

# **L'ordinamento della comunicazione tra la riforma del 2001 e la controriforma del 2005**

---

Alessandro Pace\*

## **Sommario**

1. *L'“ordinamento della comunicazione” nel 2001 e nel 2005. Un approccio preliminare.* – 2. *L'esclusiva ricomprensione delle telecomunicazioni e della radiotelevisione nell'“ordinamento delle comunicazioni”.* – 3. *La conferma dell'esclusione dell'editoria e stampa dall'“ordinamento delle comunicazioni”.* – 4. *L'esclusione degli spettacoli dall'“ordinamento della comunicazione”. Loro ricomprensione nella competenza legislativa regionale concorrente in materia di promozione culturale.* – 5. *L'esclusione del servizio postale dall'“ordinamento delle comunicazioni”.* – 6. *La disciplina comunitaria delle telecomunicazioni e le sue conseguenze sul diritto nazionale.* – 7. *Segue. Precisazioni costituzionalistiche sul punto.* – 8. *Ammissibilità e limiti della potestà legislativa di dettaglio in materia di comunicazioni elettroniche e radiotelesive.*

## **1. L'“ordinamento della comunicazione” nel 2001 e nel 2005. Un approccio preliminare**

L'unilateralità e la frettolosa monocameralità che caratterizzano la riforma costituzionale del Titolo V da parte della legge cost. n. 3 del 2001, segnano, profondamente e indelebilmente, proprio il punto centrale dell'architettura generale della riforma del Titolo V, e cioè quell'elenco delle materie, al quale, com'è noto, “è, in massima parte, rimessa la funzione di individuare il punto di equilibrio tra le ragioni dell'unità e quelle dell'autonomia: tra gli interessi unitari ed infrazionabili (il cui soddisfacimento richiede l'intervento del legislatore statale) e le esigenze di differenziazione (che chiamano in causa i legislatori periferici)” (A. D'ATENA, 2003).

---

(\*) *Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università “La Sapienza” di Roma.*

Significativo, in tal senso, è proprio l'“ordinamento della comunicazione” – rientrante tra le materie di legislazione concorrente (art. 117, comma 3, Cost.) –, formula che, nella sua assolutezza semantica, potrebbe far ritenere che tutte le forme di comunicazione (da quella “interindividuale e riservata” a quella “pubblica e impersonale”), e quale che sia il mezzo trasmissivo da esse utilizzato, rientrino, sia pure per la sola disciplina di dettaglio, nella competenza legislativa concorrente e nella corrispondente competenza amministrativa delle Regioni.

Tale conclusione è stata però subito rifiutata dalla maggioranza degli studiosi:

– in primo luogo perché è assolutamente pacifico che alla comunicazione, in un senso così ampio, il nostro ordinamento non ha mai riservato una specifica disciplina settoriale (e la disciplina di settore è l'unico significato possibile per una disciplina che pretenda di essere “ordinamentale”);

– in secondo luogo, perché alle comunicazioni “interindividuali e riservate” la Costituzione conferisce, all'art. 15 Cost., una tutela sia contenutistica che procedimentale, tale da escludere, per definizione, qualsivoglia intervento del legislatore regionale.

Nei confronti di queste ultime non possono infatti, secondo l'art. 15 Cost., essere imposti quei limiti del buon costume, della diffamazione, del vilipendio (nei pochi casi rimasti) che presuppongono la pubblica esternazione del pensiero (e cioè la sua “manifestazione”). Inoltre, diversamente dalla stessa libertà di manifestazione, solo l'autorità giudiziaria può disporre limitazioni ad essa “per atto motivato” e “con le garanzie stabilite dalla legge”.

Di qui l'ovvia conclusione dell'esclusiva competenza del legislatore statale relativamente alla disciplina attuativa dell'art. 15 Cost., venendo in gioco, nella specie, le materie previste dall'art. 117, comma 2, lett. *l*), Cost. (giurisdizione e norme processuali, ordinamento civile e penale) nonché, in via eccezionale, quelle previste alle lett. *d*) ed *l*) dello stesso articolo (sicurezza dello Stato, ordine pubblico e sicurezza, nelle ipotesi

di reati di mafia, eversione politica e terrorismo) (A. PACE, 2003).

La legge costituzionale, d’iniziativa del governo Berlusconi, approvata in seconda lettura il 16 novembre scorso, e sulla quale pende la spada di Damocle del referendum confermativo popolare, ha introdotto delle sostanziali modifiche sul punto. Da un lato l’“ordinamento della comunicazione” è stato ricondotto alla potestà legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, lett. *s-ter*), dall’altro alla potestà legislativa concorrente è stata attribuita la “comunicazione di interesse regionale, ivi compresa l’emittenza in ambito regionale, la promozione in ambito regionale dello sviluppo delle comunicazioni elettroniche” (art. 117, comma 3).

Una formula, questa, che in primo luogo destituisce di fondamento quegli eccessi interpretativi, resi possibili dalla locuzione “ordinamento della comunicazione” considerata asistematicamente nella sua assolutezza semantica, secondo i quali anche la libertà di esprimersi sia riservatamente sia pubblicamente, con qualsiasi mezzo (anche quello postale) e con qualsiasi forma, sarebbe rientrata nella legislazione concorrente regionale; e che in secondo luogo risolve in maniera radicalmente negativa il problema – concretamente posto in passato – se le Regioni potessero provvedere alla disciplina di dettaglio della stessa legislazione radiotelevisiva nazionale (ne dubita P. CARETTI, 2005a) mediante accordi del tipo di quelli che legano i Länder nella Germania federale (v. *infra*, § 8).

