

Marco Ragusa

RETI E SERVIZI DI PUBBLICA UTILITÀ: IL CASO DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE

PARTE PRIMA: FISIONOMIA (APPROSSIMATIVA) DEL PROBLEMA. 1. Introduzione; 2. Le reti come beni pubblici; 3. Accesso, interconnessione ed interesse pubblico; 4. Ipotesi numero due. La rete come risorsa essenziale, *l'essential facility doctrine*. **PARTE SECONDA: LE RETI DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE.** 1. Quadro di sintesi e profili evolutivi; 2. La *ratio* della disciplina comune. Interoperabilità, neutralità tecnologica e mire della regolazione; 3. Accesso e interconnessione nella fase di avvio della concorrenza; 4. Accesso e interconnessione nella fase attuale; 5. (Segue) L'imposizione degli obblighi; 6. Il versante del diritto italiano. **Conclusioni.**

PARTE PRIMA: FISIONOMIA (APPROSSIMATIVA) DEL PROBLEMA

1. Introduzione

Il tema delle reti costituisce, per il diritto amministrativo, un oggetto di riflessione di nascita molto recente ma, da subito, si impone alla scienza con la complessità e la severità proprie più di un tema classico che di un tema alla moda.

Sempre maggiore, peraltro, è l'attenzione che ad esso la dottrina va dedicando, riconoscendovi molteplici profili di interesse non riconducibili, con immediatezza, ad un definito campo delle partizioni tradizionali della sua scienza¹. Vi è, anzi, da più parti, una certa consapevolezza della trasversalità dell'argomento: se non altro per il fatto che, in fondo, la sua stessa collocazione sistematica all'interno del diritto amministrativo pare messa in discussione dall'importanza che ad esso

¹ Tra le opere di recente licenziate, sul tema dei servizi a rete, dalla dottrina, si segnalano E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Milano 2000; A. PREDIERI - M. MORISI (a cura di), *L'Europa delle reti*, Torino 2001; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; nonché il numero monografico (1/2005) della rivista *Servizi Pubblici e Appalti*, che raccoglie i contributi di AA.VV. intervenuti al Seminario, organizzato dall'Università di Roma Tre, sul tema de *Le reti europee* il 27 settembre 2004. L'argomento è stato uno tra i centrali problemi affrontati in occasione del convegno organizzato dall'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo nell'anno 2003, tenutosi presso L'Università degli Studi di Firenze e intitolato *Titolarietà pubblica e regolazione dei beni* (AIPDA, *Annuario 2003*). Dal 2002, presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali – Guido Carli, è nato il Laboratorio sui Servizi a Rete (LSR).

viene attribuita, ad un tempo, dal diritto privato (e dal diritto dell'impresa in particolare)².

V'è di più. L'approccio giuridico al problema non può prescindere dall'esperienza offerta dal bagaglio culturale delle scienze economiche, non solo nell'opera di interpretazione del senso e delle *rationes* di gran parte delle norme di riferimento, ma anche nella riflessione sul proprio metodo, nella rivisitazione di concetti tradizionali, di cui viene sottoposta all'*experimentum crucis* l'attualità, anche mediante l'accostamento ad omologhi nati e sviluppatisi all'interno del prossimo sistema scientifico³.

Ma, prima di tutto: cosa è una rete?

La questione è già grave, perché la risposta non può essere fornita prendendo le mosse dal piano del reale. L'entità che i legislatori comunitario e nazionale definiscono "rete", nei vari settori di disciplina in cui il termine assume rilevanza, può essere materiale, individuabile con unitario criterio naturalistico, o astratta, un complesso di beni ed utilità ridotti ad unità per l'afferenza ad una comune attività, struttura, funzione⁴.

Ed anche ove di rete si possa parlare facendo riferimento ad un dato materiale della realtà, l'oggetto del discorso rimane, pur sempre ed esclusivamente, una astrazione giuridica.

Non è recente, infatti, l'attenzione del legislatore per la disciplina delle linee telefoniche, delle strade ferrate o dei cavi elettrici; lo è invece l'uso della locuzione "rete", ed il suo conseguente fungere da collante tra i settori in cui assume rilevanza⁵.

² Il mutamento di prospettiva imposto dalla nozione di rete è evidenziato da G. CORSO, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in AIPDA, *Annuario 2003*, cit., pp. 29 e ss. e B. TONOLETTI, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, *ibid.* pp. 333 e ss..

³ Cfr. D. VELO, *Diritto ed economia alla prova dell'oggettivazione*, in *Servizi Pubblici e Appalti*, 1/2005, pp. 132 e ss..

⁴ Emblematica la definizione di rete postale dettata dall'art. 1, c. 2 lett. b), del d. lgs. n. 261 del 22.7.1999 di attuazione della direttiva 97/67/CE. Sul punto v. G. CORSO, *Esiste una rete postale europea?*, in *Servizi Pubblici e Appalti*, 1/2005, pp. 29 e s..

⁵ Cfr. E. CARDI, *La nozione di rete*, in *Servizi pubblici e appalti*, 1/2005, pp. 13 e ss..

È, allora, nella corretta comprensione dell'evoluzione della realtà nota verso una nuova forma giuridica che, probabilmente, possono rinvenirsi i dati di partenza per la costruzione di un metodo all'analisi che si introduce.

Le reti divengono oggetto di attenzione della legislazione comunitaria all'indomani della trasformazione dei settori noti all'esperienza italiana, per tradizione, come servizi pubblici a carattere economico⁶: alla rivoluzione del quadro di regole e principi fondamentali disciplinanti, fino a quasi un quindicennio fa, l'erogazione di servizi come energia elettrica, gas, telecomunicazioni, poste e trasporto ferroviario, fa da *pendant* l'introduzione di un complesso di norme volto a rendere effettivi i principi di nuova nascita, anche mediante la disciplina dei rapporti giuridici aventi ad oggetto le infrastrutture – fisiche o immateriali – strumentali all'erogazione di quei servizi o che di queste presuppongono l'esistenza.

