguentemente, di soluzioni organizzative e funzionali. La Commissione segnalava infine l'importanza del raccordo tra Parlamento e sistema delle autorità, prospettando l'esigenza di valutare anche eventuali modifiche dei regolamenti parlamentari. Gli atti parlamentari relativi all'indagine conoscitiva sono stati raccolti nel volume CAMERA DEI DEPUTATI, *Le Autorità amministrative indipendenti*, collana Indagini conoscitive e documentazioni legislative n. 31, XIII legislatura, Roma, 2000.

(7) Il primo testo non è giunto all'approvazione definitiva delle Camere (più precisamente, è stato trasmesso dalla Commissione bicamerale per le riforme istituzionali all'assemblea della Camera, che ne ha iniziato l'esame, senza tuttavia concluderlo), mentre il secondo, che ha interessato l'intera parte II della Costituzione, approvato in seconda deliberazione dalle due Camere nell'autunno del 2005, è stato sottoposto a referendum costituzionale, ai sensi dell'art. 138, terzo comma Cost.: dalla consultazione referendaria, svoltasi il 25-26 giugno 2006, è risultata la prevalenza dei voti contrari rispetto a quelli favorevoli.

(8) Nel testo di riforma costituzionale deliberato dalle Camere nella XIV legislatura è stato introdotto infatti l'art. 98-*bis*, che offriva «copertura» costituzionale all'esistenza ed alle caratteristiche di indipendenza di tali autorità, la cui istituzione, «con funzioni di garanzia o vigilanza su diritti di libertà o in materie

riservate alla potestà legislativa esclusiva dello Stato» (*ex art.* 117, secondo comma), veniva rimessa a leggi approvate con procedimento bicamerale. L'articolo 98-*bis*, che non individuava direttamente una disciplina generale delle autorità indipendenti, rimetteva esplicitamente la definizione della durata del mandato, dei requisiti di eleggibilità e delle condizioni di indipendenza alla legge (bicamerale) che ne poteva prevedere l'istituzione. Tale disposizione non sembrava peraltro operare alcuna scelta nel senso della preferenza per una legge «di sistema», al fine di definire una disciplina comune su un insieme di aspetti qualificanti delle autorità indipendenti. Se la disciplina generale è stata rimessa ad una successiva legge ordinaria, si stabiliva direttamente (nel nuovo art. 87) che la nomina dei presidenti delle autorità spettasse al Presidente della Repubblica, sentiti i presidenti delle Camere.

Il testo prodotto dalla Commissione bicamerale per le riforme istituzionali nella XIII legislatura (AC 3931-A) prevedeva anch'esso – in un apposito articolo (v. art. 109) – che la legge potesse istituire apposite autorità, «per l'esercizio di funzioni di garanzia o di vigilanza in materia di diritti e libertà garantiti dalla Costituzione», e disponeva parimenti che la legge stabilisse la durata del mandato, i requisiti di eleggibilità e le condizioni di indipendenza. Operava poi la diversa scelta di rimettere al Senato della Repubblica, con la maggioranza dei tre quinti dei suoi componenti, l'elezione dei titolari delle autorità di garanzia e di vigilanza. Analogamente al testo approvato nella XIV legislatura, costituzionalizzava l'obbligo delle autorità – attualmente previsto dalla legislazione ordinaria relativa a ciascuna di esse – di riferire alle Camere sui risultati dell'attività svolta (senza peraltro prevedere alcuna scadenza temporale).

(⁹) Per una riflessione sulla mancata considerazione dei poteri normativi delle autorità indipendenti nella riforma costituzionale, in collegamento con l'espressione «per l'esercizio di funzioni di garanzia e vigilanza» (riferita, per ragioni cronologiche, al testo di cui all'art. 109 elaborato nella XIII legislatura), v. NICCOLAI S., «Le autorità indipendenti nel progetto di revisione costituzionale», in AA.VV., *Le autorità indipendenti da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, cit., a cura di S. Labriola, p. 217 e ss.

(¹⁰) Va ricordato che, in particolare nella fase iniziale della XIV legislatura il Ministro per la funzione pubblica *pro tempore*, Franco Frattini, aveva prospettato l'elaborazione di un testo di riforma organico del sistema delle autorità amministrative indipendenti (anche sulla base delle risultanze della richiamata indagine conoscitiva svolta nella XIII legislatura), che individuasse alcuni «principi di regolazione comune», ed ha provveduto ad insediare una commissione tecnica per approfondire le problematiche relative a questi organismi, al fine della presentazione di un disegno di legge del Governo di complessivo riordino delle *authority*. Delle risultanze dei lavori della commissione dà sinteticamente conto la *Relazione sullo stato della pubblica amministrazione* per gli anni 2000 e 2001, trasmessa alle Camere il 31 marzo 2003 (doc. XIII, n. 1-*ter*, cap. 2, par. 2.8). In tale documento si prospettava – pur non escludendo l'ipotesi, avanzata nel corso del dibattito politico sulla materia, di costituzionalizzare l'esistenza e le funzioni di alcune autorità di garanzia – una preferenza per una riforma da attuare

con legge ordinaria, che offrisse alle autorità una disciplina di base uniforme, posta a presidio della loro autonomia e indipendenza, con riguardo principalmente alle modalità di nomina dei componenti ed all'autonomia organizzativa, contabile e finanziaria. La Commissione ha ritenuto peraltro necessaria una previa valutazione atta ad escludere dal novero delle autorità indipendenti le istituzioni aventi funzioni di regolamentazione o disciplina tecnica di settore non finalizzate alla tutela incondizionata di diritti ed interessi essenziali della comunità. L'elaborazione di un testo di riforma ha continuato ad essere oggetto di dibattito anche durante il mandato del successivo Ministro per la funzione pubblica Mazzella, senza che tuttavia il Consiglio dei ministri deliberasse un disegno di legge da sottoporre all'esame delle Camere.

(¹¹) V. rispettivamente le leggi n. 112 del 2004, in materia di riassetto del sistema radiotelevisivo, n. 215 del 2004, in materia di conflitti di interesse, e n. 262 del 2005, relativa alla tutela del risparmio e alla disciplina dei mercati finanziari. Non sono mancati comunque interventi puntuali nella direzione della riallocazione di talune competenze in favore degli apparati ministeriali, come osserva CLARICH M., «Le autorità indipendenti nello “spazio regolatorio”: l'ascesa e il declino del modello», cit., p. 1046 ss.

(¹²) Fin dall'origine si è posto, com'è noto, il problema della definizione della categoria delle autorità indipendenti (cui spesso si accompagna la qualificazione «amministrative») e della individuazione degli organismi che possono a pieno titolo esservi ricompresi. Per tali aspetti definitivi, si rinvia, tra gli altri, a MERUSI F. - PASSARO M., *Le autorità indipendenti*, Bologna 2003, p. 11 ss.; AMATO G., «Le autorità indipendenti», in *Storia d'Italia, (Annali 14), Legge, Diritto, Giustizia*, Torino 1998, p. 369 ss.; CASSESE S. - FRANCHINI C., *I garanti delle regole*, cit., p. 17 ss. Ci si limita qui a ricordare che sono dai più considerate autorità indipendenti (a parte la Banca d'Italia) l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'Autorità per la protezione dei dati personali, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, la Consob, l'Isvap, la Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali (mentre vengono tendenzialmente esclusi, ovvero si prospettano perplessità rispetto ad organismi quali l'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, l'Agenzia nazionale per la protezione dell'ambiente, la Commissione di vigilanza sui fondi pensione).

(¹³) Oggetto di discussione è anche comunque l'individuazione degli aspetti comuni e delle categorie in cui possono essere eventualmente suddivise le autorità.

(¹⁴) Pur tenendo presente che il panorama delle competenze delle autorità si presenta piuttosto variegato, e suscettibile di svariate articolazioni rispetto alle categorie in cui vengono tradizionalmente ripartiti i poteri pubblici.

(¹⁵) Sui processi che riguardano l'evoluzione della legge ed il ruolo del Parlamento, cfr. PALANZA A., *Un caso di legislazione complessa tra Stato e regioni; La legge n. 59 del 1997 (Bassanini 1)*, 17 giugno 1999; ID., «La perdita dei confini:

le nuove procedure interistituzionali nel Parlamento italiano», in *Storia d'Italia – Il Parlamento, Annali 17*, a cura di L. Violante, Torino 2001, p. 1211 ss.; ZAMPETTI U., *Il Parlamento di fronte alla trasformazione dei sistemi normativi*, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari S. Tosi, Quaderno n. 16, Seminario 2005, Torino 2006, p. 109 ss. Per una riflessione di carattere generale sulle tendenze della normazione, v. anche, nello stesso volume appena citato, RUGGERI A., *Costituzione europea, «deformalizzazione» delle dinamiche della normazione e bilanciamenti di ordine assiologico nella prospettiva della Costruzione di un ordinamento «intercostituzionale»*, ivi, p. 89 ss.

(16) Sul punto v. BILANCIA P., «Attività normativa delle Autorità indipendenti e sistema delle fonti», in AA.VV., *Le autorità indipendenti da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, a cura di S. Labriola, 1999, p. 159 ss., p. 169 ss., che indica casi significativi di tale meccanismo anche con riguardo al Garante per la protezione dei dati personali e all'Autorità *antitrust*, oltre che per l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (su cui v. oltre ulteriori sviluppi, a seguito della approvazione delle direttive comunitarie in materia di «comunicazioni elettroniche»).

(17) Cfr. in particolare BILANCIA P., «Attività normativa delle Autorità indipendenti e sistema delle fonti», cit., p. 165 ss., p. 173 ss.

(18) In questo senso, tra gli altri, MERUSI F. - PASSARO M., voce «Autorità indipendenti», in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento 2002, p. 186, e MANETTI M., voce «Autorità indipendenti (dir. cost.)», in *Enciclopedia Giuridica*, 1997, p. 7 ss.

(19) V., tra gli altri, RIVIEZZO A., «Autorità indipendenti e ordinamento costituzionale», in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2005, pp. 331-332.

(20) V. MANETTI M., voce «Autorità indipendenti (dir. cost.)», cit., p. 7 ss., la quale ravvisava (analogamente ad altri autori che si sono occupati successivamente della materia) «sintomi della tendenza ad ampliare progressivamente gli spazi a favore delle autorità, elevandole ad organi di governo del settore». In questo contesto, sono state prospettate perplessità in ordine alla distinzione tra autorità di garanzia e autorità di regolazione, rispetto al reale sviluppo del sistema (ad es., l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni presenta aspetti riconducibili ad entrambe le categorie).

(21) In questo senso v. MANETTI M., voce «Autorità indipendenti (dir. cost.)», cit., p. 5 ss., che, nel rilevare la violazione del principio di separazione dei poteri e, laddove si ravvisi un potere regolamentare sostanzialmente indipendente in materie coperte da riserva di legge, la violazione del principio di legalità, sottolinea come tale principio non sia interscambiabile con le garanzie di indipendenza e neutralità proprie delle autorità.

(22) In questo senso v. CARETTI P., «L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: problemi e prospettive», cit., p. 37. V. anche, con ulteriori considerazioni, MARZONA N., «Il potere normativo delle autorità indipendenti», in CASSESE S. - FRANCHINI C., *I garanti delle regole*, cit., p. 87 ss., p. 99 ss.

(23) Occorre altresì tener presente lo sviluppo della procedimentalizzazione delle decisioni assunte da molte autorità, che comporta un'ampia partecipazione

dei soggetti interessati al provvedimento conclusivo. Taluni autori giungono ad individuare nelle garanzie offerte dal procedimento una forma di legittimazione «democratica» del potere (che tiene luogo di quella politico-elettorale – v. PASSARO M., *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996, p. 245 ss., altri dubitano che l'esistenza di simili garanzie individui un fenomeno qualitativamente diverso da quello che si verifica in generale nella pubblica amministrazione (in applicazione della disciplina generale del procedimento di cui alla legge n. 241 del 1990), e che in generale possa rappresentare una forma di «legittimazione democratica» alternativa (v. CUNIBERTI M., «Autorità amministrative indipendenti e Costituzione», cit., p. 27 ss.)

Non si può peraltro non considerare come l'esperienza concreta sembri rivelare, tra l'altro, anche una sorta di ulteriore legittimazione derivante dal prestigio acquisito «sul campo» da molte autorità, sia a livello istituzionale, sia nella percezione della collettività. V. in proposito alcune osservazioni di CLARICH M., «Le autorità indipendenti nello “spazio regolatorio”», cit., p. 1049 (anche con riferimento a quella che viene definita la «rete delle autorità consorelle»).