Non può tuttavia non rilevarsi che anche la formula enunciata dalla recente legge costituzionale sconta l’ambiguità della originaria locuzione: un’ambiguità che opportunamente il controriformatore costituzionale del 2003/2005 avrebbe potuto evitare (anche a futura memoria dello stesso legislatore costituzionale), utilizzando vocaboli più conformi al lessico della nostra Costituzione e alla nostra tradizione giuridica.

2. *L'esclusiva ricomprensione delle telecomunicazioni e della radiotelevisione nell'"ordinamento delle comunicazioni"*

Ma, quand'anche la legge costituzionale proposta dal governo Berlusconi non dovesse essere confermata dal voto popolare, ciò non significa che si schiuderebbero per le Regioni spazi ulteriori a quelli ad esse riconosciuti dalla legge 6 maggio 2004, n. 112 (c.d. legge Gasparri), e dai codici delle comunicazioni elettroniche e della radiotelevisione.

A parte quanto s'è già detto con riferimento alla disciplina della libertà individuale di manifestazione del pensiero e della libertà individuale di comunicazione "riservata" – che non possono non competere alla potestà legislativa statale –, sembra difficilmente contestabile che la locuzione indicata nell'art. 117, comma 3, pur considerata nel contesto della legge cost. n. 3 del 2001, concerna esclusivamente le telecomunicazioni e la radiotelevisione.

Significativamente a tale conclusione immediatamente pervenne, subito dopo l'entrata in vigore della legge cost. n. 3 del 2001, l'allora presidente dell'AGCOM, prof. Enzo Cheli, nell'ambito delle audizioni sugli effetti della revisione del Titolo V della Parte II della Costituzione. In quella sede il prof. Cheli ebbe infatti a rilevare che "...in questo vuoto di riferimenti, quello più diretto alla materia che è stata così indicata nella riforma può essere ricercato nella legge 31 luglio 1997, n. 249. Quest'ultima, nell'istituire l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e nel modificare la denominazione del Ministero delle poste e delle telecomunicazioni in Ministero delle comunicazioni, ha adottato il termine 'comunicazioni' al plurale, riferendolo sia al settore delle telecomunicazioni che a quello radiotelevisivo. Se così è, l'espressione 'ordinamento della comunicazione' – concludeva il prof. Cheli – potrebbe ritenersi coincidente con quel sistema delle comunicazioni che è stato posto ad oggetto della legge n. 249 del 1997 e delle successive modifiche".

Così opinando, il presidente dell'AGCOM faceva corretta

applicazione del noto criterio storico-normativo per la determinazione delle materie di competenza dello Stato e delle Regioni (A. D'ATENA, 1974; S. MANGIAMELI, 1992 e 2002), e non invertiva, quindi, come si è invece obiettato, il rapporto di gerarchia intercorrente tra legge e precetti costituzionali (G. GARDINI, 2005). Alla conclusione che il termine “comunicazioni” al plurale si riferisca sia al settore delle telecomunicazioni che a quello radiotelevisivo si perviene del resto anche alla stregua di un'interpretazione sia sistematica che finalistica, come vedremo nel prosieguo della trattazione.

I lavori preparatori sono invece di scarsa utilità, in quanto provano troppo, ma contraddittoriamente. Ma nemmeno condivisibile è la tesi, pur autorevolmente sostenuta, secondo la quale l'ordinamento della comunicazione si presenterebbe “non come una materia in senso tradizionale, ma come un insieme di valori costituzionali, la cui implementazione spetta a tutti i soggetti titolari di funzioni politiche, dunque non solo allo Stato, ma anche alle Regioni, con riferimento ovviamente agli interessi localizzati sul territorio regionale ed alla cui cura l'ente Regione è preposto” (P. CARETTI, 2003).

Per quanto questa dottrina sviluppi una tesi già enunciata dalla Corte costituzionale nella famosa sentenza n. 348 del 1990 proprio con riferimento all'informazione, e successivamente, e più di recente, ampiamente utilizzata dalla stessa Corte con riferimento ad altri valori costituzionali (ambiente, cultura e ricerca scientifica e tecnologica: v. le sentenze nn. 407 e 536 del 2002, n. 222 del 2003, nn. 259, 307 e 423 del 2004), essa non sembra condivisibile. Secondo la Corte costituzionale, quando viene in gioco un valore come l'informazione, l'ambiente, la cultura ecc. sarebbe consentito, nei giudizi di costituzionalità in via principale, di “prescindere” (*sic!*) dal riparto delle competenze costituzionalmente previsto.

Così opinando, non ci si avvede però che il criterio di competenza – su cui tuttora si regge il riparto costituzionale delle attribuzioni legislative dello Stato e delle Regioni – verrebbe surrettiziamente sostituito con un “concorso libero tra fonti” (di

volta in volta favorevole allo Stato o alla Regione, a seconda della scelta, talvolta imprevedibile, della Corte) che costituisce l'esatto contrario del principio di competenza, come autorevolmente e con grande acutezza sottolineò Vezio Crisafulli sin nella sua famosa prolusione patavina del 1960 su "Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti".

D'altra parte, proprio la considerazione che tutte le norme giuridiche sottendono giudizi di valore dimostra che la tesi qui criticamente discussa finisce per provare troppo.

Appunto perché dietro tutte le norme (costituzionali o meno) c'è un giudizio di valore, il ricorso al valore, come espediente per porre in non cale il riparto delle competenze, non incontrerebbe – a ben vedere – alcun limite. E comunque, chi intendesse applicare tale criterio valoriale, dimenticherebbe che anche dietro le norme attributive di una competenza c'è un giudizio di valore che preferisce un soggetto ad un altro, o un organo ad un altro.