Anteriormente a questo momento, la relazione di perfetta corrispondenza tra servizio pubblico, natura pubblica del soggetto erogatore e struttura monopolistica del relativo mercato, risolveva il problema delle infrastrutture strumentali all'erogazione del servizio all'interno della più ampia tematica dei beni pubblici, trovando il cardine della disciplina di riferimento nel modello di cui agli artt. 822 e ss. Cod. civ..

Nella tradizione giuridica del diritto italiano, nata in costanza della titolarità pubblica delle strutture e delle attività funzionali all'erogazione dei servizi pubblici economici, il potere dominicale che lega il servizio pubblico-ente ai beni di cui questi si avvale nello svolgimento della propria attività è insomma, a sua volta, connotato di pubblicità.

Il Codice, oltre a qualificare in via diretta come beni demaniali determinate categorie di *res* o di universalità di beni appartenenti allo Stato e contraddistinte

⁶ G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi*, 1/2000, pp. 7 e ss.; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Diritto Pubblico*, 1999, pp. 371 e ss.; B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione*, Milano, 1998, pp. 283 e ss.; N. RANGONE, *op. cit.*. Sulle nozioni tradizionali di servizio pubblico cfr. U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1990, *ad vocem.*

dall'essere strumentali all'erogazione di servizi pubblici (è il caso delle linee ferrate o degli aerodromi menzionati dal c. II dell'art. 822, rientranti nel c.d. demanio eventuale dello Stato), dispone che appartiene al patrimonio indisponibile dello Stato o degli enti territoriali minori qualsiasi bene che sia destinato, dal primo o dai secondi, ad un pubblico servizio (art. 826 c. III); al medesimo regime dei beni patrimoniali indisponibili, inoltre, sono soggetti i beni (destinati a pubblico servizio ma) appartenenti ad un ente pubblico non territoriale (art. 830 c. II).

Concorde nel ritenere orientativa e dogmaticamente poco stabile la partizione operata dal Codice civile, la dottrina ha nel tempo ricostruito sistematiche dei beni pubblici alternative e, per la gran parte, orientate a dimostrare, sotto più profili, l'esistenza di un regime trasversale comune ai beni demaniali e ai patrimoniali indisponibili, anche attraverso la ricostruzione dei frammentari regimi speciali dettati per singoli beni⁷.

Le conseguenze giuridiche dell'afferenza del bene ad una delle categorie delineate sono identificabili essenzialmente, ad ogni modo, con la limitazione delle facoltà di godimento e disposizione del titolare dei beni stessi e con la sottrazione di questi ultimi all'ambito della garanzia generica per le obbligazioni da quello assunte (oltre che con le speciali potestà di tutela in via amministrativa attribuite a quest'ultimo)⁸.

⁷ La tesi dei "beni di interesse pubblico" è quella sostenuta da A. M. SANDULLI, *Beni pubblici*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1959, *ad vocem*; riconduce i beni pubblici al denominatore comune della destinazione pubblica (e ne distingue *species* e regimi in base al criterio dell'uso) S. CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, 1962; M. S. GIANNINI, (*Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, pp. 80 e ss. e *I beni pubblici*, Roma, 1963) distingue invece tra proprietà pubblica "collettiva" e proprietà pubblica "individuale". Secondo S. CASSESE (*I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969), il collante concettuale tra le categorie codicistiche sarebbe costituito dalla nozione di "riserva", *id est* dalla negazione della legittimazione dei privati alla titolarità del diritto di proprietà su detti beni.

⁸ La correttezza della formulazione di tale assunto presuppone, naturalmente, la preliminare adesione alla tesi che vuole la proprietà pubblica essere una specie del genere "proprietà". In questo senso V. CERULLI IRELLI, *Beni pubblici in Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1987, *ad vocem*; S. CASSESE, *op. cit.*, pp. 257 e ss.; M. S. GIANNINI, *opp. cit.*, *passim*. Per la tesi contraria cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, *ad vocem* e, da ultimo, Id., *Proprietà dovere dei beni in titolarità pubblica*, in AIPDA, *Annuario 2003*, cit., pp. 61 e ss..

Sul piano effettuale, infatti, le categorie dell'*incommerciabilità* e del *vincolo di destinazione* (rispettivamente, a lettera del Codice civile, qualificanti il regime della prima e della seconda classe di beni) sono sostanzialmente produttive di regimi fungibili⁹.

I beni destinati a pubblico servizio, ricondotti a *species* del *genus* “beni a destinazione pubblica” dall'autorevole dogmatica che sostituisce alla partizione codicistica quella tra beni *riservati* e beni che si pongano in relazione di inerenza con un pubblico interesse, sono quindi, nel sistema del Codice civile, tanto incommerciabili quanto vincolati allo scopo cui vengono asserviti dall'ente proprietario¹⁰.

Quando, all'inizio degli anni '90, prende avvio la privatizzazione dei principali enti ed aziende statali – determinata in primo luogo da obiettivi di risanamento della finanza pubblica – questo lineare schema entra in crisi. Che natura riconoscere ai beni che, già pubblici, costituiscono ora il patrimonio di società commerciali?¹¹.

2. Le reti come beni pubblici.

Un primo approccio ricostruttivo della recente e complessa disciplina dettata in materia di reti prende le mosse proprio dalla dichiarata necessità di attribuire un significato al silenzio mostrato dal Codice civile in relazione a beni destinati ad un *servizio pubblico*, ma appartenenti ad un soggetto privato.

Tale indirizzo vede nella distinzione tra privatizzazioni *formali* e privatizzazioni *sostanziali* la chiave di lettura che consente di affermare la permanenza, nell'odierno sistema, dei vincoli che nel modello ormai abbandonato derivavano

⁹ V. CERULLI IRELLI, *Beni pubblici*, cit., pp. 290 e ss..