(²⁴) Per taluno la legittimazione comunitaria giustifica il carattere sostanzialmente «primario» di molteplici regolamenti delle autorità (che talvolta possono prevalere su regolamenti e norme di legge statali ritenute «incompetenti», modificare norme di legge o risultare «impermeabili a norme di legge successive») v. MERUSI F. - PASSARO M., cit., p. 186, che sintetizza il fenomeno come una forma particolare di prevalenza del diritto «federale» sul diritto dello «Stato federato». In un approccio forse più cauto, si può ritenere che la fonte comunitaria «tenga luogo» della norma di legge nazionale per aspetti attinenti la disciplina sostanziale.

(²⁵) Si può forse individuare una sorta di tensione permanente, il cui punto di equilibrio va di volta in volta ricercato e verificato nel concreto sviluppo del sistema. Certamente, la legittimazione costituzionale delle autorità potrebbe costituire un punto fermo nella ricerca di tale equilibrio.

(²⁶) Cfr. CARETTI P., «L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: problemi e prospettive», cit., p. 37 ss. Si tenga presente che l'autore non disconosce certamente quello che viene definito un ineliminabile ruolo di garanzia della legge, che dovrebbe concentrarsi sulla predisposizione di un quadro di principi generali.

(²⁷) Si ricorda, tra l'altro, che il settore che ha fatto, in qualche misura, da battistrada allo sviluppo dell'istituto delle autorità indipendenti è stato proprio quello della comunicazione sociale e, più specificamente, dell'informazione, con l'istituzione della figura del Garante per l'editoria prevista dalla legge n. 416 del 1981, le cui competenze (essenzialmente amministrative, e meno rilevanti di quelle poi attribuite all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni), sono state estese alla radiotelevisione con la legge n. 223 del 1990.

(²⁸) Si fa riferimento al filone giurisprudenziale che trae origine dalla sentenza della Corte costituzionale n. 303 del 2003, su cui la dottrina è vastissima. V. poi, in particolare, la sent. n. 151 del 2005.

(29) Per una prima riflessione sul riparto di competenze determinato dalla riforma del titolo V sulla materia «ordinamento della comunicazione», v. l'audizione del presidente *pro tempore* dell'Autorità, prof. Enzo Cheli, svoltasi presso la 1^a Commissione del Senato il 27 novembre 2001. In tale occasione era stata sottolineata la necessità di una legge quadro, o comunque di una disciplina organica, anche per provvedere ad una chiara individuazione dei principi fondamentali cui dovrebbero attenersi le regioni nell'esercizio della potestà legislativa concorrente.

(30) In particolare, possono assumere rilievo le materie «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»; «tutela della concorrenza»; «tutela del risparmio»; «mercati finanziari» e «sistema valutario» (di cui all'art. 117, secondo comma, lett. *m*) ed *e*) Cost.).

(31) Si tenga peraltro presente che, allo stato, l'attività legislativa delle regioni nelle materie di competenza dell'Autorità ha per lo più riguardato aspetti attinenti alla localizzazione delle reti e degli impianti di diffusione dei segnali di trasmissione, oggetti che non sembrano immediatamente o univocamente riconducibili alla materia dell'ordinamento della comunicazione. A fini di completezza, si ricorda altresì che interessanti spunti di riflessione provengono – sul diverso versante delle funzioni amministrative – dalla «regionalizzazione» dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni dovuta alla presenza di una rete di Comitati regionali per le comunicazioni (Corecom), chiamati a svolgere sul territorio, oltre alle funzioni ad esse attribuite dalla legge statale o regionale, anche alcune funzioni delegate dall'Autorità. Si ricorda che l'art. 1, co. 13, della legge n. 249 del 1997, infatti, «riconoscendo le esigenze di decentramento sul territorio al fine di assicurare le necessarie funzioni di governo, di garanzia e di controllo in tema di comunicazione», definisce i Corecom «funzionalmente organi dell'Autorità», pur prevedendone l'istituzione con legge regionale.

(32) Si fa riferimento in particolare alle primo pacchetto di direttive in materia di reti e servizi di telecomunicazioni, varato tra il 1990 (direttiva quadro 90/387/CEE) e il 1998 (direttiva sulla portabilità del numero, 98/61/CEE), che prevedeva già l'affidamento di compiti non solo di vigilanza e di controllo, ma anche di regolazione ad organismi indipendenti dagli interessi di settore (v. CARRETTI P., cit., p. 34).

(33) Da notare che il modello italiano di un'autorità «della convergenza» si inseriva innovativamente nel contesto comunitario, anticipando tra l'altro i successivi sviluppi della normativa comunitaria in materia di «comunicazioni elettroniche» (su cui v. oltre).

(34) Ciò, anche alla luce dei più recenti sviluppi normativi, in particolare considerando la legge 3 maggio 2004, n. 112, di riassetto del sistema radiotelevisivo (cd. «legge Gasparri»), ed il codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259. Si ricorda peraltro che il quadro delle competenze dell'Autorità è stato integrato, e talvolta modificato, con interventi normativi anche anteriori alla legge n. 112 (di carattere più circoscritto).

(³⁵) Cfr. in particolare CHELI E., voce «Autorità per le garanzie nelle comunicazioni», in *Enc. Dir.*, p. 108.

(³⁶) Cfr., tra gli altri, CARETTI P., «L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: problemi e prospettive», cit., p. 34.

(³⁷) Per questa ricostruzione (con indicazioni esemplificative), v. CHELI E., voce «Autorità per le garanzie nelle comunicazioni», cit., Aggiornamento IV, Milano 2000, p. 111 ss. Secondo un'articolazione più essenziale, si possono distinguere poteri consultivi, istruttori, di segnalazione, sanzionatori, di adozione di provvedimenti a carattere decisorio, regolamentari, certificatori e di aggiudicazione: v. FRENI E., voce «Autorità per le garanzie nelle comunicazioni», in *Enc. Giur.*, Torino 1999, p. 5 ss. Le competenze attribuite all'Autorità dalla legge n. 249 del 1997, assai più ampie e penetranti di quelle del Garante per la radiodiffusione e l'editoria istituito nel 1981 (e «assorbite» dalla nuova Autorità), sono considerate dai più così rilevanti da rendere l'Autorità l'effettivo soggetto di governo del settore delle comunicazioni.

(³⁸) Si tenga presente che il quadro di tali competenze, contenuto peraltro in modo non sistematico nella legge n. 249 del 1997, va necessariamente integrato con le indicazioni di altre leggi e regolamenti (sia anteriori che successivi). Inoltre, il testo unico della radiotelevisione, di cui al d.lgs. n. 177 del 2005, adottato ai sensi dell'articolo 16 della legge n. 112 del 2004, non ridefinisce le competenze assegnate all'Autorità, e si limita all'articolo 10 a rinviare al complesso delle competenze previste dal medesimo testo unico e dalla normativa vigente (anche per quanto non trasposto nel testo unico) richiamando in particolare la legge n. 249 del 1997 (oltre alle leggi nn. 223 del 1990 e 481 del 1995).

(³⁹) Si tratta non tanto di norme di comportamento, ma di «norme di conferimento». V. CHELI E., voce «Autorità per le garanzie nelle comunicazioni», cit., p. 113, e in senso analogo MERUSI F., *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, pp. 73-74, che riferendosi più in generale al complesso delle autorità, rileva che «spesso il legislatore si è limitato all'attribuzione di potere o a parziali e late prescrizioni d'uso. Rare sono le ipotesi di regolamenti meramente attuativi di prescrizioni legislative». V. anche BILANCIA P., «Attività normativa delle Autorità indipendenti e sistema delle fonti», cit., p. 151 ss.

(⁴⁰) CHELI E., voce «Autorità per le garanzie nelle comunicazioni», cit., p. 113 ss.

(⁴¹) CHELI E., voce «Autorità per le garanzie nelle comunicazioni», cit., p. 114.

(⁴²) Si è già detto che il testo unico della radiotelevisione, di cui al d.lgs. n. 177 del 2005, non ridefinisce autonomamente le competenze assegnate all'Autorità, e contiene un ampio rinvio (in parte nominato, in parte innominato) alla normativa vigente (articolo 10). Il comma 1 dell'articolo 10 afferma poi che l'Autorità, nell'esercizio dei compiti ad essa affidati dalla legge, assicura il rispetto dei diritti fondamentali della persona nel settore delle comunicazioni, anche radiotelevisive.

(⁴³) V. CHELI E., cit., p. 114, che sottolinea la ben diversa pregnanza della definizione rispetto a quella prevista dalla legge n. 481 del 1995. Nel senso che le Autorità indipendenti mettono in crisi proprio la trilogia dei poteri, v. CASA-

VOLA F. P., «Quale statuto per le autorità indipendenti», in *Rassegna parlamentare* n. 3 del 1997, p. 529 ss.

(44) V., tra gli altri, CARETTI P., «Le fonti della comunicazione», in *Quaderni costituzionali* n. 2 del 2004, p. 316 ss.; BILANCIA P., «Attività normativa delle Autorità indipendenti e sistema delle fonti», cit., p. 149 ss.; DONATI F. - BONCINELLI V., «I regolamenti dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni», in *Osservatorio sulle fonti 2003-2004 – I poteri normativi delle autorità indipendenti*, a cura di P. Caretti, Torino 2005, p. 165 ss.

(45) Ci si limita in questa sede ad accennare al fatto che i regolamenti dell'Autorità non sono soggetti ai controlli ai quali soggiace il potere regolamentare dell'Esecutivo (di cui alla legge n. 400/88); all'Autorità compete disciplinare i propri procedimenti, anche con rilevanti effetti per quanto attiene alle competenze dei propri organi; si configura, come già accennato, una accentuata proceduralizzazione (che implica una significativa partecipazione al procedimento dei soggetti interessati alle sue decisioni).

(46) Sia dal punto di vista delle materie (in termini molto generali, telecomunicazioni, audiovisivo, editoria, comunicazione politica ecc.), sia dal punto di vista della rilevanza dei contenuti della regolamentazione.

(47) Essenzialmente, di carattere regolamentare o subprimario (anche se, come si vedrà, spesso si incontrano atti idonei ad assumere una «valenza primaria»).

(48) A parte gli atti espressamente qualificati come «regolamenti», la qualificazione di un atto come «delibera», o in altri modo, non ne esclude la portata sostanzialmente normativa.

(49) V. in particolare, tra i più recenti e completi, lo studio di DONATI F. - BONCINELLI V., «I regolamenti dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni», cit., Torino 2005, p. 119 ss. D'altra parte, l'esigenza di classificare correttamente le varie tipologie di atti risponde anche alle differenze che conseguono sul piano del regime giuridico (sul punto si rinvia allo studio appena citato, p. 122 ss).

(50) Intesa come capacità di innovare l'ordinamento positivo.

(51) V., tra gli altri, BILANCIA P., «Attività normativa delle autorità indipendenti e sistema delle fonti», cit., p. 153 ss., DONATI F. - BONCINELLI V., «I regolamenti dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni», cit., p. 123.

(52) V. CRISAFULLI V., voce «Atto normativo», in *En. dir. IV*, Milano 1959, p. 255.

(53) Categoria, comunque, dagli incerti confini dogmatici.

(54) Il requisito della generalità ed astrattezza opererebbe per così dire «in negativo», nel senso che gli atti che ne sono sprovvisti rientrano sicuramente nella categoria degli atti amministrativi (ma non vale il contrario).

(55) Si tratta di un criterio comunque relativo (che consente di ricondurre nel novero degli atti amministrativi generali quegli atti che producono direttamente effetti giuridici nella sfera di soggetti privati, come i provvedimenti dell'AGCOM che fissano i livelli massimi di prezzi, tariffe e contributi). In ogni caso, nessuno dei criteri summenzionati può essere assunto, da solo, come prova del carattere normativo o amministrativo dell'atto.

(⁵⁶) Come risulta dalla accurata analisi svolta da DONATI F. - BONCINELLI V., «I regolamenti dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni», cit., p. 124 ss., l’esercizio della potestà normativa dell’AGCOM si esercita solo per una parte minoritaria attraverso atti formalmente regolamentari (che risultano essere circa il 30 per cento degli atti cui è attribuito valore normativo). Viene peraltro segnalato come vi siano non poche differenze tra i settori di competenza (si rinvia al medesimo studio per ulteriori elementi di carattere quantitativo-statistico). In molti casi poi gli atti dell’AGCOM combinano variamente elementi – ora formali, ora sostanziali – dell’una e dell’altra categoria. Nel contesto di una riflessione di più ampio respiro, viene ricordato tra l’altro che il ricorso agli elementi formali quale unico (o prevalente) criterio per l’individuazione e la caratterizzazione delle singole fonti di produzione normativa è ormai pacificamente accettato in relazione alle fonti primarie, mentre la dottrina maggioritaria tende a negare (o a ridimensionare) la rilevanza del profilo formale nell’ambito delle fonti secondarie, confortata da una consolidata giurisprudenza civile ed amministrativa.