E tutto ciò senza contare che, in conseguenza del ribaltamento della potestà legislativa residuale (art. 117, comma 4, Cost.), l'idea secondo la quale, in presenza di un valore, non si farebbe luogo al criterio di competenza, si ritorce contro le stesse Regioni, che, contrariamente a quanto avveniva prima della legge cost. n. 3 del 2001 (che ha ribaltato il criterio di residualità), hanno ormai tutto da perdere dalla sostituzione del principio di competenza col concorso libero tra fonti, come chiaramente dimostra la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (v. ad es. la sentenza n. 307 del 2004).

### *3. La conferma dell'esclusione dell'editoria e stampa dall'ordinamento delle comunicazioni*

Si è detto che alla conclusione di ricomprendere nella locuzione in oggetto le sole telecomunicazioni e radiotelevisione si perviene agevolmente in considerazione delle materie disciplinate dalla legge n. 249 del 1997, la quale, in effetti,

configura una disciplina unitaria, e quindi, un ordinamento delle comunicazioni elettroniche (E. CARLONI, 2002).

Quanto all'esclusione dell'editoria e stampa si è però osservato, con riferimento all'interpretazione offerta dal presidente dell'AGCOM, che il richiamo alla legge n. 249 del 1997 potrebbe "condurre ad esiti diversi a seconda che sia inteso con riferimento alla disciplina sostanziale della legge n. 249, relativa essenzialmente alla radiotelevisione e alle telecomunicazioni, o piuttosto alla sfera di competenze attribuite all'Autorità, relative alla stampa e all'editoria" (A. VALASTRO, 2003).

Di qui la conseguenza che, quale che sia l'impostazione preferibile, ci si deve comunque far carico di spiegare – quanto meno a fini di completezza – la causa dell'esclusione dall'ordinamento delle "comunicazioni" dell'editoria e stampa, della disciplina della cinematografia e del teatro (e in genere dello spettacolo) e infine delle poste.

Ebbene, volendo iniziare dal problema dell'editoria e stampa, non può dimenticarsi che tra stampa e televisione (e *a fortiori* tra stampa e telecomunicazioni) c'è una fondamentale differenza, che le esclude dalla disciplina della legge n. 249 del 1997.

Tale differenza non consegue, ovviamente, da ciò che la stampa non costituirebbe un mezzo di comunicazione di massa (il che sarebbe non solo inesatto ma addirittura antistorico). Consegue piuttosto dalla circostanza che la stampa ha sempre goduto della sua stretta prossimità con la libertà individuale di manifestazione del pensiero (confondendosi talora con essa), come è storicamente comprovato da talune Carte costituzionali sette e ottocentesche, tra cui lo stesso Statuto albertino. Costituzioni nelle quali, com'è noto, la proclamazione della sola libertà di stampa (e non quindi anche la libertà di parola), stava appunto a significare che la stampa veniva affermata come "ellitticamente riassuntiva del mezzo allora storicamente prevalente e di maggiore importanza politica, e dell'attività spirituale attraverso di esso estrinsecantesi" (V. CRISAFULLI, 1964).

In secondo luogo, tale fondamentale differenza è comprovata

dalla constatazione che, mentre la televisione è stata considerata un *aliud* rispetto alla libertà individuale di manifestazione del pensiero (W. HOFFMANN-RIEM, 1994), mai la stessa affermazione è stata fatta con riferimento alla stampa. È infatti noto che tutte le Corti costituzionali, tra cui quella italiana, mentre hanno identificato le garanzie costituzionali dell'editoria e della stampa nel riconoscimento delle situazioni giuridiche soggettive delle persone fisiche e giuridiche operanti nell'impresa editoriale, così come proclamate dall'art. 21 Cost., hanno invece individuato le garanzie delle imprese radiotelevisive nelle garanzie più labili (e sfumate) conseguenti alla tutela del valore del pluralismo, che ovviamente non è la stessa cosa della tutela del diritto di ciascuno (sul punto v. *amplius* A. PACE, 1992).

È pur vero che, contro la tesi qui esposta – secondo la quale l'art. 21, commi 2-5, Cost. disciplinerebbe esaustivamente, a livello costituzionale, la stampa e l'editoria (con la conseguenza che solo la legge statale potrebbe disciplinarne l'esercizio su scala nazionale) – si può obiettare che, da gran tempo, è pacificamente ammesso che la proclamazione di un diritto costituzionale non esclude che la competenza normativa relativa alla disciplina del suo esercizio possa spettare alle Regioni (come è appunto il caso dei limiti legittimamente apportionabili dalle Regioni alla libertà di circolazione, *ex* art. 16 Cost., e alla libertà individuale, *ex* art. 23 Cost.). Tuttavia è altrettanto vero che non si vede quale mai potrebbe essere ora il ruolo della potestà legislativa regionale in materia di editoria e stampa se non quello di disporre provvidenze (in senso analogo E. CARLONI, 2005).

Se, infatti, è alla mera possibilità di disporre provvidenze, e non ad altro, che mira il riconoscimento della competenza legislativa concorrente regionale ai sensi del “nuovo” art. 117, comma 3, Cost., non può allora non ricordarsi, con la già citata sentenza della Corte costituzionale n. 348 del 1990, che la legge regionale allora ritenuta legittima non disciplinava le “modalità di esercizio della libertà d'informazione attivabile attraverso la stampa e la radiotelevisione”, ma si limitava ad incentivare il pluralismo dell'informazione, il quale costituirebbe piuttosto

“una condizione preliminare (o, se vogliamo, un presupposto insopprimibile) per l’attuazione ad ogni livello, centrale o locale, della forma propria dello Stato democratico”.

Se così è, non sembra necessario affermare che la locuzione “ordinamento della comunicazione” implichi una competenza regionale in materia di editoria e stampa. Il perseguimento di tale finalità, con riferimento alle provvidenze erogabili dalle Regioni, sarebbe infatti già di per sé implicitamente assicurato dalla forma propria dello Stato democratico (purché queste provvidenze, più che favorire il pluralismo, non turbino la corretta concorrenza tra le imprese).