¹⁰ Per meglio dire, l'incommerciabilità diviene, in quest'ottica, una conseguenza necessaria del vincolo di destinazione: poiché il bene – assunto a strumento di perseguimento dell'interesse pubblico istituzionalmente affidato al suo proprietario (il pubblico servizio) – non può essere distolto dalla destinazione, la validità di ogni atto di disposizione dell'ente verrebbe a dipendere dalla cessazione della stessa funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico. Presupporrebbe, cioè, la consumata cessazione della sua pubblicità V. CERULLI IRELLI, *Beni pubblici*, cit., p. 292.

¹¹ Sul punto si veda ampiamente M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano 2004, pp. 109 e ss. e *Id.*, *Beni “pubblici” degli enti “privatizzati”*, in Associazione italiana dei Professori di Diritto amministrativo, *Annuario 2003*, Milano 2004, pp. 295 e ss..

al titolare (nell'uso e nella disposizione del bene) dal suo essere un soggetto pubblico e, conseguentemente, dal formale riconoscimento legislativo di pubblicità al bene stesso¹².

Si sostiene infatti che la distinzione, nata dall'interpretazione della normativa che, per fasi, ha disposto la trasformazione dei maggiori enti pubblici economici, possa essere mutuata nell'ambito della teoria dei beni pubblici.

Come le società derivate dalla trasformazione dei principali enti pubblici economici – ma di cui lo Stato sia azionista – sono carenti del solo profilo soggettivo-formale di pubblicità, restando pertanto assoggettate alla disciplina sostanziale già applicabile agli enti trasformati¹³, allo stesso modo sarebbe solamente formale la privatizzazione dei beni pubblici introdotta dalla legislazione degli ultimi anni e, in primo luogo, quella dei beni già appartenenti agli enti pubblici trasformati.

La tesi mira, da un lato, a dimostrare che la dismissione dei beni pubblici in favore di soggetti privati non equivale alla mera riconduzione dei diritti su di essi all'ambito della disciplina comune della proprietà; dall'altro, assume la

¹² M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano 2004, pp. 109 e ss. e *Id.*, *Beni "pubblici" degli enti "privatizzati"*, in Associazione italiana dei Professori di Diritto amministrativo, *Annuario 2003*, Milano 2004, pp. 295 e ss..

¹³ Sui c.d. enti pubblici a struttura di società per azioni e, più in generale, sui metodi di approccio pubblicistico al fenomeno delle privatizzazioni cfr. G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.A. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici e aziende pubbliche statali*, Torino, 1997; G. GRUNER, *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, pp. 701 e ss. e (Parte Seconda) *ibidem*, 1/2005, pp. 149 e ss. Si veda, altresì, il numero monografico (2/2006) della rivista *Servizi pubblici e appalti*, che raccoglie i contributi di AA.VV. intervenuti al Seminario, organizzato dall'Università di Roma Tre, sul tema de *Le società di proprietà pubblica. Controlli e responsabilità* e F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *Servizi pubblici e appalti*, 1/06, pp. 27 e ss.. La tesi della sostanziale pubblicità delle società pubblicamente partecipate viene talvolta ancorata alla sentenza della Corte Costituzionale n. 466 del 28 dicembre 1993 (la cui parte dispositiva si limita a riconoscere, per vero, la titolarità del controllo sulla gestione finanziaria dell'Iri, dell'Eni, dell'Ina e dell'Enel in capo alla Corte dei Conti, "fino a quando permanga una partecipazione esclusiva o maggioritaria dello Stato al capitale azionario di tali società") ed è avallata dal recente indirizzo seguito dal Consiglio di Stato, anche mediante l'elaborazione di dubbie interferenze tra la nozione di ente pubblico e quella di organismo di diritto pubblico (*ex plurimis* cfr. C.d.S., Sez. IV, 17 Settembre 2001 n. 4711). L'esistenza di una "doppia natura di "impresa pubblica" e di "soggetto privato che si svolge di diritti speciali o esclusivi" è la conclusione raggiunta, da ultimo, dall'Adunanza Plenaria (23 luglio 2004, n. 9) per le società del Gruppo F.S.. La tesi contraria alla qualificazione pubblicistica delle società in mano pubblica è invece propria della giurisprudenza più risalente ed è efficacemente dimostrata da G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2004, pp. 83 e ss..

persistenza di tratti di specialità all'interno del paradigma codicistico dell'indistraibilità dallo scopo (la "destinazione pubblica").

Non può certo affermarsi che l'omessa contemplazione di ipotesi di destinazione a servizio pubblico di un'attività privata (e dunque dei beni di cui questa si avvale) sia indice chiaro di alcuna scelta escludente del legislatore del 1942: all'epoca dell'approvazione del codice civile, questa sarebbe stata una contraddizione in termini, poiché la stessa idea di pubblicità in senso oggettivo del servizio pubblico era ben lontana dal trovare accoglimento, tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza¹⁴.

Da qui la conclusione che dalla teoria illustrata deriva: che cioè sia avvenuto, o sia in corso, un processo di *oggettivazione* del concetto di pubblicità dei beni, il quale prescinde dalla riserva di proprietà o dall'assetto dominicale che, in diritto o di fatto, interessino i beni medesimi.

Conforme ad un generale *trend* evolutivo dell'ordinamento, l'oggettivazione della categoria dei beni pubblici consentirebbe la riconduzione a sistema del nuovo diritto speciale dei beni "privatizzati"¹⁵: la categoria ritroverebbe uniformità, infatti, all'interno dell'assorbente carattere di destinazione pubblica (e comunanza di regime nell'inviolabilità di quel carattere).

Il fenomeno della privatizzazione degli enti e dei beni destinati a un pubblico servizio viene letto, in quest'ottica, insieme alla coeva tendenza della legislazione più recente, volta alla dismissione di beni da parte dello Stato¹⁶: vicenda di portata assai più ampia di quella in esame, all'interno della quale, tuttavia, quest'ultima è assunta a modello di riferimento sistematico¹⁷.