(⁵⁷) V. tra le varie, la delibera n. 85/1998. V. DONATI F. - BONCINELLI V., «I regolamenti dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni», cit., pp. 131-132 (ove peraltro si conclude per il carattere provvedimentale dell’atto in questione).

(⁵⁸) V. ad esempio la delibera n. 152/02/CONS.

(⁵⁹) Determinando obblighi riferiti ad una «classe» di soggetti, considerati in virtù della loro qualificazione giuridica (e che pertanto potrebbero gravare anche su soggetti notificati come aventi una significativa forza di mercato anche dopo l’emanazione della citata delibera).

(⁶⁰) A proposito della forma e della struttura degli atti dell’Autorità, piuttosto variegata, si può anche osservare come emerga una certa analogia con atti e fonti delle istituzioni comunitarie. Sul piano della tecnica di redazione, l’adozione di una premessa esplicativa dei presupposti e delle finalità dell’atto, sulla scorta del modello comunitario, può rappresentare un elemento apprezzabile di chiarezza. Incidentalmente si ricorda che è stata di recente estesa l’applicazione dell’AIR (analisi di impatto della regolamentazione, promossa anche a livello comunitario per il miglioramento della qualità della legislazione) all’attività delle autorità amministrative indipendenti, le quali sono tenute ad inviare le relative relazioni al Parlamento (v. art. 12 della l. n. 229 del 2003 – legge di semplificazione per il 2001). La disposizione citata fa riferimento a quelle «autorità amministrative indipendenti, cui la normativa attribuisce funzioni di controllo, di vigilanza o regolatorie»: esse «si dotano, nei modi previsti dai rispettivi ordinamenti, di forme o metodi di analisi dell’impatto della regolamentazione per l’emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione, e, comunque, di regolazione». Con specifico riferimento all’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, v. l’art. 13, comma 8, del d.lgs. n. 259 del 2003 recante il codice delle comunicazioni elettroniche (che prevede, con formula più generica, che l’Autorità si doti di «forme o metodi di analisi di impatto della regolamentazione»).

(61) V. delibere nn. 2/00/CIR e 15/01/CIR. Si ricordi che le misure adottate dall'Autorità per l'accesso disaggregato all'anello locale (*unbundling local loop*), hanno costituito un passaggio molto rilevante per l'effettiva apertura alla concorrenza del mercato della telefonia fissa (consentendo all'operatore alternativo a quello dominante, gestore della rete, di offrire direttamente ai clienti servizi propri, usufruendo delle strutture esistenti dietro pagamento di un canone).

(62) Infatti tali linee guida vanno comunque a riflettersi sulla validità del rapporto contrattuale, e potrebbero essere richiamate dalle parti in conflitto, quale parametro di legittimità (oltre a DONATI F. - BONCINELLI V., cit., p. 133, v. anche sul punto NICODEMO S., *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti*, Padova 2002, p. 206).

(63) Cfr., tra l'altro, la delibera n. 399/02/CONS, il cui articolo 3 rinvia alle sanzioni già previste dalla normativa vigente.

(64) Anche in considerazione della discrezionalità che caratterizza la scelta dei criteri e la loro applicazione, come riconosciuto da vari autori.

(65) Si pensi, in particolare, alla individuazione dei mercati rilevanti che compongono il SIC (sistema integrato delle comunicazioni) ed all'ammontare delle risorse che compongono il SIC (elementi necessari per individuare uno dei limiti *antitrust* previsti dalla nuova disciplina di cui alla legge n. 112 del 2004), su cui v. oltre un approfondimento (paragrafo 3.2.1). MERUSI F., *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., p. 73, ritiene che l'attività di determinazione dei criteri per la definizione del mercato rilevante sia a tutti gli effetti un'attività normativa, per quanto non formalmente qualificata come tale. Diversa valutazione è espressa, su questa specifica tipologia, da DONATI F. - BONCINELLI V., cit., p. 129, nel quadro comunque di un insieme di atti dall'incerta classificazione.

(66) Si fa riferimento in particolare alla disciplina transitoria, sia pure come differentemente disciplinata prima e dopo l'entrata in vigore della legge n. 112 del 2004 (cd. «legge Gasparri»). V. oltre il paragrafo 3.2.2.

(67) Per alcuni spunti di riflessione di carattere generale v. in proposito MANFRELLOTTI R., «Amministrazioni indipendenti e collaborazioni preliminari al procedimento legislativo», in *Quad. cost.* 4/2003, p. 773 ss.

(68) Si vedano oltre alcune indicazioni più specifiche con particolare riguardo all'esame parlamentare del disegno di legge governativo che ha condotto all'approvazione della legge n. 112 del 2004 (c.d. «legge Gasparri»).

(69) A differenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (*Antitrust*), cui è attribuito un potere di segnalazione direttamente nei confronti del Parlamento, ai sensi della legge n. 287 del 1990.

(70) Cfr. art. 1, comma 6, lett. c), n. 1 della legge n. 249 del 1997 (che conferisce precisamente il potere in capo al Consiglio dell'Autorità). Sottolinea la «proiezione dinamica» dell'Autorità, anche in rapporto ai poteri di segnalazione al Governo, che vanno al di là di aspetti meramente tecnici, CHELI E., voce «Autorità per le garanzie nelle comunicazioni», cit., p. 108.

(71) Come si vedrà meglio più avanti, anche l'ultima relazione annuale presentata dall'Autorità alle Camere (20 luglio 2006) contiene significativi spun-

ti per il legislatore, con particolare riguardo all'assetto concorrenziale del settore radiotelevisivo nel processo di transizione dall'analogico al digitale.

A mero titolo esemplificativo, si può poi ricordare che la relazione presentata il 9 luglio 2004 (la prima relazione successiva all'approvazione della nuova «legge di sistema», la n. 112 del 2004), nel delineare i rilevanti impegni cui l'Autorità era tenuta nell'immediato futuro, in particolare, nel settore delle comunicazioni elettroniche e nel settore radiotelevisivo, sottolineava l'attivazione delle nuove, numerose competenze attribuite all'Autorità dalla legge n. 112, in relazione alle quali si invitava il legislatore ad una seria riflessione sul crescente divario tra funzioni e risorse, che «rischia di compromettere la scelta stessa di affidare ad autorità indipendenti la tutela di diritti nell'ambito dello sviluppo concorrenziale di settori economici»; invitava poi il legislatore, anche in considerazione della annunciata riforma del sistema delle autorità indipendenti, a tener presente la «buona riuscita ottenuta da questo inedito modello di Autorità della convergenza...nella convinzione che esso possa, più di altri, garantire e incentivare quel giusto bilanciamento tra concorrenza e pluralismo, cui il mondo della comunicazione e dell'informazione, per ben funzionare, dovrebbe costantemente ispirarsi» (v. presentazione della relazione 2004, pp. 27-30).

(⁷²) Si ricorda in proposito che, con una lettera inviata ai presidenti delle commissioni permanenti, nel corso della XIV legislatura (24 maggio 2005) il Presidente della Camera ha inteso richiamare l'attenzione circa l'opportunità di una sempre più proficua e sistematica interlocuzione tra le Commissioni e le autorità indipendenti che operano nei settori di interesse. Più specificamente, le Commissioni sono state invitate ad una piena utilizzazione degli strumenti regolamentari disponibili a tal fine, nonché ad una riflessione sul seguito delle relazioni annuali presentate.

(⁷³) Che pare riconnettersi, almeno in parte, alla stessa garanzia di diritti fondamentali che costituisce la sua ragion d'essere.

(⁷⁴) A parte i principi stabiliti nella legge n. 249 e le regole generali contenute nella legge n. 481 del 1995, la più compiuta espressione della disciplina del settore risulta dal regolamento di cui al DPR n. 318 del 1997 (intervenuto appunto in attuazione del primo pacchetto di direttive in materia di reti e servizi di telecomunicazioni, basato sulla direttiva quadro 90/387/CE) ed i cui contenuti, modificati a seguito della successiva ulteriore evoluzione della normativa comunitaria, in specie con il pacchetto sulle comunicazioni elettroniche del 2002 (basato sulla direttiva «quadro» 2002/21/CE), sono ora trasposti nel «codice delle comunicazioni elettroniche», di cui al d.lgs. n. 259 del 2003 (che ha provveduto all'abrogazione del DPR n. 318 del 1997).

(⁷⁵) Le competenze su quest'ultima materia si sono aggiunte solo di recente, con l'adozione della legge n. 215 del 2004. In applicazione della legge, sono intervenuti il regolamento per la risoluzione dei conflitti di interessi approvato con la delibera n. 417/04/CONS (che contiene norme relative al procedimento in materia di accertamento dei conflitti di interesse) ed il regolamento di cui alla delibera n. 392/05/CONS, che abroga il precedente. Sono poi state presentate alle

Camere le relazioni sullo stato delle attività di controllo e vigilanza (previste dall'art. 8 della medesima legge sia per l'AGCOM, sia per l'Antitrust), relative al primo ed al secondo semestre del 2005, che offrono un insieme di elementi di valutazione sulla disciplina legislativa.

(76) Utilizzate da RAI e Mediaset al momento dell'accertata sufficiente diffusione delle parabole in uso presso gli utenti (v. art. 3, commi 6 e 7, della legge n. 249 del 1997, abrogati dall'art. 28 della legge n. 112 del 2004).

(77) Il riferimento è agli art. 2, comma 8, lett. *b*) e comma 9 della legge n. 249 del 1997 (commi abrogati dall'art. 28 della legge n. 112 del 2004). V. CARETTI P., «L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: problemi e prospettive», cit., pp. 35-36.

(78) Operazione peraltro non priva di risvolti problematici, secondo i principi che regolano il sistema delle fonti.

(79) V. paragrafo 3.2.3.

(80) Recante, «Termini e criteri di attuazione delle disposizioni di cui all'art. 3, commi 6,7,9 e 11 della legge 21 luglio 1997, n. 249».

(81) Tale categoria si intende comprensiva delle telecomunicazioni, della radiotelevisione e delle nuove tecnologie dell'informazione (è espressamente esclusa la disciplina dei contenuti, che resta disciplinata dalla direttiva 89/552/CEE, c.d. «televisione senza frontiere»). Nell'ambito di una casistica molto ampia, si possono ricordare, tra le numerose delibere che hanno determinato l'avvio di un mercato delle telecomunicazioni liberalizzato e concorrenziale, quelle sulla separazione tra attività di gestione dell'infrastruttura e attività diretta alla fornitura dei servizi, sulla portabilità del numero, sull'*unbundling local loop* e sulla preselezione. È da tener presente che, in materia di telecomunicazioni, ha costituito – nell'ordinamento interno – una base legale per gli interventi dell'Autorità il regolamento di cui al DPR n. 318 del 1997 (volto al recepimento della normativa comunitaria allora in vigore). Per alcune delle più recenti delibere in materia di comunicazioni elettroniche e di radiotelevisione, v. *oltre* il paragrafo 3.

(82) V. sul punto in particolare MONTELLA G., «La collaborazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni all'attuazione della disciplina comunitaria», in *Europa e informazione*, a cura di M. Manetti, Napoli 2004, p. 197. V. anche MANFRELLOTTI R., «Amministrazioni indipendenti e collaborazioni preliminari al procedimento legislativo», in *Quad. cost.* n. 4/2003, p. 781 ss.

(83) Sulla «dimensione comunitaria» delle funzioni dell'Autorità v. MANZELLA A., «Lo Stato comunitario», in *Quad. cost.* n. 2/2003, p. 280. V. anche, rispetto ad altre istituzioni europee, DE SENA P., «Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Legge Gasparri: alcune riflessioni su pluralismo e televisione digitale», in *Il Sistema radiotelevisivo e la legalità europea*, a cura di R. Mastroianni, ESI 2006, p. 13 e ss.

(84) V. in particolare l'art. 3 della direttiva-quadro n. 2002/21/CE, cui si riconnettono numerose disposizioni della stessa direttiva, e delle altre facenti parte del medesimo «pacchetto» (v. *oltre*).