D’altra parte sembrerebbe francamente inammissibile far rientrare nella competenza concorrente delle Regioni la stessa disciplina delle situazioni giuridiche soggettive concernenti la libertà d’impresa editoriale (nello stesso senso v. anche P. STANCATI).

Del resto, a definitiva conferma che non vi sono, per il legislatore regionale, spazi d’intervento sull’editoria e stampa diversi da quello delle provvidenze, non dovrebbe essere nemmeno dimenticato che la competenza dell’AGCOM, con riferimento all’editoria e stampa, è esclusivamente finalizzata alla tutela *ex post* della concorrenza. Tale settore, per definizione, non è “regolato”, né è assoggettabile a regolazione *ex ante* appunto per la essenziale diversità della stampa dagli altri mezzi di comunicazione di massa. E la tutela della concorrenza, com’è noto, è attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, lett. e).

A riprova di ciò, vale del resto la pena di ricordare che l’unico oggetto concernente l’editoria che risulta disciplinato dall’allegato “A” all’accordo-quadro del 25 giugno 2003 intercorso tra l’AGCOM, la Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti dell’Assemblea dei Consigli regionali e delle Province autonome (art. 3, comma 2, lett. h) è, per l’appunto, “la vigilanza sull’applicazione della normativa antitrust, con riferimento al mercato dell’editoria quotidiana in ambito regionale”.

4. *L'esclusione degli spettacoli dall'“ordinamento della comunicazione”. Loro ricomprensione nella competenza legislativa regionale concorrente in materia di promozione culturale*

La risposta negativa al problema della ricomprensione della disciplina del cinema e del teatro nell'“ordinamento della comunicazione” deriva da un duplice rilievo.

Il primo risiede nella considerazione che, in materia di spettacolo (entro cui si collocano sia le manifestazioni teatrali che quelle cinematografiche), le relative situazioni giuridiche soggettive si risolvono nei diritti di libera manifestazione del pensiero (art. 21, commi 1 e 6, Cost.) e di espressione artistica (art. 33, comma 1, Cost.), i quali non possono non essere garantiti in pari misura a tutti i cittadini italiani sull'intero territorio nazionale anche con riferimento ai profili connessi alla polizia dello spettacolo (in questo senso v. anche P. CARETTI, 2004).

Il secondo sta invece in ciò, che in materia di spettacolo, e a prescindere dai profili testé esaminati, è assorbente la considerazione – recentemente fatta propria anche dalla Corte costituzionale (sentenze nn. 255 del 2004 e 285 del 2005) –, della competenza concorrente regionale relativa sia alla “valorizzazione dei beni culturali e ambientali” che alla “promozione e organizzazione di attività culturali”. Da tale previsione costituzionale la Corte ha preso giustamente lo spunto per riscrivere, come è stato esattamente chiosato (P. CARETTI, 2005b), la disciplina dettata dal d.lgs. n. 28 del 2004 in tema di cinematografia: disciplina che era essenzialmente caratterizzata, sul piano legislativo, “da una normativa completa ed autoapplicativa, senza distinzione fra principi e dettagli, e, sul piano amministrativo, da un modello di gestione accentuatamente statalistico ed essenzialmente fondato su poteri ministeriali, con una presenza del tutto marginale di rappresentanti delle autonomie territoriali” (v. ancora la sentenza n. 285 del 2005).

Rientrano perciò in tale competenza legislativa regionale concorrente “tutte le attività riconducibili alla elaborazione e

diffusione della cultura, senza che vi possa essere spazio per ritagliarne singole partizioni come lo spettacolo”, pur con i limiti indirettamente derivanti dalle materie di competenza esclusiva dello Stato (ad es. le norme generali sull’istruzione, la tutela dei beni culturali, ecc.).

##### 5. *L’esclusione del servizio postale dall’“ordinamento delle comunicazioni”*

Anche il servizio postale non sembra possa essere fatto rientrare nell’“ordinamento della comunicazione”, ancorché ricada tra le competenze del Ministero delle comunicazioni (ma non tra quelle dell’AGCOM, né tra gli oggetti disciplinati dalla legge n. 249 del 1997) (*contra* v. M. OROFINO, 2003).

Diversamente dagli estensori dei due progetti licenziati dalla Commissione bicamerale per le riforme istituzionali – nei quali le poste e le telecomunicazioni erano attribuite alla competenza esclusiva statale – gli autori della legge cost. n. 3 del 2001 non hanno maldestramente avvertito che, in tutti gli ordinamenti fortemente autonomistici e addirittura in quelli federali, la disciplina del servizio postale rientra tra le materie tipiche del potere centrale (Cost. Austria, art. 10, comma 1, n. 9; LF Germania, art. 73, comma 1, n. 7; Cost. Spagna, art. 149, comma 1, n. 21; Cost. Svizzera, art. 92; Cost. USA, art. I, sez. VIII, comma 6), e ciò proprio perché essa viene implicata dal principio di unità che presiede tutti gli ordinamenti federali (di cui costituisce una delle più naturali manifestazioni).

Muovendosi in senso opposto alla legge cost. n. 3 del 2001, la riforma costituzionale Berlusconi, disponendo che l’“ordinamento della comunicazione” rientra nella competenza esclusiva dello Stato, l’ha implicitamente riattribuita alla potestà legislativa del potere centrale, laddove sarebbe stato più opportuno enunciarlo esplicitamente.