La destinazione pubblicistica è rilevata, dalla dottrina che vede una nuova pubblicità 'oggettivizzata' delle reti, anche dagli obblighi di varia natura che le

¹⁴ L'elaborazione della c.d. teoria oggettiva del pubblico servizio è dovuta, com'è noto a U. POTOTSCHNIG, op. cit., *passim*.

¹⁵ M. RENNA, *La regolazione*, cit. pp. 255 e ss.; con angolature differenti – e più direttamente riferite alla problematica di cui al titolo, cfr. anche G. NAPOLITANO, *La Patrimonio dello Stato S.p.A.*, in AIPDA, *Annuario 2003*, cit., pp. 251 e ss..

¹⁶ Sul tema si rinvia (oltre che alla già citata e accurata analisi di M. RENNA, op. ult. cit., pp. 153 e ss. e, diffusamente, ai contributi presenti in AIPDA, *Annuario 2003*, cit.) a D. SORACE, *Cartolarizzazione e regime dei beni pubblici*, in *Aedon*, 1/2003.

¹⁷ M. RENNA, *La regolazione*, cit., *passim*, segn. pp. 255 e ss..

direttive comunitarie in materia di liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale dispongono a carico dei titolari di infrastrutture essenziali, obblighi che si concretano in una limitazione del potere di fruizione del bene e, nella gran parte dei casi, nell'attribuzione di una correlativa posizione giuridica di vantaggio alle imprese che intendano operare in quel settore. In sintesi, obblighi di *accesso* o di *interconnessione*.

3. Accesso, interconnessione ed interesse pubblico

Il termine "accesso" designa il fenomeno della fruizione, da parte di chi intenda esercitare un'attività economica in un determinato mercato (o in una sua frazione), di una rete, appartenente a diverso proprietario ma indispensabile al fine della realizzazione dell'iniziativa economica. La valenza semantica della locuzione è dunque duplice: con essa si fa riferimento tanto alla fisica ammissione alla fruizione di una risorsa, quanto al fatto che tale fruizione rappresenta la *condicio sine qua non* per partecipare al gioco della concorrenza su un mercato.¹⁸

Con il termine "interconnessione" si fa riferimento, invece, alla operazione di collegamento tra due mercati di servizi, mediante la giunzione (fisica o funzionale) operata tra le reti appartenenti a due diversi operatori. L'interconnessione comporta, dunque, un accesso reciproco (*two ways access*).

Essa è peraltro, nella generalità dei casi, una ipotesi particolare di accesso (in senso sostanziale), in quanto, dei due imprenditori tra cui si realizza, uno opera già su ciascuno dei mercati che, con l'interconnessione, vengono congiunti.

In entrambi i casi ha luogo un fenomeno in cui il proprietario di una infrastruttura concede a terzi l'uso della stessa perché questi ne fruiscano a scopo di profitto.

La legislazione di matrice comunitaria, che riconosce la libertà delle imprese di stipulare accordi aventi ad oggetto la concessione di diritti di accesso o di interconnessione, contempla altresì ipotesi in cui lo stesso effetto può essere imposto dalle Autorità amministrative di regolazione: mediante l'esercizio di un potere edittale volto a stabilire, *ex ante*, quali operatori (ed in quali ipotesi) siano

¹⁸ Sul riferimento dell'accesso alla rete ("in senso stretto") alla libertà economica di accedere al mercato cfr. M. CONTICELLI, *I diritti di accesso e di interconnessione nella nuova disciplina dei pubblici servizi a rete*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2/2001, p. 373.

soggetti ad obblighi a contrarre, o a sanzionare *ex post* l'illegittimo rifiuto opposto alla richiesta (di accesso o di interconnessione) di un concorrente.

Sarebbe, come anticipato, proprio la passibilità di siffatti obblighi da parte del proprietario a dimostrare la limitatezza dei suoi poteri dominicali e, conseguentemente, la permanenza per le reti, nell'età attuale, di un regime speciale assimilabile a quello dettato dal Codice civile, già proprio del bene (soggettivamente) pubblico destinato a pubblico servizio.

Ebbene, la necessità che l'accesso alla rete o l'interconnessione vengano realizzati mediante l'imposizione di obblighi al titolare ha un triplice fondamento.

Il primo è che il soggetto proprietario non abbia né come proprio fine, né come strumento essenziale al suo perseguimento, quello di consentire ad altri l'uso dell'infrastruttura; il secondo è che, in assenza dell'obbligo, il titolare della rete possa (e, di fatto, abbia spesso interesse a) negare l'accesso a chi lo richiede; il terzo è che l'attività prestata da entrambi i soggetti abbia ad oggetto (come presupposto, strumento o scopo) la rete e la rete stessa come potenziale elemento di conflitto.

L'affermazione secondo cui il soggetto *può*, in assenza d'obblighi, disporre della rete come meglio crede deve, peraltro, essere subito affiancata da un rilievo di ordine positivo: il titolare della rete, in assenza di obblighi, *dispone* della rete come meglio crede, al fine di perseguire il proprio interesse individuale.

Se, infatti, la disciplina comunitaria in materia di accesso e interconnessione presuppone che l'*incumbent* possa operare, *sic et simpliciter*, come un'impresa, i provvedimenti di privatizzazione (e gli statuti delle società trasformate) non recano, dal canto loro, segno di compiti ulteriori che i nuovi soggetti privati debbano istituzionalmente perseguire, rispetto a quelli rientranti nel comune oggetto di un'attività d'impresa.

Una prima precisazione è dunque necessaria: sostenere che il bene *rete* sia permanentemente soggetto ad un vincolo di destinazione *oggettivamente pubblicistico* comporta sì, sul piano formale, una dissociazione tra natura (pubblica) del bene e natura (privata) del titolare; ma, su quello sostanziale e

funzionale, l'assunto comporta anche la dissociazione tra la destinazione pubblica del bene e lo scopo perseguito dall'attività del proprietario.