(⁸⁵) Va richiamata in proposito l'istituzione dell'ERG (European Regulators Group) da parte della Commissione europea nel 2002 (organismo composto dai rappresentanti di trentatré autorità europee di regolamentazione del settore delle comunicazioni elettroniche, cui partecipa la stessa Commissione europea): tale organismo ha l'obiettivo di supportare la Commissione stessa nel perseguimento di un'applicazione conforme ed armonizzata del quadro regolamentare europeo di settore. L'autorità italiana (Autorità per le garanzie nelle comunicazioni) è stata designata alla Presidenza dell'ERG per l'anno 2007, anno che si ritiene tra l'altro decisivo per il processo di revisione delle direttive europee sulle reti di comunicazione elettronica (sulle linee portanti del «pacchetto» di direttive comunitarie in materia di comunicazioni elettroniche, adottato nel 2002, v. oltre il paragrafo 3.1).

(⁸⁶) Secondo quanto risulta da un comunicato del 19 luglio 2006, la Commissione, con la lettera di messa in mora, ha rilevato sostanzialmente che, rispetto alle norme sulla concorrenza UE, la legislazione italiana introduce restrizioni ingiustificate alla prestazione di servizi radiotelevisivi e vantaggi ingiustificati per gli operatori analogici esistenti: più specificamente, la legislazione italiana potrebbe di fatto precludere agli operatori che non svolgono attività di trasmissione analogica la sperimentazione di trasmissioni digitali e la creazione di proprie reti digitali, e consente agli operatori esistenti di acquisire un numero di frequenze per la sperimentazione digitale superiore a quello ad essi necessario per la trasmissione simultanea dei loro programmi in tecnica analogica e in tecnica digitale. Inoltre, sempre secondo i rilievi della Commissione, si consente agli operatori esistenti di mantenere il controllo sulle frequenze e sulle reti per le trasmissioni analogiche anche dopo la data dello *switch off*, privando in tal modo i concorrenti del dividendo digitale derivante dall'accresciuta capacità delle reti digitali.

(⁸⁷) In dottrina vi è chi riconduce a tale categoria anche il regolamento concernente la disciplina dell'avvio del digitale terrestre, di cui alla delibera n. 435/01/CONS (v. CARETTI P., «L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: problemi e prospettive», cit., p. 36).

(⁸⁸) Così come quello sul registro delle imprese di comunicazione.

(⁸⁹) V. il regolamento che ha recepito i contenuti della direttiva 98/61, in tema di portabilità del numero di operatore e di preselezione del vettore (delibera n. 3/CIR/99, cui si ricollegano molte delibere successive). Numerose sono comunque le delibere dell'Autorità che, di là del rapporto formale con la normativa comunitaria, svolgono un ruolo essenziale per l'attuazione di principi e norme comunitarie (si pensi alla disciplina dell'accesso alle reti e dell'interconnessione, che deve rispondere a criteri di non discriminazione e trasparenza).

(⁹⁰) Per alcuni spunti riguardo a recenti esperienze, v. oltre il paragrafo 3.2.3.

(⁹¹) Tali elementi non si riscontrano contestualmente ad esempio in altri due campi di intervento normativo dell'AGCOM, certamente del massimo rilievo in ambito nazionale, quali la disciplina della *par condicio* e quella, di più recente applicazione, del conflitto di interessi.

(⁹²) Da intendersi come incidenza e portata normativa. Per ulteriori elementi, anche quantitativi, v. lo studio già richiamato di DONATI F. - BONCINELLI V., cit., p. 147 ss., secondo il quale nel settore in esame prevalgono comunque gli atti che, pur non qualificandosi come regolamentari, hanno un contenuto prescrittivo che può considerarsi sostanzialmente normativo. Carattere formalmente regolamentare assumono le delibere che disciplinano la risoluzione di controversie (tra le altre, delibera n. 307/03/CONS), autorizzazioni e licenze individuali (tra le altre, delibera n. 102/03/CONS), nonché relative all'ingresso di nuovi operatori nel mercato dei sistemi radiomobili (delibera n. 544/00/CONS).

(⁹³) Numerosi sono i rapporti elaborati periodicamente in ambito comunitario che danno conto dell'evoluzione della liberalizzazione nei singoli paesi membri, nei vari settori, e che riconoscono l'efficacia dell'attività di regolazione svolta dall'Autorità italiana.

(⁹⁴) Da notare che tale regolamento aveva finito per assumere a sua volta un ruolo «primario» nell'assetto delle fonti della materia, al tempo stesso determinandosi un significativo «intarsi» con le delibere integrative-attuative dell'AGCOM.

(⁹⁵) Il «pacchetto» è composto dalle seguenti direttive:

- 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime (direttiva «Accesso»);
- 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva «Autorizzazioni»);
- 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva «Quadro»);
- 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica (direttiva «Servizio Universale»).

Viene considerata integrativa del «pacchetto» anche la direttiva 2002/77/CE, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica. Occorre poi ancora considerare la direttiva 2002/58/CE, relativa alla tutela dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche – che peraltro è stata recepita con un distinto d.lgs. recante il testo unico delle disposizioni in materia di protezione dei dati personali – nonché con la decisione 676/2002/CE relativa ad un quadro normativo per la politica in materia di spettro radio nella Comunità europea (decisione «spettro radio»).

(⁹⁶) Rispetto alle direttive relative alla liberalizzazione del settore, adottate all'inizio degli anni '90 (soprattutto le direttive numero 387 e 388 del 1990), novità di rilievo investono fondamentalmente tre aspetti:

- passaggio dalla fase iniziale della liberalizzazione alla fase più matura dell'armonizzazione dei mercati: fase che impone un più forte coordinamento tra le politiche e le discipline nazionali;
- definizione di un quadro normativo unitario per l'intero comparto della comunicazione elettronica, comprensivo delle telecomunicazioni, della radio-televisione e delle nuove tecnologie dell'informazione: un quadro unitario nella prospettiva della convergenza tecnologica oggi in atto nei vari mezzi;

- definizione di una piattaforma di regole comuni per le autorità di regolazione nazionali, con la previsione di un più stretto sistema di relazioni tra le autorità dei vari paesi dell'Unione europea, tra le autorità di regolazione e quelle per la tutela della concorrenza, nonché tra il complesso delle autorità di regolazione e *antitrust* e la Commissione europea.

Tali aspetti innovativi emergono in modo particolare dalla direttiva quadro, ma trovano un loro svolgimento anche nelle direttive di settore precedentemente segnalate.

Si fa presente in particolare che il nuovo quadro regolamentare sancisce la convergenza tra disciplina regolamentare e disciplina *antitrust*, soprattutto attraverso l'introduzione dell'analogia tra significativo potere di mercato e posizione dominante.

(⁹⁷) La stessa direttiva «quadro» rinvia espressamente, per la disciplina dei contenuti», al diverso filone normativo della direttiva 89/552/CEE, c.d. «tv senza frontiere», peraltro attualmente in corso di revisione nelle competenti sedi comunitarie. Va peraltro segnalato che, in materia di infrastrutture di comunicazione elettronica, il legislatore italiano ha ritenuto di mantenere distinta la disciplina delle reti di trasmissione radiotelevisive, che costituisce un *corpus a sé stante* (v. il testo unico della radiotelevisione, di cui al d.lgs. n. 177 del 2005). Si è sostenuta infatti la specialità di questa disciplina (che, secondo una certa interpretazione, giustificherebbe l'applicazione di alcune deroghe previste dalla normativa comunitaria), come risulta già dall'art. 2, comma 3, del codice delle comunicazioni elettroniche, che ha stabilito che «rimangono ferme e prevalgono sulle disposizioni del codice le norme speciali in materia di reti utilizzate per la diffusione circolare di programmi sonori e televisivi». Sulla coerenza di tale opzione rispetto alla disciplina comunitaria sono state manifestate perplessità da più parti (v. CARETTI P., «Le fonti della comunicazione», cit., p. 317 ss.)

(⁹⁸) Cfr. art. 4 del codice, che articola ulteriormente i principi enunciati cui è tenuta la regolamentazione, in particolare con riferimento alla partecipazione dei soggetti interessati, agli obblighi derivanti dal regime di autorizzazione generale per l'offerta al pubblico di reti e servizi, alla fornitura del servizio universale, limitando gli effetti distorsivi della concorrenza, alla convergenza e all'interoperabilità tra reti e servizi di comunicazione elettronica, all'utilizzo di standard aperti, al rispetto del principio di neutralità tecnologica (non discriminazione tra tecnologie diverse).

(⁹⁹) Oltre a rappresentare indubbiamente una novità rispetto alla disciplina previgente, ciò dovrebbe consentire anche di individuare un più efficace parametro di legittimità degli atti dell'AGCOM.

(¹⁰⁰) In questo senso, v. DONATI F. - BONCINELLI V., «I regolamenti dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni», cit., p. 149.

(¹⁰¹) V. art. 220 del codice, e allegati 2, 3, 4, 5, 6 e 8.

(¹⁰²) V. art. 17, comma 2, legge n. 400 del 1988, il quale richiede l'individuazione delle norme generali regolatrici della materia, nonché l'individuazione – da parte della stessa norma di legge che autorizza il regolamento delegato – delle disposizioni che si intendono abrogate dalla data di entrata in vigore del regola-

mento. Sulla questione specifica sui s'è fatto riferimento nel testo, sollevano perplessità in ordine al rispetto del principio di legalità DONATI F. - BONCINELLI V., cit., p. 149, i quali pure considerano che il meccanismo dovrebbe avere come unica finalità quella di consentire nei tempi più rapidi possibili l'adeguamento della normativa di dettaglio ad eventuali modificazioni nel frattempo intervenute a livello comunitario (che tuttavia, va ribadito, non comportino modifiche alle disposizioni contenute nel *corpus* del codice).

(¹⁰³) La data in cui si è svolta la presentazione alle Camere è il 20 luglio 2006.

(¹⁰⁴) L'Autorità ha assunto gli schemi di provvedimento relativi ai restanti tre mercati, che sono stati immediatamente trasmessi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato – ai sensi dell'art. 19 del codice delle comunicazioni e dell'accordo di collaborazione stipulato con la suddetta Autorità – e notificati alla Commissione europea e alle autorità dei paesi membri – ai sensi dell'art. 12, comma 3, del codice delle comunicazioni – al fine di acquisire il relativo parere. L'Autorità ha poi pubblicato quattro documenti in cui sono state sottoposte a consultazione pubblica le risultanze istruttorie in merito all'identificazione e all'analisi di cinque mercati, alla valutazione e sussistenza del significativo potere di mercato per le imprese ivi operanti e agli obblighi regolamentari cui vanno soggette le imprese che dispongono di un tale potere. Per un'analisi dettagliata delle attività svolte dall'Autorità in merito ai mercati dell'accesso, delle chiamate nella rete telefonica pubblica in postazione fissa, delle linee affittate, della telefonia mobile e delle infrastrutture radio-televisive, si rinvia alla relazione 2006 dell'Autorità, p. 115 ss.

(¹⁰⁵) Alcune misure riguardano più specificamente le politiche che l'operatore dominante potrebbe adottare nella fase di transizione ad un regime basato sull'orientamento al costo (previsto dalla delibera in questione). Nuove misure regolamentari piuttosto penetranti, sempre a carico di Telecom Italia, individuata quale operatore con significativo potere di mercato nei mercati dei servizi telefonici internazionali disponibili al pubblico forniti in postazione fissa (mercati n. 4 e 6) sono previsti anche dallo schema di provvedimento relativo all'analisi di tali mercati (su cui non è stato ancora concluso il procedimento).

(¹⁰⁶) Su cui l'AGCOM aveva già valutato l'esigenza di adottare misure urgenti, introdotte con la delibera n. 286/05/CONS (sulla base dell'art. 12, comma 6 del codice delle comunicazioni elettroniche), che hanno prodotto effetti fino all'entrata in vigore della delibera n. 3/06/CONS.

(¹⁰⁷) V. sul punto la relazione 2006 dell'AGCOM, pp. 129-130. L'Autorità evidenzia anche, quali aspetti significativi della disciplina da essa stabilita, la fissazione di un meccanismo programmato di riduzione dei prezzi, e l'obbligo di predisposizione di un sistema di contabilità regolatoria.

(¹⁰⁸) Più specificamente, mercato dei servizi di diffusione radiotelevisiva per la trasmissione di contenuti agli utenti finali.

(¹⁰⁹) La proposta di provvedimento relativa al mercato in esame (allegato B alla delibera n. 61/06/CONS) è stata pubblicata in data 22 febbraio 2006 sulla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana.