Ciò non di meno, come già in precedenza osservato con riferimento alla disciplina delle libertà di manifestazione, di

comunicazione riservata e di stampa (e come vedremo) delle telecomunicazioni, deve sin d'ora avvertirsi che, quand'anche la spada di Damocle del prossimo referendum popolare si abbattesse su quella legge costituzionale, resterebbe pur sempre ferma la spettanza di tali materie all'esclusiva potestà legislativa dello Stato. Il che non vuol dire – lo dico qui una volta per tutte – che tra Stato e Regioni non debbano essere cercate soluzioni concordate nello spirito della reciproca leale collaborazione, come affermato nell'art. 5 del codice delle comunicazioni elettroniche (e come fortemente auspicato in dottrina da P. CARETTI, 2005a). Una cosa però è dire questo, altra è risolvere i rapporti tra Stato e Regioni in un magma di competenze indistinguibili.

Con riferimento ai servizi postali, va comunque detto che la spettanza di essi allo Stato consegue oltre tutto dal forte condizionamento della normativa interna da parte della normativa comunitaria (dir. 97/67/CE del Consiglio e del Parlamento europeo, attuata con d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261): un condizionamento che non è mai stato contestata dallo Stato italiano dinanzi alla CGCE.

In forza della normativa comunitaria al Ministero delle comunicazioni sono state infatti attribuite le funzioni di autorità di regolamentazione del settore postale (art. 2 del cit. d.lgs. n. 261 del 1999), ed inoltre, in forza di esse, è stato imposto ai singoli Stati di garantire che il servizio sia di qualità uniforme nel mercato unico.

## 6. *La disciplina comunitaria delle telecomunicazioni e le sue conseguenze sul diritto nazionale*

Non v'è alcun dubbio, come affermato sin dall'inizio, che la disciplina delle telecomunicazioni rientri nell'"ordinamento della comunicazione", tanto che tale locuzione sia interpretata alla luce dei lavori preparatori, quanto che si utilizzi l'anzidetto criterio storico-normativo.

È però parimenti indubbio che le stesse premesse costituzionalistiche del problema risultino mutate, con effetto dal 25 luglio 2003 a seguito sia dell'adozione della dir. 2002/21/CE del Consiglio e del Parlamento europeo nell'ambito delle direttive in materia di comunicazione elettronica (c.d. direttiva "quadro", art. 28), sia della sua mancata tempestiva impugnazione davanti alla CGCE, sia infine, e assorbentemente, dal recepimento di essa, insieme con le altre tre direttive del 7 marzo 2002, nel d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche).

Sta di fatto che, con tale direttiva, l'Unione Europea ha limitato la stessa autonomia degli Stati "nello scegliere l'assetto organizzativo e il funzionamento dell'autorità di regolazione". Conseguentemente, "(g)li Stati nazionali, dopo la nuova direttiva, non sono più liberi di stabilire l'organizzazione, i compiti, le procedure e l'attività delle autorità di regolazione, perché ognuno di questi quattro aspetti è condizionato da principi dettati dalla direttiva quadro (...). In particolare, quanto all'organizzazione, l'art. 3, commi 1-3 della direttiva stabilisce che tutti i compiti assegnati alle autorità nazionali siano affidati ad un organismo competente; che esso sia distinto legalmente e (sia) funzionalmente indipendente dagli operatori; che esso eserciti i suoi poteri imparzialmente e in modo trasparente" (S. CASSESE, 2003). Ebbene, il primo di tali vincoli "obbliga a non lasciare funzioni adespote ed è sottoposto al controllo della Commissione, alla quale occorre notificare i compiti assegnati e le responsabilità attribuite (art. 3, comma 6)" (S. CASSESE, 2003). Già da questo primo vincolo discende una decisiva conseguenza sul nostro discorso.

Poiché la competenza a porre in essere la regolamentazione delle reti di comunicazione elettronica è stata intestata ad autorità nazionali (art. 3), ne consegue che è il solo legislatore statale a poter disciplinare, anche nel dettaglio, le competenze dell'Autorità nazionale di regolazione per ciò che riguarda le reti di telecomunicazione, e ciò sia che tali competenze siano attribuite alla sola AGCOM – come dovrebbe essere alla luce del

disegno comunitario che pretende l'indipendenza e l'imparzialità di tali autorità: art. 3, commi 2 e 3, dir. 2002/21/CE (M. D'ALBERTI, 2004) – ovvero siano attribuite anche al Ministero delle comunicazioni, come invece disposto dall'art. 7 d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, che solleva non poche perplessità (O. GRANDINETTI, 2005).

Di qui il riconoscimento alle Regioni, nel codice delle comunicazioni elettroniche del 2003, della sola (oltre a quanto si dirà immediatamente dopo) potestà legislativa regionale relativamente all'individuazione “di livelli avanzati di reti e servizi di comunicazione elettronica a larga banda, da offrire in aree locali predeterminate nell'ambito degli strumenti di pianificazione e di sviluppo, anche al fine di evitare fenomeni di urbanizzazione forzata ovvero di delocalizzazione di imprese”; alle “agevolazioni per l'acquisto di apparecchiature terminali d'utente e per la fruizione di reti e servizi di comunicazione elettronica a larga banda”; alla “promozione di livelli minimi di disponibilità di reti e servizi di comunicazione elettronica a larga banda, nelle strutture pubbliche localizzate sul territorio, ivi comprese quelle sanitarie e di formazione, negli insediamenti produttivi, nelle strutture commerciali ed in quelle ricettive, turistiche ed alberghiere”; alla “definizione di iniziative volte a fornire un sostegno alle persone anziane, ai disabili, a i consumatori di cui siano accertati un reddito modesto o particolari esigenze sociali ed a quelli che vivono in zone rurali o geograficamente isolate” (art. 5, comma 2, lett. *a*), *b*), *c*), *d*). Deve anzi ritenersi che appunto a siffatte attività si riferisca l'accenno alla “promozione in ambito regionale dello sviluppo delle comunicazioni elettroniche” contenuto nel nuovo inciso dell'art. 117, comma 3, dedicato all’“ordinamento della comunicazione di interesse regionale”.