Se, insomma, la disciplina codicistica dell'indistraibilità dallo scopo, mediante il vincolo del bene, mira ad assicurare una maggiore protezione alla funzione che contraddistingue l'attribuzione di competenza dell'ente o dell'organo amministrativo titolare, la nuova ricostruzione prescinde da questo intento.

Per converso (e conseguentemente), se nel vecchio sistema il pubblico interesse cui la disciplina del bene era asservita poteva, di volta in volta, essere individuato tra le stesse attribuzioni del soggetto titolare, oggi è indispensabile innanzitutto scovare *aliunde* un interesse pubblico di riferimento per verificare, successivamente, se possa essere riferito alla rete un carattere di necessaria e stabile destinazione a quel fine, protetto mediante l'insieme degli obblighi imposti al suo gestore.

Pare, così, che la nostra analisi, riorientata nei fini, torni a complicarsi sul versante degli elementi di indagine.

Quelli in materia di accesso e interconnessione, infatti, non sono che una parte degli obblighi che, in via diretta o indiretta, gravano sulla gestione della rete. Può dirsi, anzi, che la corretta comprensione del sistema di questi obblighi passa necessariamente anche attraverso l'analisi di quelli che interessano in via diretta l'attività di prestazione del servizio, non quella di gestione della rete.

Proviamo, allora, a definire e distinguere le classi generali di tali vincoli per verificare se esse siano accomunate da una medesima *ratio iuris*.

Tra le norme dettate dal legislatore comunitario – e recepite dal diritto interno – spiccano quelle il cui scopo primario è stabilire il regime di accesso delle imprese al mercato della prestazione di alcuni tra i più importanti servizi a rete nazionale: non solo attraverso il riconoscimento della libertà di iniziativa economica, ma mediante l'attribuzione di posizioni giuridiche strumentali alla sua realizzazione.

Allo stesso tempo, la Comunità ha però avvertito la necessità di tenere in considerazione la rilevanza politica che, tradizionalmente, viene attribuita da molti ordinamenti nazionali alle prestazioni ora offerte sui mercati in via di liberalizzazione: in quest'ottica ha, innanzitutto, imposto agli Stati membri di

assicurare che un insieme minimo predeterminato dei servizi in parola, caratterizzato da un livello certo di qualità, sia offerto, ad un prezzo abbordabile, con diffusione capillare su tutto il territorio nazionale.

Il *servizio universale* – che raccoglie in sé caratteri del tradizionale servizio pubblico noto a paesi quali l'Italia, la Francia o la Spagna, e principi di giustizia sociale propri del modello europeo di mercato – è, insomma, il baluardo di un differente *accesso*, quello dell'utenza alle prestazioni essenziali, ed è connotato da un'indole adattiva: “[esso] dovrebbe evolvere ai fini di rispecchiare il progresso tecnologico, l'evoluzione del mercato e della domanda degli utenti¹⁹”.

Anche l'interesse pubblico alla qualità ed alla fruibilità generale del servizio, appunto, interessa talvolta (e in via diretta) la gestione della rete, necessariamente presupposta da quella del servizio. Ciò anche nei settori in cui vige un principio di rigida separazione tra rete e servizio.

Nella conformazione giuridica del regime delle reti, in altri termini, *economic regulation* e *social regulation* si giustappongono, bilanciano e, a volte, si intrecciano in un nodo inestricabile.

Per definire l'interesse pubblico cui le reti sarebbero stabilmente destinate, è dunque necessario tenere in considerazione l'intero complesso dei fini cui la legge orienta l'attività di regolazione.

Un primo, generalissimo metodo che consente di ricondurre ad un alveo comune tanto le funzioni di regolazione strumentali alla promozione della concorrenza, quanto quelle protese alla garanzia del servizio pubblico, proviene dall'analisi economica: le une e le altre, infatti, sono forme di intervento dell'Ordinamento volte a rimediare ad insufficienze di un mercato imperfetto, vale a dire ad ipotesi in cui la libertà di iniziativa economica non è, di per sé, sufficiente a realizzare un'efficienza allocativa (economicamente o politicamente) soddisfacente.²⁰

¹⁹ È un concetto spesso sottolineato nei provvedimenti normativi e negli atti di indirizzo: per la formulazione richiamata nel testo si veda il 1° *considerando* della Direttiva 02/22/CE del 7/3/2002.

²⁰ J. E. STIGLITZ, *Economia del settore pubblico*, Milano, 2003, pp. 56 e ss. e 187 e ss.; dello stesso Autore *Il ruolo economico dello Stato*, Bologna, 1992, pp. 56 e ss..

Da un lato, infatti, i settori considerati si caratterizzano, sul piano economico, per una strutturale insufficienza del livello di concorrenza: gran parte di essi sono ancora qualificabili come monopoli naturali, caratterizzati da rendimenti crescenti tanto alti da richiedere la presenza sul mercato di una sola impresa. Tale carattere deriva ai settori di pubblica utilità proprio dal fatto che l'erogazione degli stessi presuppone una struttura – la rete – la cui duplicazione, seppure concretamente praticabile, si tradurrebbe, in molti casi, in una scelta economicamente inefficiente.

D'altro canto, come anticipato, i servizi di pubblica utilità, la cui erogazione è stata assunta dallo Stato dalla prima metà del XX secolo, sono interessati da valutazioni di equità distributiva che ne condizionano la produzione sul piano della quantità e del prezzo.

Le notazioni che precedono sono forse idonee a spiegare in modo nitido e diretto l'assetto che i servizi pubblici a rete avevano in Italia anteriormente all'impatto comunitario: lo Stato riservava a sé il monopolio naturale presupposto dall'attività di pubblico servizio in quanto quell'attività non avrebbe potuto essere svolta da un privato, se non a costo del pregiudizio dell'utenza.

Ma la reazione ai *market failures* che propone il nuovo quadro di disciplina è più articolata e variabile.