(¹¹⁰) Sul punto, e in particolare sulla differenza tra regolamentazione *ex ante*, necessaria al fine di raggiungere un sistema concorrenziale laddove vi siano posizioni di dominanza (operatore *incumbent*), e regolamentazione *ex post*, v. CHIEFFI I., «Competenze dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e della Commissione nel nuovo quadro normativo comunitario e italiano per le comunicazioni elettroniche», in *Rivista italiana di diritto comunitario*, 2004, p. 458 ss.

L'Autorità ricorda che l'art. 29 del regolamento n. 435/01/CONS aveva previsto l'adozione da parte dell'Autorità di provvedimenti a tutela del pluralismo e della concorrenza entro il 31 marzo 2004 e che, tuttavia, il nuovo quadro normativo comunitario delle comunicazioni elettroniche, recepito successivamente dal codice, prevede che l'imposizione, la modifica o la revoca di obblighi *ex ante* a carico di operatori di rete di comunicazioni elettroniche possa avvenire solo con riguardo ad «imprese che dispongono di un significativo potere di mercato previo completamento delle procedure di analisi dei mercati rilevanti».

(¹¹¹) L'Autorità, a fine marzo 2006, ha convocato in audizione le imprese che hanno presentato apposita istanza al fine di illustrare le proprie osservazioni in merito alla proposta di provvedimento. In totale sono pervenute quattordici memorie relative alla consultazione da parte di quindici società e sono state audite nove società. L'attività attualmente in corso prevede la redazione della sintesi delle osservazioni degli operatori al documento sottoposto a consultazione pubblica e delle valutazioni dell'Autorità a tale riguardo, e la predisposizione del relativo schema di provvedimento.

(¹¹²) Sul punto la relazione annuale 2006, p. 133 ss., precisa che «l'Autorità ha preferito preliminarmente focalizzare l'attenzione sull'identificazione e l'analisi dei mercati rilevanti e delle condizioni competitive presenti senza esaminare i possibili obblighi regolamentari in capo agli operatori con significativo potere di mercato, dando la possibilità, ai soggetti interessati, di affrontare in due diverse sedi, e, quindi, meglio approfondire, gli aspetti relativi all'identificazione del mercato e ai rimedi imposti».

(¹¹³) Un complesso di caratteristiche del mercato porta l'Autorità a ritenere che RAI e RTI usufruiscano di un netto vantaggio rispetto ai concorrenti per quanto concerne il controllo delle infrastrutture difficili da duplicare e del mercato a valle della raccolta pubblicitaria, disponendo, inoltre, di ingenti risorse finanziarie. Tale vantaggio, nell'ambito del mercato in questione che possiede peculiari caratteristiche strutturali derivanti anche dalla normativa che si è succeduta nel tempo, potrebbe, ad avviso dell'Autorità, costituire un ambiente favorevole al tacito coordinamento fra le due imprese che controllano le quote maggiori del mercato.

Si evince, inoltre, l'equivalenza dei prodotti forniti e delle quote di popolazione raggiunte, nonché l' analogia nelle strutture dei costi in un mercato caratterizzato da forti ostacoli all'accesso, da una profonda maturità tecnologica e dall'esistenza di legami informali tra i due principali gruppi che operano in tutti gli stadi della filiera produttiva del settore televisivo detenendo posizioni significative. Cfr. la relazione 2006, p. 133 ss.

(¹¹⁴) Si tenga presente che l'art. 2, comma 3, del codice delle comunicazioni elettroniche stabilisce che «rimangono ferme e prevalgono sulle disposizioni del codice le norme speciali in materia di reti utilizzate per la diffusione circolare di programmi sonori e televisivi». A sua volta il testo unico della radiotelevisione, di cui al successivo d.lgs. n. 177 del 2005, all'art. 53 enuncia il carattere di specialità della disciplina prevista dal medesimo testo unico in materia di reti radiotelevisive, richiamando il citato articolo del codice delle comunicazioni elettroniche.

(¹¹⁵) Per altri significativi esempi di manifestazione della potestà regolamentare in materia radiotelevisiva, anteriormente alla disciplina delle comunicazioni elettroniche, si rinvia allo studio di DONATI F. - BONCINELLI V., cit. (ci si limita in questa sede a richiamare la delibera del 23 marzo 1999, n. 26 del 1999, recante approvazione del regolamento in materia di costituzione e mantenimento di posizioni dominanti nel settore delle comunicazioni).

(¹¹⁶) In luogo del regime concessorio previsto in via generale per le emittenti che trasmettono in analogico.

(¹¹⁷) V. oltre alcuni elementi sugli sviluppi, solo parziali, di tale articolo.

(¹¹⁸) V. art. 5, comma 1, lett. *b*) e lett. *e*), n. 2.

(¹¹⁹) La data dello *switch off*, originariamente individuata nel 2006 dalla legge n. 66 del 2001 (e non modificata dalla legge n. 112 del 2004), risulta attualmente rinviata al 2008 per effetto dell'art. 19 del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 273. Per gli aspetti individuati nel testo, v. l'art. 23, commi 1, 5 e 6, nonché l'art. 25, commi 8 e 11 della legge n. 112.

(¹²⁰) Gli artt. 14 e 15 della legge 112 risultano trasposti in vari commi dell'art. 43 del testo unico della radiotelevisione, di cui al d.lgs. n. 177 del 2005.

(¹²¹) Secondo la definizione recata dall'articolo 2 della medesima legge n. 112 (comma 1, lett. *g*), nel SIC confluiscono, oltre alla radio e alla televisione, la stampa quotidiana e periodica; l'editoria annuaristica ed elettronica, anche per il tramite di *Internet*; cinema; pubblicità esterna; iniziative di comunicazione di prodotti e servizi; sponsorizzazioni.

(¹²²) Anche attraverso società qualificabili come controllate o collegate ai sensi dell'art. 2, co. 17 e 18 della legge n. 249 del 1997.

(¹²³) L'operatività del limite è testualmente riferita (comma 1) all'«atto della completa attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze radiofoniche e televisive in tecnica digitale». Nel frattempo, dovrebbe applicarsi la disciplina transitoria, su cui v. il paragrafo successivo.

(¹²⁴) Tale dizione ha sostituito quella di «risorse complessive», presente nella legge n. 249 del 1997.

(¹²⁵) Il comma 3 dell'art. 15 individua le tipologie di ricavi da considerare ai fini del calcolo della percentuale. Tale comma è stato oggetto di alcune modifiche a seguito del rinvio del Capo dello Stato del testo della legge di riforma approvata il 2 dicembre 2003 (su cui v. oltre). Nel testo approvato definitivamente, i ricavi sono individuati come «quelli derivanti dal finanziamento del servizio

pubblico radiotelevisivo al netto dei diritti dell'erario, da pubblicità nazionale e locale anche in forma diretta, da televendite, da sponsorizzazioni, da attività di diffusione del prodotto realizzata al punto vendita con esclusione di azioni sui prezzi, da convenzioni con soggetti pubblici a carattere continuativo e da provvidenze pubbliche erogate direttamente ai soggetti indicati dall'art. 2, comma 1, lettera g), da offerte televisive a pagamento, dagli abbonamenti e dalla vendita di quotidiani e periodici inclusi i prodotti librari e fonografici commercializzati in allegato, nonché dalle agenzie di stampa a carattere nazionale, dall'editoria elettronica e annuaristica anche per il tramite di *Internet* e dalla utilizzazione delle opere cinematografiche nelle diverse forme di fruizione del pubblico». I ricavi da telefonia vocale fissa e mobile non appaiono ricompresi nel SIC.

⁽¹²⁶⁾ Anche tramite imprese controllate, controllanti o collegate *ex art.* 2359 del codice civile.

⁽¹²⁷⁾ Durante l'*iter* parlamentare, anche questo aspetto è stato oggetto di ampio dibattito, considerata l'abrogazione, disposta dalla legge n. 112, dei limiti previsti per i singoli settori dalla legge n. 249 del 1997. In questa sede ci si limita a segnalare che la formula dell'articolo 15, comma 2 citato nel testo sembra individuare il punto di collegamento tra la disciplina dei mercati rilevanti delle comunicazioni elettroniche (su cui v. il paragrafo precedente) e la disciplina prevista dalla legge di riassetto del sistema radiotelevisivo.

⁽¹²⁸⁾ Artt. 15 e 16.

⁽¹²⁹⁾ La disposizione fa obbligo ai soggetti che effettuano intese o operazioni di concentrazioni a notificarle all'Autorità, al fine di consentire la verifica del rispetto dei limiti di cui al successivo art. 15.

⁽¹³⁰⁾ La disposizione prevede che si tenga conto del livello di concorrenza all'interno del sistema, delle barriere all'ingresso, delle dimensioni di efficienza economica dell'impresa, degli indici quantitativi di diffusione dei programmi radiotelevisivi e degli altri prodotti dei mercati che compongono il sistema (prodotti editoriali, opere fonografiche e cinematografiche). Si noti che, data la formulazione della disposizione, i parametri indicati non sembrano esaurire il complesso delle valutazioni cui è tenuta l'AGCOM (l'elenco qui riportato è introdotto dall'espressione «tenendo conto, tra l'altro...»).

⁽¹³¹⁾ Il testo rinvia espressamente all'art. 2, co. 7, della legge 31 luglio 1997, n. 249, il quale prevede il potere dell'Autorità di adottare provvedimenti necessari per eliminare o impedire il formarsi di posizioni dominanti o lesive del pluralismo, e prevede altresì procedure specifiche, che possono portare anche all'adozione di un provvedimento di dismissione di rami d'azienda. Tale effetto si può produrre al termine del procedimento individuato dal comma 3: «L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni qualora accerti che un'impresa, o un gruppo di imprese, operanti nel sistema integrato delle comunicazioni, si trovi nella condizione di potere superare, prevedibilmente, i limiti di cui all'articolo 15, adotta un atto di pubblico richiamo, segnalando la situazione di rischio e indicando l'impresa o il gruppo di imprese e il singolo mercato interessato. In caso di accertata violazione dei predetti limiti l'Autorità provvede ai sensi dell'articolo 2, comma 7, della legge 31 luglio 1997, n. 249».

⁽¹³²⁾ Si tenga presente che il limite del cumulo delle risorse individuato dalla legge n. 249 era riferito ai singoli mercati. Con la nuova disciplina, il «paniere» su cui deve essere calcolata la percentuale del 20 per cento è certamente maggiore, con conseguente ampliamento del limite *antitrust*. Sulle questioni sopra accennate è intervenuto anche il messaggio di rinvio del Capo dello Stato (su cui v. oltre).

⁽¹³³⁾ La deliberazione, intervenuta il 7 giugno 2006, reca «Valutazione delle dimensioni economiche del sistema integrato delle comunicazioni». Quanto alla cifra individuata (22,144 miliardi di euro per il 2005), incidentalmente si fa presente che essa appare inferiore rispetto alle prime stime, effettuate da *Il Sole 24 Ore* e dalla Fondazione Bordini (pari, rispettivamente, a 28,7 e 23,9 miliardi di euro).

⁽¹³⁴⁾ Come precisato nella premessa, le relative norme, che prevedono «l'accertamento della sussistenza di posizioni dominanti nel sistema integrato delle comunicazioni» da parte dell'Autorità e fissano precisi «limiti al cumulo dei programmi televisivi e radiofonici e alla raccolta di risorse nel sistema integrato delle comunicazioni», sono poi confluite nel testo unico della radiotelevisione (art. 43). In questa sede si può solo accennare – sul piano dei rapporti tra le fonti – al fatto che la disciplina della legge n. 112, pressoché totalmente trasfusa nel testo unico della radiotelevisione, non risulta abrogata da quest'ultimo in alcuna parte, se non per le disposizioni attinenti il quadro dei principi generali della materia (anch'essi riportati nel testo unico).

⁽¹³⁵⁾ La delibera citata precisa che il testo unico, nell'assegnare all'Autorità il compito della valutazione delle dimensioni economiche del sistema integrato delle comunicazioni (SIC) individua, all'articolo 2, comma 1, lett. *l*), le specifiche «aree di attività economica» che compongono il SIC e all'articolo 43, comma 10, le specifiche «voci di ricavo» da considerare ai fini della valorizzazione del SIC.

⁽¹³⁶⁾ Ad es. la c.d. pubblicità esterna e le iniziative di comunicazione presso il punto vendita.

⁽¹³⁷⁾ La delibera n. 341/06/CONS dà conto anche del metodo seguito per la valutazione delle risultanze dell'attività relativa agli anni 2004 e 2005 che ha comportato, da un lato, un processo di raccolta diretta di informazioni e dati presso le imprese dei settori radiotelevisivo e dell'editoria e, dall'altro lato, l'acquisizione di specifici elementi informativi e di analisi presso le principali associazioni di categoria, analisti di settore ed altre fonti esterne per la quantificazione economica di settori economici componenti il SIC ma non rilevati istituzionalmente dall'Autorità.