A ciò deve essere aggiunta, del tutto ovviamente, per ciò che riguarda l'allocazione delle reti di telecomunicazioni, la potestà legislativa regionale concorrente relativamente alla localizzazione dei relativi impianti. Riferendosi alle materie “governo del territorio”, “tutela della salute” e “ordinamento

della comunicazione”, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 324 del 2003 (pur nel contesto di una decisione di accoglimento di un ricorso statale contro una legge regionale), ha infatti affermato che “non può escludersi una competenza della legge regionale in materia, che si rivolga alla disciplina di quegli aspetti della localizzazione e dell’attribuzione dei siti di trasmissione che esulino da ciò che risponde propriamente a quelle esigenze unitarie alla cui tutela sono preordinate le competenze legislative dello Stato nonché le funzioni affidate all’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”.

L’AGCOM, per ciò che riguarda le telecomunicazioni, potrà beninteso operare anche a livello locale, in ciò assistita da organi locali, ma solo se da essa dipendenti e delegati (quali appunto i CORECOM); e quindi senza ulteriori pericolosi frazionamenti a livello locale, che inciderebbero sull’unitarietà funzionale del disegno comunitario e sull’obiettivo di questo di mantenere la regolazione al minimo indispensabile (G. DE MINICO, 2003; R. PEREZ, 2004).

### *7. Segue. Precisazioni costituzionalistiche sul punto*

Le conclusioni a cui si è pervenuti nei due precedenti paragrafi – secondo le quali la dir. 2002/21/CE avrebbe determinato conseguenze addirittura rilevanti sotto il profilo costituzionale – potrebbero sollevare perplessità, come in effetti è accaduto, qualora si parta dalla premessa che le norme comunitarie non potrebbero comportare “un’alterazione nell’ordine delle competenze attribuite dalla Costituzione” (G. della CANANEA, 2005).

Ma, a parte il fatto che tale premessa è stata posta in dubbio da più di una decisione della Corte costituzionale già prima della legge cost. n. 3 del 2001 (v. le sentenze nn. 399 del 1987, 224 del 1994, 458 del 1995, 126 del 1996, 93 del 1997), è assorbente sottolineare che, al fine di esigere il rispetto, da parte della CE, dell’ordine delle competenze costituzionali degli Stati membri, questo limite deve essere fatto positivamente

valere dallo Stato interessato dinanzi alla Corte di giustizia del Lussemburgo, e ciò sempre che la violazione dell'ordine interno delle attribuzioni costituzionali – da parte degli organi comunitari – derivi da un abuso delle funzioni ad essi spettanti in forza dei Trattati vigenti. Orbene, per ciò che ci riguarda, né lo Stato italiano, né le Regioni (secondo quanto dispone l'art. 5, comma 2, legge 5 giugno 2003, n. 131) hanno ritenuto di dover eccepire alcunché a proposito del contenuto delle direttive del 7 marzo 2002.

Il che conferma l'esatto rilievo (che vale anche per la mancata impugnazione regionale della legge Gasparri e del t.u. della radiotelevisione, di cui si dirà fra poco) che la "competenza delle Regioni si determina non solo attraverso la risoluzione presso la Consulta di contrasti (in cui tanto lo Stato che le Regioni rivendicano determinate competenze), ma anche (...) di fatto, attraverso la mancata rivendicazione, da parte dell'uno o delle altre, delle proprie competenze" (E. CARLONI, 2005).

#### **8. *Ammissibilità e limiti della potestà legislativa di dettaglio in materia di comunicazioni elettroniche e radiotelevisive***

Restano da affrontare le problematiche che solleva il settore delle comunicazioni elettroniche e radiotelevisive con specifico riferimento alla disciplina dei contenuti, la quale, con riferimento alle trasmissioni radiotelevisive, è stata solo in minima parte avocata a livello comunitario (e cioè limitatamente alla promozione delle opere europee, ai limiti pubblicitari, alla tutela dei minori e al diritto di rettifica: v. la dir. 1989/552/CEE, modificata dalla dir. 97/36/CE).

Al riguardo è opportuno sottolineare che le comunicazioni elettroniche che vengono qui in considerazione sono solo quelle che, ancorché intercorrenti tra due o più persone determinate, non presentino caratteristiche esteriori di riservatezza, altrimenti, configurandosi un'ipotesi di libertà di comunicazione riservata (art. 15 Cost.), esse rientrerebbero automaticamente e

indiscutibilmente nella potestà esclusiva statale. Il che però non è il caso dei programmi televisivi *pay-per-view*, che non configurano comunicazioni riservate, come è stato correttamente statuito dalla CGCE, sez. III, nella sentenza 2 giugno 2005, causa C-89/04, *Mediakabel c. Commissariaat voor der Media*.

Ciò premesso, corre l'obbligo di sottolineare – riprendendo uno spunto accennato all'inizio – che la formula, tuttora in vigore, dell'art. 117, comma 3, Cost. (“ordinamento della comunicazione”) non distingue tra reti televisive e infrastrutture di comunicazione nazionali e locali. Conseguentemente, in via teorica, la potestà legislativa regionale di dettaglio relativa ai contenuti e alle modalità delle comunicazioni elettroniche e radiotelesive, oltre che applicarsi alle diffusi in ambito regionale, ben potrebbe ricomprendere anche la disciplina di dettaglio della radiotelevisione pubblica e privata operante su scala nazionale, magari sulla falsariga dell'esperienza tedesca degli *Staatsverträge* (sul punto v. A. PACE, 2002, 2003, 2004), con riferimento ai quali i *Länder* esercitano però la competenza legislativa piena.