In primo luogo, infatti, si è ritenuto di potere creare la concorrenza, in via amministrativa, in settori economici che, tendenzialmente, non l'ammettono per propria natura.

Si è affermato così, com'è noto, il principio di separazione tra rete e servizio: poiché, nella gran parte dei casi, titolare della rete è la stessa società per azioni risultata dalla trasformazione di un ente pubblico – la quale, come l'ex monopolista, della rete si avvale per l'erogazione del servizio – si è imposto agli Stati di procedere alla distinzione tra il mercato del servizio e il mercato dell'accesso alla rete. Sul primo (mercato a valle) la società per azioni derivata dalla trasformazione, indipendentemente dallo stadio 'formale' o 'sostanziale' della sua privatizzazione, deve tendenzialmente agire a parità d'armi con i nuovi

concorrenti. La gestione della rete viene, infatti, ispirata ai principi di parità di trattamento e non discriminazione.

Tanto nei casi in cui il legislatore ha imposto di scindere sul piano della soggettività giuridica il gestore della rete e l'erogatore del servizio, quanto nel caso in cui si è limitato a imporre obblighi inerenti alla separazione (contabile) delle attività, si è, quindi, ritagliata una *fictio iuris* di distinzione su un mercato (spontaneamente) unitario.

Dall'altro lato, con il concetto di servizio universale, si è sì introdotto un criterio cardine, e nei tratti di massima uniforme, per definire in modo chiaro l'ampiezza della maglia rappresentata, nel diritto della concorrenza, dall'art. 86 par. 2 del Trattato di Roma, ma si è anche dato crisma ufficiale (ed equiordinato alle esigenze della concorrenza) alla necessità di soddisfazione di interessi la cui cura è 'imposta' all'attività economica privata, se da essa non è spontaneamente soddisfatta.

Il concetto ha, cioè, lo scopo di definire un livello di efficacia da assicurare ai consumatori finali, indipendentemente da quello che, sul piano dell'efficienza, abbia raggiunto il mercato²¹.

4. Ipotesi numero due. La rete come risorsa essenziale, l'*essential facility doctrine*

A quanti interessi pubblici è, dunque, destinata una rete? Esercitano, questi interessi, una unitaria e indefettibile *vis adtractiva* rispetto ad essa, tanto forte da poter essere ritenuta uno stabile vincolo di destinazione a carattere pubblicistico?

O non sono invece, (almeno alcuni di) questi interessi, quei rissosi déi che, a forza, le riforme degli anni '90 hanno iniziato a cacciar via dall'Olimpo di uno Stato sociale ormai malato²²?

²¹ La parità di trattamento dell'utenza e la cessione del servizio a un prezzo pubblico (o politico), valori esasperati dall'esperienza storica che ha visto l'attività di servizio pubblico soggetta a principi in tutto simili a quelli dell'attività amministrativa tradizionale, hanno innescato il processo di inclusione proprio dello stato del benessere anche con riferimento a questo tipo di prestazioni, processo che non è possibile disinnescare con la semplice restituzione alla concorrenza del settore economico. Cfr. T. H. MARSHALL, *Class, Citizenship and Social Development*, New York, 1964; N. LUHMANN, *Teoria politica nello Stato del Benessere*, Milano, 1983, pp. 58 e ss..

L'aver ipotizzato un'identità di fini tra vecchia titolarità e nuova regolazione suscita, in effetti, un sospetto non peregrino: l'interesse pubblico che abbiamo assunto essere identico, nell'ottica della vecchia proprietà pubblica e della nuova regolazione, definisce nitidamente solo l'obiettivo ultimo a cui le regole codicistiche, da un lato, e l'odierno paradigma normativo dell'azione regolativa, dall'altro, tendono: un obiettivo dai tratti tanto generali (e sfumati) da identificare, in un'ottica di largo raggio, il fine ultimo dell'attività amministrativa nel suo complesso²³.

Tuttavia, mentre la destinazione pubblica dei beni in proprietà pubblica presuppone la dogmatica coincidenza tra questo fine e la qualificazione giuridica dell'attività svolta per mezzo di quei beni – qualificazione omogenea, stabile (e di carattere pubblicistico) – le limitazioni introdotte dalla recente legislazione ai poteri del titolare d'infrastruttura sembrano, al contrario, indice della vigenza di un assioma quasi opposto: come ampiamente risulterà dall'analisi del settore delle comunicazioni elettroniche, esse sono tutte soggette ad un rigido canone di proporzionalità, rispetto al quale la stabilità della destinazione della rete rappresenterebbe, ove tradotta in un regime tipico e costante dell'uso e della fruizione, un ostacolo alla cura degli interessi tutelati.

Vale a dire che, nella rilevazione della comunanza dei fini propri del sistema della riserva e di quello della regolazione di un mercato concorrenziale, il regime della destinazione pubblica necessaria pare piuttosto un *metodo*: un metodo dismesso al pari del dogma della coincidenza tra servizio pubblico ed ente pubblico o tra servizio pubblico ed attività di natura pubblicistica.

E ci è stato già insegnato che il problema della pretesa destinazione pubblica del bene può ben rimanere, senza danni, irrisolto: gli obblighi imposti dalla disciplina di liberalizzazione e che appaiono, rispetto al regime comune della proprietà, un

²² L'allegoria è quella di G. CORSO, *Le prestazioni pubbliche in Giannini*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 4/2000, 1073 e ss., a sua volta riferita a quella di M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'Economia*, Bologna 1995, pp. 11 e ss..

²³ Per la possibilità di ricostruire l'intera attività amministrativa in termini di attività sussidiaria a *market failures* v. G. CORSO, *L'attività amministrativa e il mercato*, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi*. Per il modello dell'approccio, fornito dalle scienze economiche, v. in particolare J. F. STIGLITZ, *Economia del Settore Pubblico*, Milano 2003, segn. pp. 56 e ss. e 113 e ss.; *Id.*, *Il ruolo economico dello Stato*, Bologna 1989, pp. 57 e ss..

elemento esorbitante, trovano ordine sistematico all'interno del diritto comune della concorrenza e dei suoi presupposti teorici. Ivi senza l'onere d'esser qualificati, in senso stretto, esorbitanti²⁴.