⁽¹³⁸⁾ In particolare, è stata rimarcata, all'interno del SIC, una netta distinzione tra le aree di attività economica «tradizionalmente» oggetto di analisi da parte dell'Autorità (stampa, editoria, settore radiotelevisivo), per le quali si dispone di dati sostanzialmente censuari, ed aree di attività economica finora non soggette alla disciplina dell'Autorità, per cui – invece – il processo di acquisizione dei dati sui ricavi appare inevitabilmente soggetto a stime ed ipotesi (fa eccezione il «cinema» che vanta una fonte statistica affidabile e consolidata).

⁽¹³⁹⁾ Recante «Interventi a tutela del pluralismo ai sensi della legge 3 maggio 2004, n. 112», adottata in attuazione dell'art. 14, comma 2, della legge citata.

Si ricorda che il procedimento è stato avviato con la delibera n. 326/04/CONS, intervenuta sulla base dei presupposti individuati dagli articoli 14 e 15 della legge n. 112. L'AGCOM fa presente che l'art. 14, comma 2, della legge prevede un'analisi con criteri basati sul diritto della concorrenza non soltanto del SIC, ma anche di ciascuno dei mercati che ne fanno parte. Partendo dunque da tali presupposti legislativi, la delibera n. 326/04/CONS individua come mercato rilevante: «quello televisivo e le relative fonti di finanziamento, ferma restando la possibilità di valutare un'eventuale ulteriore segmentazione in conformità ai principi enunciati negli art. 15 e 16 della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002». La stessa delibera specifica (par. 19) che le relative fonti di finanziamento sono costituite dalla pubblicità, dal canone di abbonamento al servizio pubblico e dagli abbonamenti alla televisione a pagamento.

⁽¹⁴⁰⁾ Entrambi i soggetti destinatari del provvedimento – RAI e Mediaset – hanno promosso ricorso innanzi al TAR del Lazio, per l'annullamento della delibera n. 136/05/CONS. Il giudizio risulta pendente. Il tribunale comunque non ha accolto l'istanza di sospensiva, dunque la delibera n. 136/05/CONS conserva la sua piena efficacia.

⁽¹⁴¹⁾ Si tenga presente che, tra le principali iniziative promosse nell'ultimo anno dall'Autorità, vi è anche l'avvio del processo di riforma della rilevazione degli ascolti televisivi, al fine di «colmare una grave lacuna del sistema, estendendo a tutte le nuove piattaforme (digitale terrestre, satellite e cavo) la rilevazione degli indici di ascolto» (v. relazione 2006 AGCOM, presentazione, p. 17).

Va ricordato che con la delibera n. 117/04/CONS era stata conclusa l'attività di analisi della distribuzione delle risorse economiche nel settore televisivo, relativa agli anni 2001, 2002 e 2003 con l'accertamento del superamento da parte delle società RAI S.p.A., RTI S.p.A. e Publitalia '80 S.p.A. dei limiti relativi al cumulo delle risorse di cui all'art. 2, comma 8 della legge n. 249 del 1997, così come già accertato, per gli anni 1998, 1999 e 2000, con la precedente delibera n. 226/03/CONS. La delibera n. 117/04/CONS rinviava peraltro la decisione in merito alle misure da adottarsi in relazione agli accertamenti citati, alla luce dei mutamenti del quadro normativo di riferimento e dei risultati dell'esame allora in corso da parte dell'Autorità della complessiva offerta di programmi televisivi digitali terrestri previsto dalla legge n. 43 del 2004 (su cui si tornerà oltre, nel paragrafo 3.2.2).

⁽¹⁴²⁾ Così come definito dalla vasta giurisprudenza costituzionale (v. in particolare la sentenza n. 826 del 1988).

Nella delibera citata l'Autorità, accertato che il mercato televisivo e delle relative fonti di finanziamento continuano ad essere caratterizzati da una struttura duopolistica in capo alle società RAI Spa e RTI Spa con la collegata Publitalia '80 Spa, e che tali società detengono posizioni lesive del pluralismo, ha adottato «misure di riequilibrio del mercato», variamente articolate a seconda dei soggetti in questione. Tali misure riguardano tra l'altro l'obbligo di accelerare la digitalizzazione delle reti televisive terrestri anche mediante la predisposizione in tecnica digitale di tutti gli impianti operanti in tecnica analogica, nonché l'obbligo

di destinazione di capacità trasmissiva a fornitori indipendenti di contenuti, nell'ambito della quota del 40 per cento della capacità trasmissiva delle reti digitali terrestri (su cui v. *infra*), l'obbligo di operare la separazione contabile tra le attività di raccolta pubblicitaria sulle reti analogiche e le attività di raccolta pubblicitaria sulle reti digitali terrestri, nonché l'obbligo di praticare condizioni trasparenti, eque e non discriminatorie nella vendita di spazi pubblicitari, dando separata evidenza degli eventuali sconti applicati ai singoli prodotti.

⁽¹⁴³⁾ L'obbligo di destinare a terzi la quota del 40 per cento della capacità trasmissiva (che grava su ciascun soggetto titolare di più di una concessione televisiva) è previsto dalla legge n. 66 del 2001 (art. 2-*bis* del decreto-legge n. 5 del 2001, conv. con mod. dalla legge n. 66), ed ora anche dall'art. 25, comma 2, del testo unico della radiotelevisione (d.lgs. n. 177 del 2005). Si tenga presente che la delibera n. 136/05/CONS ha esteso nel tempo l'applicabilità di tale previsione (che per la legge riguarda la fase di sperimentazione della diffusione televisiva digitale terrestre), prevedendo che l'obbligo citato valga, nei confronti di RAI e RTI, «fino alla completa attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze in tecnica digitale».

Al fine di rendere efficace tale disposizione, è stata adottata la delibera n. 264/05/CONS, che ha definito le caratteristiche minime volte a individuare i fornitori di contenuti indipendenti a cui la RAI e RTI sono tenute a destinare la capacità trasmissiva. Questa delibera, in primo luogo, ha qualificato i fornitori di contenuti indipendenti sotto il profilo degli assetti proprietari, definendoli come gli editori di palinsesti destinati alla televisione digitale terrestre in ambito nazionale, che non siano in rapporto di controllo o di collegamento con la RAI e RTI e, comunque, non siano riconducibili direttamente o indirettamente alle suddette società. Ha poi previsto obblighi relativi ai contenuti e relativi alle condizioni economiche a cui RAI e RTI devono offrire la propria capacità trasmissiva (condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie).

L'Autorità afferma che tali interventi non hanno, ad oggi, determinato l'accesso alle reti di trasmissione da parte dei fornitori di contenuti individuati dalla delibera n. 264/05/CONS e, pertanto, l'analisi dell'impatto regolamentare ha evidenziato un difetto di efficacia delle misure adottate (v. relazione 2006, p. 170). Di tale considerazione l'Autorità ha tenuto conto nell'ambito dell'atto di indirizzo approvato con delibera n. 163/06/CONS.

Si ricorda infine che la RAI, in sede di motivi aggiunti al ricorso avverso la delibera n. 136/05/CONS, ha richiesto altresì l'annullamento della delibera n. 264/05/CONS. Il giudizio risulta pendente.

⁽¹⁴⁴⁾ Secondo quanto sinteticamente esplicitato nella stessa relazione 2006 (presentazione, p. 19), per evitare accordi di comodo, l'Autorità garantirà il sistema con l'imposizione di criteri trasparenti e di orientamento al costo e con l'applicazione, per la scelta dei fornitori di contenuti, di procedure competitive presidiate dall'Autorità. L'Autorità ha peraltro segnalato che attualmente resta marginale la presenza sui canali digitali di fornitori di contenuti indipendenti in grado di attirare l'*audience*; se quindi ribadisce l'impegno dell'Autorità a garantire obblighi di *must carry*, auspica anche che il mondo dell'editoria investa per produrre un'offerta di contenuti qualitativamente e quantitativamente valida.

Per un'indicazione più analitica del contenuto delle misure previste dall'atto di indirizzo, si rinvia alla relazione 2006 già citata, p. 159 ss., p. 169 ss.

⁽¹⁴⁵⁾ Si fa presente che l'Autorità afferma – nelle medesima relazione – che le analisi svolte in tale mercato inducono – al momento – ad escludere la sussistenza di posizioni di dominanza nella televisione digitale, anche in virtù della sua dinamicità (mentre continuano ad essere presenti nel mercato dell'analogico, sotto vari profili). Sul metodo di individuazione dei mercati rilevanti e sui mercati in cui è necessaria una regolamentazione *ex ante* v. CHIEFFI I., «Competenze dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e della Commissione nel nuovo quadro normativo comunitario e italiano per le comunicazioni elettroniche», in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario* 2004, p. 457 ss.

⁽¹⁴⁶⁾ Così la presentazione della relazione 2006, p. 19. Il riferimento più diretto, nell'ambito di una giurisprudenza molto ampia relativa alla tutela del pluralismo nel sistema radiotelevisivo, appare alle sentenze n. 420 del 1994 e n. 466 del 2002 (su cui si ritornerà oltre). Per un quadro di sintesi della giurisprudenza in materia si rinvia a CARETTI P., *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna 2005, p. 107 e ss.

⁽¹⁴⁷⁾ Con tale delibera, recante «Norme a garanzia dell'accesso dei fornitori di contenuti di particolare valore alle reti per la televisione digitale terrestre», sono state stabilite alcune condizioni per assicurare il rispetto dell'obbligo di separazione societaria previsto dall'art. 5, comma 1, lettera g), numero 2, della legge 3 maggio 2004, n. 112, con riguardo ai soggetti di cui all'art. 23, comma 5, della legge n. 112 del 2004 (che «esercitano legittimamente l'attività di diffusione televisiva, in virtù del titolo concessorio o per il generale assentimento di cui al comma 1», e che possono richiedere il rilascio della licenza di operatore di rete. V. oltre, il paragrafo 3.2.2).

⁽¹⁴⁸⁾ Riguarda infatti solo le lettere a) e b) dell'art. 29, relative ai criteri per individuare i contenuti di particolare valore e le regole per assicurare l'accesso ai fornitori di tali contenuti, specie in caso di risorse insufficienti. L'articolo 29 prevede ulteriori provvedimenti dell'Autorità relativamente ad un complesso di misure «a tutela del pluralismo e della concorrenza» (essenzialmente riferite ai rapporti tra operatori di rete e fornitori di contenuti).

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. in particolare GRANDINETTI O., «Pluralismo e concorrenza nella fase di switchover al digitale terrestre», in AA.VV., *Il sistema radiotelevisivo e la legalità europea*, a cura di R. Mastroianni, cit., p. 58 ss., il quale osserva che gli obblighi di accesso previsti si applicherebbero solo alle reti digitali per le quali i titolari abbiano richiesto ed ottenuto la licenza di operatore di rete, mentre per tutta la fase di «avvio dei mercati» (corrispondente alla fase di *switchover*, innovativamente definita dalla medesima delibera), l'applicabilità degli obblighi sarebbe condizionata; rileva infine che la disciplina consente sostanzialmente al gruppo privato che già detiene una posizione dominante nelle trasmissioni televisive analogiche in chiaro, di incrementare le proprie attività sui canali in codice.

⁽¹⁵⁰⁾ Si tratta di un'attività notevolmente complessa, come precisa la stessa Autorità nella relazione 2006. Sui vari strumenti previsti e sulle attività già avviate

a tal fine, si rinvia alla relazione appena citata. In questa sede ci si limita a segnalare che uno degli strumenti essenziali è individuato nella istituzione del catasto nazionale delle frequenze che sarà posto in essere in collaborazione con le competenti strutture del Ministero delle comunicazioni.

⁽¹⁵¹⁾ Da realizzare, d'intesa col Ministero delle comunicazioni e col controllo, rispettivamente, della Polizia postale e delle comunicazioni e degli ispettorati territoriali del Ministero.

⁽¹⁵²⁾ L'Autorità ribadisce che la questione resta centrale, per quanto il Ministero delle comunicazioni (supportato tecnicamente dall'Autorità), nella Conferenza di Ginevra dello scorso 16 giugno, sia riuscito a ottenere l'assegnazione all'Italia di 3.943 frequenze (che è un numero maggiore di quelle che s'intendeva riconoscere), ancorché minore del numero delle frequenze di fatto utilizzate. L'Autorità ricorda altresì che il passaggio alla tecnologia digitale dovrebbe consentire una moltiplicazione per sei dell'utilizzabilità di ciascuna frequenza.