Comunque sia, le Regioni italiane non hanno ritenuto di seguire questa strada, così come non hanno ritenuto di contestare, sotto questo profilo, la legge Gasparri (legge n. 112 del 2004) e il t.u. della radiotelevisione (d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177), rispettivamente approvati dal Parlamento e dal Governo nella XIV legislatura come se la riforma della II parte della Costituzione proposta dal governo Berlusconi e poi approvata dalle Camere fosse già entrata in vigore (il che, sotto il profilo politico, è senz'altro giustificabile).

D'altra parte, anche qualora le Regioni avessero ritenuto di seguire l'esempio tedesco, esse avrebbero comunque dovuto tener conto sia dell'opzione centralistica in materia di comunicazioni elettroniche derivante dalle direttive comunitarie del 2002 (v. *supra*, § 6), sia del fatto che i margini di una disciplina regionale di dettaglio, con riferimento ai contenuti delle comunicazioni elettroniche e radiotelesive, sono oggettivamente assai ristretti.

La potestà legislativa statale esplicitandosi nella determinazione dei principi fondamentali dell'“ordinamento della comunicazione” si intreccia infatti con la potestà (anch'essa spettante in esclusiva allo Stato) in materia di limiti alla manifestazione del pensiero a tutela dell'onore dei privati e delle istituzioni, del buon costume, dell'ordine e della sicurezza pubblica, ecc. (art. 117, comma 2, lett. *h*) ed *l*), in materia elettorale (art. 117, comma 2, lett. *p*) (*par condicio*), e in materia di “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale” (art. 117, comma 2, lett. *m*) (A. PACE, 2004, P. STANCATI, 2005). Materie, tutte queste, nelle quali è praticamente impossibile enucleare una autonoma potestà legislativa di dettaglio.

Non a caso i principi fondamentali che limitano la potestà legislativa concorrente delle Regioni sono, ai sensi dell'alinea del secondo comma dell'art. 16, quelli esplicitamente identificati come tali nel Capo I della stessa legge Gasparri (artt. 3-7) – che prevedono limiti contenutistici e modali e non determinano ambiti di competenza normativa regionale – e quelli specificamente previsti nei punti *a*), *b*), *c*), *d*), *e*), *f*) dello stesso comma. [Le lett. *a*), *b*), *c*), *d*) dell'art. 16, comma 2, legge n. 112 sono state poi pedissequamente riportate nell'art. 11 del t.u. della radiotelevisione, mentre le lett. *e*) e *f*) sono state riprodotte, pressoché integralmente, dall'art. 46, commi 1 e 2, dello stesso t.u.].

Tali principi valgono però come principi fondamentali della legislazione concorrente regionale non *ex se*, ma per “come indicati nel testo unico di cui al comma 1”, e cioè nel d.lgs. n. 177 del 2005, successivamente adottato, avente soltanto compiti di coordinamento (così come disposto dallo stesso art. 16, comma 1, legge n. 112, e quindi privo di potenzialità innovative) (S. SCAGLIARINI, 2005).

Passando alla disamina del contenuto di tale comma, va rilevato quanto segue. La lett. *a*) è assolutamente ovvia, posto che si limita a ribadire l'utilizzabilità, per la trasmissione di

programmi radiotelevisivi, delle bande di frequenza previste per detti servizi dal vigente regolamento delle radiocomunicazioni dell'UIT.

La lett. *b*) attribuisce agli organi della Regione o degli enti locali la competenza (amministrativa) “in ordine al rilascio dei provvedimenti abilitativi, autorizzatori e concessori necessari per l'accesso ai siti previsti dal piano nazionale di assegnazione delle frequenze, in base alle vigenti disposizioni nazionali e regionali, per l'installazione di reti e di impianti, nel rispetto dei principi di non discriminazione, proporzionalità e obiettività, nonché nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela della salute, di tutela del territorio, dell'ambiente e del paesaggio e delle bellezze naturali”.

La lett. *c*) attribuisce agli organi della Regione o della provincia le competenze “in ordine al rilascio delle autorizzazioni per fornitore di contenuti o per fornitore di servizi interattivi associati o di servizi di accesso condizionato destinati alla diffusione in ambito, rispettivamente, regionale o provinciale”. (Al riguardo va incidentalmente rilevato che la non menzione del rilascio della licenza di operatore di rete conferma quanto già osservato in precedenza, a proposito della esclusiva competenza statale sulle reti di comunicazione elettronica discendente dalle direttive comunitarie del 2002).

La lett. *d*) prevede le modalità di rilascio dei titoli abilitativi di cui alla precedente lett. *c*).

La lett. *e*) impone che, nella legislazione regionale, vengano indicati gli “specifici compiti di pubblico servizio che la società concessionaria del servizio pubblico generale di radiodiffusione è tenuta ad adempiere nell'orario e nella rete di programmazione destinati alla diffusione di contenuti in ambito regionale o, per le Province autonome di Trento e di Bolzano, in ambito provinciale, nel rispetto dei principi di cui alla presente legge”, aggiungendo che “è, comunque, garantito un adeguato servizio di informazione in ambito regionale o provinciale”.

La lett. *f*) attribuisce infine alle Regioni e alle Province autonome di Trento e di Bolzano “la legittimazione a stipulare,

previa intesa con il Ministero delle comunicazioni, specifici contratti di servizio con la società concessionaria del servizio pubblico generale di radiodiffusione per la definizione degli obblighi di cui alla lett. e), nel rispetto della libertà di iniziativa economica della società concessionaria, anche con riguardo alla determinazione dell'organizzazione dell'impresa...”.

Ebbene, tra quelle riportate, la lett. e) è l'unica disposizione che ha un contenuto “normabile” da parte del legislatore regionale, laddove la lett. f) è ancillare alla precedente, ma ha un contenuto meramente amministrativo.