Quanto più si ritenga l'idea di mercato un'idea adiacente a quello che è il suo ordine giuridico, tanto più tale impostazione appare corretta²⁵.

È noto che la previsione normativa di obblighi di accesso e interconnessione ripropone, nell'ordinamento europeo, una tecnica di origine statunitense che, nel diritto *antitrust*, individua e risolve un'ipotesi di conflitto tra libertà di iniziativa economica (sotto l'aspetto della titolarità e della gestione delle risorse) e concorrenza efficiente.

L'*essential facilities doctrine* (EFD) è quella teoria che ammette la limitazione del potere di mercato che ad un operatore economico deriva dall'essere titolare di una risorsa scarsa, in favore di altri imprenditori operanti nel medesimo settore o, comunque, esercenti un'attività economica connessa e bisognosa di quel bene (o servizio) per la propria realizzazione.

Provando a raccogliere in una definizione il ceppo comune delle diverse formulazioni della dottrina che la letteratura riporta²⁶, può dirsi che ogni qualvolta un soggetto disponga di una risorsa economica di cui sia impossibile o antieconomica la duplicazione e alla cui fruizione un concorrente aspiri per accedere al mercato su cui opera il titolare della stessa (o su una sua frazione), l'uso della risorsa – se fisicamente ed economicamente realizzabile – può essere concesso anche contro la volontà del proprietario (o può essere a questi imposto a condizioni predeterminate e non negoziabili).

La disciplina dei rapporti giuridici intersoggettivi tra operatori economici, in altri termini, offre la chiave di lettura anche del sistema di obblighi che consente un uso comune della rete sul mercato, senza che questo rilievo debba tradursi

²⁴ G. CORSO, *I beni pubblici*, cit., pp. 42 e ss..

²⁵ Cfr. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma – Bari 2001; L'argomento ha costituito il tema di un noto dibattito interno alla dottrina italiana: AA. VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma – Bari 1999.

²⁶ Sul punto cfr. D. DURANTE, G. G. MOGLIA e A. NICITA, *La nozione di Essential Facility tra Regolazione e Antitrust. La costruzione di un test*, in <http://www.econ-pol.unisi.it/docenti/nicita.html>, 2000.

nell'individuazione di una 'pubblicità' del bene, derivante dalla sua destinazione ad uno scopo e implicante un regime di asservimento necessario allo stesso.

La rete è una risorsa essenziale, la cui negoziazione è regolata affinché non venga adibita, dal titolare, a strumento offensivo nei confronti dei concorrenti.

Se il parametro di intervento dei poteri regolatori della concorrenza ha una intensità inversamente proporzionale al grado di evoluzione competitiva del mercato, quanto più quest'ultimo si approssimi al modello di concorrenza perfetta, tanto più la disciplina regolatoria dovrebbe (almeno nelle intenzioni dichiarate del legislatore comunitario e di quello statale) recedere in favore di una più libera competizione²⁷.

Ove la legge impone al gestore della rete un obbligo di accesso, essa lo fa in un'ottica di valori a carattere relativo e non assoluto: l'obbligo è imposto perché la posizione dell'*incumbent* è (sotto il profilo concorrenziale) una posizione dominante potenzialmente idonea a degenerare in abusi pregiudizievoli per i concorrenti, non perché assume aprioristicamente la necessità che la rete venga destinata, indipendentemente dal regime proprietario, ad uno scopo di pubblico servizio.

Né varrebbe obiettare che il vincolo di destinazione corre tra il bene ed un rinnovato interesse pubblico, rappresentato dall'interesse alla concorrenza, o che, nel definire la destinazione a pubblico servizio del bene, è il mutamento della

²⁷ F.MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in AIPDA, *Annuario 2001*, Milano 2002, pp. 63 e ss.. L'idea della strumentalità alla fase di avvio di un processo di liberalizzazione è, in qualche modo, connaturata alle teorie della regolazione stessa e deriva dalla contraddizione tra i presupposti di esercizio delle funzioni amministrative ed il fine dell'intera attività: quello di creare un livello di concorrenza che, *ex se*, scongiuri la realizzabilità di disequilibri tali da richiedere ulteriori interventi regolatori. L'assunto è espressamente fatto proprio da numerose Direttive comunitarie ed enunciato – tra programma e cardine interpretativo – tra i relativi *Considerando*. Si veda, per la formulazione più incisiva, il Preambolo della Dir. 02/21/CE (Direttiva Accesso) in materia di comunicazioni elettroniche (Considerando 5 e ss.). Sul piano cogente, l'idea è resa dal parametro normativo di proporzionalità che guida l'intero corpo delle funzioni regolatorie. L'irrefluenza del livello concorrenziale sulla produzione e sulla qualità dei provvedimenti regolativi è, invece, sostenuta dalla c.d. teoria economica della regolazione, prodotto della scuola di *public choice*: v. J. M. BUCHANAN – G. TULLOCK, *The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy*, Ann Arbor, 1962 e, più specificamente, G. J. STIGLER, *The economic theory of regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2/1972, pp. 3 e ss..

fisionomia di tale scopo e non quello del regime d'asservimento reale ad imporre la revisione del vecchio sistema²⁸.

Sotto il primo profilo, infatti, è sufficiente osservare che le esigenze di riequilibrio delle posizioni dei concorrenti, com'è noto, non sono prerogativa del mercato dei servizi a rete e valgono, appunto, ad assoggettare ad uso altrui risorse di un'impresa ogni qualvolta l'uso esclusivo delle stesse possa essere d'ostacolo all'equilibrio tra gli operatori economici su un settore di mercato: ciò indipendentemente dal fatto che quest'ultimo rappresenti un settore di pubblica utilità²⁹.