⁽¹⁵³⁾ Con riferimento all'ampissimo ed articolato dibattito che ha accompagnato l'approvazione della legge in questione, v. oltre alcuni accenni, con specifico riguardo all'intervento del Capo dello Stato ed alla giurisprudenza costituzionale (paragrafo 3.2.3).

⁽¹⁵⁴⁾ Sul rapporto tra sviluppo del digitale terrestre e incremento del pluralismo, v. PACE A., «Legge Gasparri e Costituzione», in AA.VV., *Il sistema radiotelevisivo e la legalità europea*, a cura di R. Mastroianni, cit., p. 75 ss.; GRANDINETTI O., «Pluralismo e concorrenza nella fase di switchover al digitale terrestre», cit., p. 47 ss.

Si ricorda che l'art. 23 della legge n. 112 è sostanzialmente riprodotto negli articoli 27 e 15 del testo unico della radiotelevisione, di cui al d.lgs. n. 177 del 2005. Lo stesso articolo 15, insieme ad alcune disposizioni dell'art. 43 e dell'art. 41 del medesimo testo unico della radiotelevisione, riproduce anche i contenuti di cui all'art. 25 della legge n. 112, di cui si dirà tra breve (nessuno dei due articoli è stato peraltro abrogato dal citato testo unico).

⁽¹⁵⁵⁾ Regolamento che, come già segnalato, è intervenuto sulla base della legge n. 66 del 2001 (di conversione del decreto-legge n. 5 del 2001). Al fine della realizzazione delle reti digitali sono consentiti i trasferimenti di impianti e rami d'azienda tra soggetti che esercitano legittimamente l'attività televisiva in ambito nazionale e locale.

⁽¹⁵⁶⁾ Tale formulazione sembra riconnettersi più direttamente a quella dell'articolo 23, comma 1, contenuta nel disegno di legge originario del Governo (A.C. 3184). Anche nell'attuale formulazione, comunque, la disposizione legittima l'attività di soggetti che non sono titolari di concessione e che comunque trasmettono nel sistema analogico.

⁽¹⁵⁷⁾ Si omette in questa sede l'esame dell'articolo 24, che prevede una specifica disciplina per l'avvio delle trasmissioni radiofoniche in tecnica digitale, dettando principi e criteri direttivi per un successivo regolamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed autorizzando il Ministro delle comunicazioni a stabilire un programma con cui sono individuate specifiche misure di sostegno. Il regolamento è stato adottato con la delibera n. 149/05/CONS.

(¹⁵⁸) Occorre ricordare che il testo dell'articolo 25, e in particolare dei commi 1-4 (che costituiscono anche il presupposto della disciplina recata dai successivi commi 8-11), è stato oggetto di numerose riformulazioni, anche in considerazione della sentenza della Corte costituzionale n. 466 del 2002, su cui v. *infra* nel testo.

(¹⁵⁹) Nella fase di transizione al digitale la società concessionaria deve assicurare, comunque, la trasmissione di tre programmi televisivi in tecnica analogica in chiaro e, nei tempi e nei modi sopradescritti, di tre programmi televisivi in tecnica digitale in chiaro. Il comma 5 è stato poi integrato con l'ulteriore compito per la concessionaria di attuare «condizioni di effettivo pluralismo territoriale, in particolare ripartendo in modo equilibrato, anche in proporzione al numero di abbonati, l'ideazione, la realizzazione e la produzione di programmi con diffusione in ambito nazionale tra i centri di produzione e le sedi regionali».

(¹⁶⁰) Per quanto concerne la diffusione della televisione digitale terrestre, si ricorda che l'art. 25, al co. 6, aveva previsto poi l'intervento di un regolamento governativo, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge, per definire gli incentivi all'acquisto e alla locazione finanziaria necessari per favorire la diffusione nelle famiglie italiane di apparecchi utilizzabili per la ricezione di segnali televisivi in tecnica digitale. Il regolamento in questione non è stato adottato, in quanto strettamente connesso all'effettivo sviluppo del processo di privatizzazione della RAI (su cui v. l'art. 21, comma 7 della medesima legge). Contributi a favore della diffusione dei *decoder* sono stati previsti peraltro dalle successive leggi finanziarie (sulla materia si è pronunciata la Corte costituzionale con la sent. n. 151 del 2005, in relazione alla lamentata violazione del riparto di competenze Stato-regioni di cui al titolo V della Costituzione: la questione è stata dichiarata infondata, anche in considerazione delle «esigenze di esercizio unitario della funzione» che emergono – come esplicitato dalla Corte costituzionale – con riguardo allo sviluppo del pluralismo nel sistema radiotelevisivo).

(¹⁶¹) Si ricorda che tale ultima disposizione attribuisce appunto all'Autorità il potere di adottare i provvedimenti necessari per eliminare o impedire il formarsi di posizioni dominanti o comunque lesive del pluralismo, anche attraverso la dismissione di aziende o di rami d'azienda, da effettuarsi entro un termine congruo e comunque non superiore a dodici mesi.

(¹⁶²) Al fine del rispetto del limite del 20 per cento non sono computati i programmi che costituiscono la replica simultanea di programmi irradiati in tecnica analogica. Tale criterio di calcolo si applica solo ai soggetti che trasmettono in tecnica digitale programmi che raggiungano una copertura pari al 50 per cento della popolazione nazionale. Per la società concessionaria del servizio pubblico generale radiotelevisivo i programmi irradiati in tecnica digitale avvalendosi della riserva di blocchi di diffusione non concorrono al raggiungimento del limite antitrust sopra descritto (v. commi 8 e 9).

(¹⁶³) V. *supra*, il paragrafo precedente.

(¹⁶⁴) Si noti che, rispetto alla disciplina previgente, che considerava «rete nazionale» una rete con copertura dell'80 per cento della popolazione, vengono

considerati «nazionali», ai fini del calcolo del tetto *antitrust*, anche programmi che abbiano una copertura del 50 per cento della popolazione nazionale.

⁽¹⁶⁵⁾ Il limite alla concentrazione delle reti e dei programmi previsto dalla legge n. 249 del 1997, risulta immediatamente abrogato, alla data di entrata in vigore della legge (v. art. 28, comma 1, lett. *f*) della legge n. 112).

⁽¹⁶⁶⁾ La disposizione prevedeva più precisamente che il periodo di validità è prolungato con atto del ministero, sulla base di alcune condizioni, tra le quali quella per cui deve trattarsi di soggetti che trasmettano contemporaneamente in tecnica digitale, con una copertura pari almeno al 50 per cento della popolazione nazionale. Per quanto concerne la scadenza per il c.d. *switch off*, la data del 2006, fissata dall'art. 2-*bis*, comma 5, del decreto-legge n. 5 del 2001 (con mod. dalla legge n. 66 del 2001), e non modificata dalla legge n. 112 del 2004, è stata posticipata al 2008 dall'art. 19 del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 273.

⁽¹⁶⁷⁾ La generalizzazione dell'istituto dell'autorizzazione, in luogo di quello della concessione o della licenza, è previsto dalla legge «a regime», avvicinando così la disciplina a quella prevista dalle direttive comunitarie in materia di comunicazioni elettroniche, in precedenza richiamate.

⁽¹⁶⁸⁾ Si tratta dei limiti di cui ai commi 6, 7 e 11 dell'articolo 3 della legge 31 luglio 1997, n. 249.

⁽¹⁶⁹⁾ Secondo la formulazione testuale, la prosecuzione era consentita alle emittenti «fino alla data di adozione delle deliberazioni dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni» (tra cui poteva ritenersi ricompresa la relazione dell'AGCOM prevista dal decreto-legge, e poi anche dallo stesso art. 25 della legge n. 112 del 2004).

⁽¹⁷⁰⁾ V. CAMERA DEI DEPUTATI, doc. XXVII, n. 14, XIV legislatura: *Relazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sull'accertamento effettuato in merito alla complessiva offerta dei programmi televisivi digitali terrestri*, presentata alle Camere il 27 maggio 2004.

⁽¹⁷¹⁾ Anche per quanto concerne l'Autorità, viene delineato una sorta di programma di interventi in relazione al complesso delle competenze assegnate dalla legge n. 112 del 2004. Con tale programma si segnala:

- la necessità di completare la regolamentazione di dettaglio della televisione digitale terrestre, a partire dall'adozione dei provvedimenti a garanzia dei fornitori di contenuti indipendenti, così come previsto dall'articolo 29 del regolamento di cui alla delibera dell'Autorità n. 435/01/CONS, richiamato dall'articolo 23, comma 6, della legge n. 112 del 2004;
- la necessità della definizione del programma di attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze, secondo quanto stabilito dall'articolo 22, comma 1, della legge n. 112 del 2004;
- il nuovo compito di verifica che ai sensi della legge stessa l'Autorità è chiamata a svolgere con riguardo ai compiti della concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo, nell'ottica di garantire l'impegno della concessionaria pubblica nell'effettivo sviluppo della televisione digitale terrestre;

- l'applicazione dei nuovi limiti *antitrust* di tipo «misto», che considerano cioè come base di calcolo tutti i programmi trasmessi in tecnica digitale o analogica purchè superino la copertura del 50 per cento della popolazione, fino alla completa attuazione del piano di assegnazione delle frequenze.

(172) In particolare, mediante accordi di esclusiva od altre privative commerciali che favoriscano indebitamente alcune piattaforme tecnologiche a danno di altre.

(173) In quest'ottica, l'Autorità intende attuare quanto previsto dall'articolo 14 della legge n. 112 del 2004 (v. *supra*) al fine di valutare, nei singoli mercati che compongono il settore integrato delle comunicazioni, il grado di pluralismo e di concorrenzialità, adottando gli opportuni rimedi al fine di abbassare le barriere all'ingresso.

(174) Poste dapprima dalla legge n. 43 del 2004 (di conversione del decreto-legge n. 352 del 2003), e quindi dall'art. 25 della legge n. 112 del 2004.

(175) Cfr. DE SENA P., «Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Legge Gasparri: alcune riflessioni su pluralismo e televisione digitale», in *Il Sistema radiotelevisivo e la legalità europea*, cit., p. 13 e ss. L'autore segnala che dal sistema europeo di tutela dei diritti dell'uomo (giurisprudenza della CEDU e prassi del Consiglio d'Europa in materia di pluralismo dei contenuti radiotelevisivi) si evince l'esistenza di obblighi che consistono nel porre in essere azioni positive affinché l'introduzione del digitale terrestre dia corpo effettivamente ad un ampliamento del pluralismo dei contenuti, nonché la necessità di garantire l'universalità dell'accesso alla televisione pubblica, mediante la presenza di quest'ultima su tutte le differenti piattaforme digitali. Tali obblighi si configurano come obblighi di diligenza (piuttosto che come obblighi a contenuto determinato), sia nei confronti del legislatore nazionale, ma anche delle altre autorità pubbliche, comprese le autorità indipendenti.

(176) Con particolare riferimento all'articolo 25, il cui testo è stato oggetto di numerose modifiche e riformulazioni nel corso dell'*iter* parlamentare.

(177) Il cui titolo recava «Disposizioni urgenti concernenti modalità e tempi di definitiva cessazione del regime transitorio della legge 31 luglio 1997, n. 249».

(178) V. CAMERA DEI DEPUTATI, doc. I, n. 2, XIV legislatura.

(179) V. CAMERA DEI DEPUTATI, doc. I, n. 5, XIV legislatura. Una delle questioni principali su cui soffermava il messaggio riguardava appunto la cessazione del regime transitorio previsto dalla legge n. 249 del 97 e il rapporto con la giurisprudenza costituzionale (in specie, la sentenza n. 466 del 2002). Il messaggio faceva direttamente riferimento, a tal proposito, alla disciplina transitoria per la conversione dalla tecnica analogica alla tecnica digitale del sistema televisivo prevista dall'articolo 25 dell'A.C. 310 e abb.-D, richiamando in particolare i commi 1, 2 e 3 dell'articolo, che definivano i termini e le modalità per verificare l'ampliamento dell'offerta di programmi e del pluralismo. Il testo dell'art. 25 è stato in vari punti ritoccato nel corso del successivo *iter* parlamentare.