Al riguardo è bensì vero che la generosità con la quale vengono elargite alle Regioni le competenze ad intervenire sui servizi della società concessionaria del servizio pubblico generale potrebbe far sospettare che la causa di essa vada piuttosto rinvenuta in un tentativo di “ingessatura” della RAI a tutto vantaggio del maggior concorrente privato (R. ZACCARIA, 2002), tuttavia è anche vero, dopo quanto si è in precedenza osservato in questo stesso paragrafo, che gli spazi di intervento a favore del legislatore regionale sono assai ristretti e possono essere appunto individuati – quale che sia il motivo politico di tale scelta – unicamente con riferimento alle trasmissioni del servizio pubblico, laddove, con riferimento all'emittenza privata, ancorché a livello locale, si deve porre mente al fatto che l'AGCOM, nel settore radiotelevisivo, ha ormai assunto un ruolo determinante a livello sia normativo sia provvedimentale, e quindi, ancorché sotto le mentite spoglie dell'attribuzione di potestà legislativa, il legislatore statale può conferire alle Regioni soltanto funzioni meramente amministrative.

### *Bibliografia delle opere citate*

CARETTI P. (2003), *Il ruolo delle Regioni nell'ordinamento della comunicazione. Profili generali e problemi aperti*, in Id., *Stato, Regioni, enti locali tra innovazione e continuità. Scritti sulla riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, Giappichelli.

- CARETTI P. (2004), *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, III ed., Bologna, Il Mulino.
- CARETTI P. (2005a), *I CORECOM nel sistema locale delle comunicazioni*, in *Le Regioni*.
- CARETTI P. (2005b), *Le competenze in materia di spettacolo: la Corte "riscrive" il decreto legislativo in tema di cinematografia*, in *Giur. cost.*
- CARLONI E. (2002), *L'ordinamento della comunicazione dopo (ed alla luce della) riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione*, in *Diritto pubblico*.
- CARLONI E. (2005), *L'"ordinamento della comunicazione" tra Stato e Regioni: note introduttive*, in [www.urp.it/Sezione.jsp?idSezione=891](http://www.urp.it/Sezione.jsp?idSezione=891).
- CASSESE S. (2003), *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in G. MORBIDELLI e F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Torino, Giappichelli.
- CHELI E. (2002), *Audizione del 27 novembre 2001 del Presidente dell'AGCOM in Prima Commissione permanente del Senato della Repubblica, Indagine conoscitiva sugli effetti nell'ordinamento delle revisioni del Titolo V della Parte II della Costituzione*, vol. I, Senato della Repubblica, Roma.
- CRISAFULLI V. (1960), *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*
- CRISAFULLI V. (1964), *Problematica della "libertà d'informazione"*, in *Il politico*.
- D'ALBERTI M. (2004), *Comunicazioni elettroniche e concorrenza*, in R. PEREZ (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, Giuffrè.
- D'ATENA A. (1974), *L'autonomia legislativa delle Regioni*, Roma, Bulzoni.
- D'ATENA A. (2003), *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quaderni costituzionali*.
- DELLA CANANEA G. (2005), *I problemi istituzionali nel nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, in ID. (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Torino, Giappichelli.
- DE MINICO G., *Brevi note sul segmento delle telecomunicazioni*, in L. CHIEFFI e G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione fra attuazione ed ipotesi di ulteriore revisione*, Torino, Giappichelli.
- GARDINI G. (2005), *Le regole dell'informazione*, Milano, B. Mondadori.
- GRANDINETTI O. (2005), *Il riparto di attribuzioni tra l'Autorità per le*

- garanzie nelle comunicazioni e il Ministero delle comunicazioni nel settore televisivo, in G. DELLA CANANEA (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Torino, Giappichelli.
- HOFFMANN-RIEM W. (1994), *Kommunikations- und Medienfreiheit*, in E. BENDA, W. MAIHOFER, H.-J. VOGEL (a cura di), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, II ed., Berlin-New York, W. De Gruyter.
- MANGIAMELI S. (1992), *Le materie di competenza regionale*, Milano, Giuffrè.
- MANGIAMELI S. (2002), *Il riparto delle competenze normative nella riforma regionale*, in Id., *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, Giappichelli.
- OROFINO M. (2003), *L'“ordinamento della comunicazione” tra direttive comunitarie e riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione*, Torino, Giappichelli.
- PACE A. (1992), voce *Comunicazioni di massa (diritto)*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. II, Roma, Ist. Enc. it.
- PACE A. (2002), *Per una lettura in controluce del messaggio presidenziale su pluralismo e imparzialità dell'informazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*.
- PACE A. (2003), *Considerazioni finali*, in G. MORBIDELLI e F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Torino, Giappichelli.
- PACE A. (2004), *L'ordinamento della comunicazione*, in *Diritto pubblico*.
- PEREZ R. (2004), *Disciplina europea delle comunicazioni elettroniche e ordinamento nazionale*, in Id. (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, Giuffrè.
- SCAGLIARINI S. (2005), *I principi fondamentali in materia di radiotelevisione, ovvero la composizione di un puzzle legislativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*.
- STANCATI P. (2005), *La inclusione della materia “ordinamento della comunicazione” nell'art. 117, comma 3, Cost.: aspetti problematici della libertà di manifestazione del pensiero regionalizzata e del federalismo della informazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*.
- VALASTRO A. (2003), *Il futuro dei diritti fondamentali in materia di comunicazione dopo la riforma del Titolo V*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, Cedam, p. 860 ss.
- ZACCARIA R. (2002), *Scacco matto alla Rai in tre semplici mosse*, in *La Repubblica*, 21 settembre.