Il messaggio prospettava altresì perplessità in ordine alla concentrazione dei mezzi finanziari ed all'assunzione del sistema integrato delle comunicazioni (SIC)

come base di riferimento per il calcolo del limite *antitrust* del 20 per cento, in considerazione delle sue dimensioni (con specifico riferimento all'articolo 15, commi 2 e 3, dell'A.C. 310 e abb. – D); segnalava altresì, con riguardo alla questione del rapporto tra operatori della radiotelevisione e operatori della carta stampata nella raccolta pubblicitaria, la necessità di evitare che gli operatori della radiotelevisione inaridiscano «una tradizionale fonte di finanziamento della libera stampa, recando grave pregiudizio ad una libertà che la Costituzione fa oggetto di energica tutela» e, in definitiva, della libertà di stampa costituzionalmente garantita.

⁽¹⁸⁰⁾ Su tale sentenza, e sul rapporto tra la stessa e la disciplina transitoria prevista dalla legge n. 112 del 2004, v. in particolare GRANDINETTI O., «Pluralismo e concorrenza nella fase di switchover al digitale terrestre», cit., p. 58 ss., PACE A., «Legge Gasparri e Costituzione», cit., p. 75 ss.; COSTANZO P., «La libertà di informazione non può più attendere: ma la Corte continua ad ammettere il transitorio, pur censurando l'infinito», in *Giur. cost.* 2002, p. 3896 ss.

⁽¹⁸¹⁾ Sulla individuazione di tale termine, v. tra breve ulteriori elementi nel testo.

⁽¹⁸²⁾ Più specificamente tali effetti erano dovuti alla legge n. 249 del 1997, art. 3, co. 6, 7, 9 e 11 (il comma 6 rinvia all'art. 2, co. 6, relativo alla titolarità delle reti). Si ricorda che i limiti «anticonzentrazione» introdotti dall'art. 2 della legge n. 249 sono stati stabiliti a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 420 del 1994, con la quale era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della disciplina allora prevista dall'art. 15, comma 4 della legge n. 223 del 90 (c.d. legge Mammi), relativamente alla radiodiffusione televisiva: tale norma prevedeva che le concessioni in ambito nazionale riguardanti la radiodiffusione televisiva rilasciate (o riconducibili) ad un medesimo soggetto non potessero superare il 25 per cento del numero di reti nazionali previste dal piano di assegnazione, e comunque il numero di tre. In estrema sintesi si ricorda che la disciplina di cui all'art. 2, comma 6, della legge n. 249 (a parte le deroghe consentite per la fase transitoria, su cui v. oltre), aveva stabilito come limite alla disponibilità di risorse fisiche da parte delle emittenti titolari di concessione per la radiodiffusione televisiva in chiaro in ambito nazionale il parametro dell'irradiazione del 20 per cento delle reti televisive analogiche, individuate sulla base del piano nazionale di assegnazione delle frequenze redatto dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, tenendo conto dell'evoluzione tecnologica e dei criteri indicati dalla medesima norma. In base alla pianificazione effettuata dall'Autorità con la delibera n. 68 del 1998, il numero delle reti a copertura nazionale era stato determinato in diciassette, di cui undici assegnate alla radiodiffusione televisiva in ambito nazionale. In termini di reti televisive, il citato art. 2, comma 6, della legge n. 249 del 1997 non consentiva, dunque, di rilasciare ad un medesimo soggetto o a soggetti controllati da o collegati a soggetti i quali a loro volta controllino altri titolari di concessione, ad esclusione della concessionaria pubblica, concessioni che permettano di irradiare più di due reti televisive nazionali.

Per quanto concerne il diverso profilo del limite alla concentrazione delle risorse, la medesima legge aveva stabilito che per ciascun soggetto la soglia mas-

sima (30 per cento, salvo, in un solo caso, 20 per cento) fosse comunque riferita ai singoli settori in cui si articola il mercato della comunicazione.

⁽¹⁸³⁾ La sentenza ha più specificamente dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 7 della legge n. 249 del 1997, «nella parte in cui non prevede la fissazione di un termine finale certo, e non prorogabile, che comunque non oltrepassi il 31 dicembre 2003 entro il quale i programmi irradiati dalle emittenti eccedenti i limiti di cui al comma 6 dello stesso art. 3 devono essere trasmessi esclusivamente via satellite o via cavo». Lo stesso dispositivo ha evidenziato che la decisione era destinata a riflettersi sulla portata dei commi 9 e 11 dell'art. 3 della legge n. 249 del 1997, riguardanti rispettivamente la realizzazione da parte della RAI della terza rete senza pubblicità (da finanziare solo con il canone) e la disattivazione della rete eccedente che trasmette in forma codificata, c.d. «televisione a pagamento», in forza del collegamento con il comma 7 dello stesso art. 3.

⁽¹⁸⁴⁾ A fini di maggior chiarezza si ricorda che transitoriamente, l'art. 3, comma 6, della medesima legge, aveva autorizzato gli esercenti la radiodiffusione televisiva in ambito nazionale che superassero i limiti previsti dall'art. 2, comma 6, a proseguire l'esercizio delle reti eccedenti gli stessi limiti, a condizione che le trasmissioni fossero effettuate contemporaneamente su frequenze terrestri e via satellite o via cavo. Sancire la fine del periodo transitorio, mediante l'indicazione del termine a partire dal quale la trasmissione deve avvenire esclusivamente via cavo o via satellite, veniva rimesso, ai sensi del successivo comma 7, all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e dipendeva dal numero di famiglie in grado di ricevere i segnali televisivi attraverso tali mezzi. Tale norma poneva in relazione, infatti, la fissazione di tale termine con l'effettivo e congruo sviluppo dell'utenza dei programmi radiotelevisivi così ricevuti.

⁽¹⁸⁵⁾ In proposito si ricorda che la delibera citata prevedeva altresì la possibilità che il termine fosse posticipato dalla stessa Autorità (con decisione da adottare entro il 31 gennaio 2003), in relazione alla verifica della quota di famiglie digitali (che avrebbero dovuto essere almeno il 35 per cento) effettivamente presenti alla data del 31 dicembre 2002. L'Autorità, nell'ambito della relazione annuale sull'attività svolta presentata alle Camere nel luglio 2003 (v. pag. 233), ha precisato che, a seguito dell'intervento della sentenza della Corte costituzionale n. 466 del 2002, non si riteneva più necessario portare a termine la verifica dell'effettiva quota di famiglie digitali al 31 dicembre 2002, cui era subordinata la possibilità di anticipare, posticipare o confermare il termine già indicato dalla delibera n. 346/01/CONS, e confermato dalla sentenza della Consulta.

⁽¹⁸⁶⁾ Si noti che il messaggio presidenziale, come ha avuto modo di precisare l'Autorità nell'audizione svoltasi presso le Commissioni trasporti e cultura della Camera l'8 gennaio 2004 (su cui v. *infra*), richiamando i contenuti della sent. n. 466 del 2002, rilevava che per poter considerare realizzate le condizioni di un diverso futuro assetto derivante dalla trasmissione della tecnica digitale terrestre – condizioni in grado di giustificare il superamento del limite temporale fissato nel dispositivo della sentenza – «deve necessariamente ricorrere la condizione che sia intervenuto un effettivo arricchimento del pluralismo derivante da tale espansione».

(¹⁸⁷) V. in particolare le audizioni dell'8 gennaio 2004 e del 5 febbraio 2005 (svoltesi presso le Commissioni riunite trasporti e cultura della Camera), nonché quella del 20 gennaio 2004, svoltasi presso l'VIII Commissione del Senato. Le audizioni appena citate appaiono particolarmente significative anche in quanto immediatamente successive al rinvio del Capo dello Stato, ai sensi dell'art. 74 Cost., ed all'emanazione del già citato decreto-legge n. 353 del 2003. L'AGCOM, così come l'Autorità *antitrust*, era già stata sentita in più occasioni nel corso dell'*iter* relativo al progetto di legge di riassetto del sistema radiotelevisivo - A.C. 310 e abb. (v. le audizioni del 19 dicembre 2002 e del 10 settembre 2003; ulteriori audizioni, svoltesi nel mese di maggio-luglio 2003, hanno riguardato anche lo schema di decreto legislativo di recepimento delle direttive sulle comunicazioni elettroniche, che, come si è già accennato, presentava aspetti di interesse anche con riguardo al sistema radiotelevisivo).

(¹⁸⁸) V. *supra* l'indicazione delle principali questioni oggetto del messaggio.

(¹⁸⁹) Su questi ultimi profili, v. in particolare le audizioni dell'8 gennaio 2004 e del 10 settembre 2003, nonché alcuni approfondimenti nelle audizioni dell'Autorità *antitrust* svoltesi nelle medesime date.

(¹⁹⁰) Non tutti i rilievi sono stati presi in considerazione nella elaborazione del testo finale della disciplina in questione (sia del decreto-legge, sia della legge «di sistema», n. 112 del 2004).

(¹⁹¹) Tali elementi risultano dal comunicato della Commissione europea del 19 luglio 2006.

Sempre sulla base del Comunicato, le disposizioni di legge oggetto di contestazione risultano essere: l'art. 2-*bis* della legge n. 66 del 2001 e l'art. 25 della legge n. 112 del 2004, relativamente alla proroga, fino alla data dello *switch off* (attualmente fissata al 2008), del periodo di validità delle autorizzazioni per la trasmissione in tecnica analogica concesse agli operatori senza licenza per la trasmissione in tecnica digitale; l'art. 23 della legge n. 112 del 2004, in quanto stabilisce che soltanto gli operatori analogici esistenti possono accedere alla sperimentazione in tecnica digitale, alle licenze di operatore di rete in tecnica digitale e alla compravendita di frequenze, consentendo comunque agli operatori di mantenere il controllo delle loro frequenze analogiche fino a dopo la data dello *switch off*; il medesimo articolo, al comma 5, consente inoltre agli operatori analogici di convertire il loro titolo in licenze digitali fino alla data dello *switch off*, e senza restrizioni.

La Commissione ritiene che queste norme possano configurare l'attribuzione di diritti speciali agli operatori analogici esistenti, violando così gli artt. 2 e 4 della direttiva 2002/77/CE (c.d. direttiva «concorrenza», collegata al pacchetto sulle comunicazioni elettroniche), nonché l'art. 9 della direttiva 2002/21/CE (c.d. direttiva «quadro» del pacchetto) e gli artt. 3, 5 e 7 della direttiva 2002/20/CE (c.d. direttiva «autorizzazioni») in relazione a profili attinenti sia i titoli abilitativi (si richiede la licenza individuale anziché un'autorizzazione generale), sia l'impedimento all'accesso di nuovi operatori (per la gestione della rete digitale, per l'acquisto o l'utilizzo di nuove frequenze per trasmissioni digitali), sia l'assenza

di limiti nella acquisizione di frequenze (per gli operatori già presenti sul mercato), i quali non sarebbero neppure tenuti a «restituire» le frequenze analogiche destinate a liberarsi dopo la data dello *switch off*.

⁽¹⁹²⁾ Si è già detto, più in generale, in altra parte del testo, del rilevante contributo offerto dalle relazioni annuali dell’Autorità, anche con riguardo alla segnalazione di criticità della disciplina legislativa (spesso in relazione alla normativa comunitaria).

⁽¹⁹³⁾ Si tratta della segnalazione inviata al Governo nel luglio 2006.

⁽¹⁹⁴⁾ Viene segnalata la inadeguatezza di aspetti sia sostanziali che procedurali del sistema sanzionatorio; tra questi ultimi, si rileva in particolare la scarsa efficacia del meccanismo della previa diffida, che sembra caratterizzare anche il procedimento repressivo delle posizioni dominanti nell’audiovisivo (v., tra l’altro, art. 51 del testo unico della radiotelevisione). L’AGCOM auspica che sia ristretto al massimo l’ambito di operatività di tale meccanismo, in favore di una ragionevole esigenza di maggiore immediatezza e semplicità del sistema repressivo delle violazioni.

⁽¹⁹⁵⁾ V. Undicesimo rapporto della Commissione sull’attuazione delle direttive sulle comunicazioni elettroniche (Com (2006) 68 final, p. 156).

⁽¹⁹⁶⁾ V. CARETTI P., «Le fonti della comunicazione», in *Quad. cost.* n. 2/2004, p. 313 ss., p. 323, che sottolinea come tale sistema di regolazione appaia caratteristico della disciplina della comunicazione, la quale rappresenta un esempio emblematico di legislazione procedurale.

⁽¹⁹⁷⁾ Si ricorda in proposito la lettera inviata ai presidenti delle commissioni permanenti, nel corso della XIV legislatura, dal Presidente della Camera (citata *supra*, par. 2.1), nonché le conclusioni dell’indagine conoscitiva svolta nella XIII legislatura (già sinteticamente richiamate – v. *supra*, par. 1).