L'essential facility doctrine, appunto, non è una teoria nata in ambito di *public utilities*, né ad esso esclusivamente si rivolge nelle applicazioni che riceve nel nostro ordinamento³⁰.

Ignorando tale rilievo si giungerebbe alla necessità di ampliare a dismisura la categoria dei beni – sia pure ‘oggettivamente’ – pubblici, dovendovi ricomprendere tutti quelli che, per esigenze di tutela della concorrenza, siano di volta in volta interessati da interventi in funzione *antitrust*.

La descrizione del fenomeno in termini intersoggettivi, invece, consente di ricondurre l'intero insieme dei poteri esercitati sulla rete alla clausola generale dell'obbligo a contrarre ed ai suoi presupposti di teoria economica³¹.

²⁸ Tale sarebbe la conseguenza del ritenere la rete un bene destinato all'uso collettivo degli operatori di mercato, come ipotizzato da M. RENNA, op. cit.. La dottrina che, con maggiore accuratezza, ha costruito un sistema interpretativo interamente incentrato sul concetto di destinazione pubblica sottolinea che la “destinazione all'uso pubblico [...] non può essere confusa con la destinazione a un pubblico servizio. Nel primo caso il bene assolve principalmente il compito di consentire un'utilizzazione diretta da parte della collettività, i cui membri possono goderne liberamente, di solito senza l'osservanza di alcuna modalità di tempo o di altro genere; nel secondo caso serve invece alla Pubblica Amministrazione, la quale ne usa per l'esercizio di una propria attività” (S. CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, 1962, p. 27). Al di là del rilievo inerente alla titolarità dell'uso, è evidente, nell'osservazione, la radicale differenza tra le accezioni di destinazione assunte nell'una e nell'altra categoria di beni. Nell'un caso l'interesse pubblico non è già quello che determina il regime di destinazione, ma quello curato dall'attività amministrativa che si avvale del bene; nell'altro l'interesse pubblico coincide con (e si risolve in) quella destinazione.

²⁹ Cfr. M. CONTICELLI, *I diritti di accesso e di interconnessione nella nuova disciplina dei pubblici servizi a rete*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2/2001, pp. 570 e ss..

³⁰ Si veda, ad esempio, la decisione dell'AGCM dell'8.10.1998, n. 23, sull'applicazione dell'EFD alla Rete Nazionale Interbancaria o, nella giurisprudenza comunitaria, Corte di Giustizia CE, 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG e Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*.

In relazione al secondo rilievo, abbiamo già osservato che, mentre nel sistema previgente l'interesse pubblico da tutelarsi innanzi alla fattispecie astratta (per il legislatore) o concreta (per l'amministrazione) si saldava al fine istituzionale di un soggetto pubblico, nel sistema attuale l'interesse pubblico tutelato dall'imposizione di obblighi di accesso od interconnessione risulta dalla mera composizione di confliggenti interessi privati, e coincide con l'equilibrio di questi; e poiché, al fine di equilibrare i rapporti tra gli interessi dei concorrenti, è sufficiente assumere un paradigma efficiente di disciplina delle relazioni obbligatorie che tra questi hanno luogo (o che *devono* aver luogo), l'attribuzione della qualità pubblica ad una *res*, come la rete, risulta superflua.

L'oggettivazione del diritto amministrativo non si realizza col passaggio da una relazione dominicale intercorrente tra un soggetto pubblico e una *res* alla qualificazione giuridica della *res* stessa: essa è, piuttosto, la sostituzione di un metodo statico (fondato sull'attribuzione di qualificazioni formali stabili alle cose, ai soggetti od alle attività) con un metodo dinamico. La disciplina dei rapporti tra privati, commisurata agli squilibri di forza fra loro, in funzione di un fine sovraindividuale che, pur non risolvendosi nei loro interessi, trova *cura concreta* nell'esclusiva tutela di questi ultimi.

La regolazione, per sua natura, deve poter disporre di strumenti flessibili, che consentano di incidere in modo efficace su ogni fattispecie di squilibrio che l'esperienza manifesti. Di modo che si rende indispensabile, ove ne ricorra la necessità, che anche l'uso dei beni (alla stregua di ogni altro oggetto dell'attività negoziale delle imprese) sia piegato alle esigenze della concorrenza (non ostacolandola o, talvolta, favorendola).

Potrebbe sostenersi, forse, che sia questa idoneità, questa potenziale attitudine ad essere sottratta al potere sovrano del suo proprietario a conferire, da sé sola, carattere di pubblicità (in termini di destinazione necessaria) alla rete.

³¹ Così G. CORSO, *I beni*, cit..

La qualificazione in termini pubblicistici, tuttavia, non spiegherebbe comunque gli obblighi che interessano l'attività di gestione, né sotto il profilo dei presupposti di imposizione, né sotto quello contenutistico³².

Se così è, non solo risulta negata la possibilità di ancorare alla qualificazione giuridica del bene il momento sistematico di riferimento per la nostra indagine, ma la stessa attività di gestione della rete sembra priva di autentici profili di specialità rispetto al diritto comune³³.

La verifica della posizione interpretativa rappresentata impone, naturalmente, una puntuale verifica di resistenza.

Il sistema delle comunicazioni elettroniche può costituirne un primo, ma interessante, banco di prova.

PARTE SECONDA: LE RETI DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE

1. Quadro di sintesi e profili evolutivi.

Tra i servizi a rete, quello in analisi presenta il più elevato grado di liberalizzazione o, sarebbe meglio dire, di concorrenza³⁴.

Tale assetto è principalmente conseguenza del progresso tecnologico che ha consentito, negli ultimi anni, un'esponentiale crescita, nel numero e nella qualità, delle possibilità della produzione e, contemporaneamente, la vorticoso caduta dei suoi costi.

La ragione del fenomeno è nota: il mercato delle comunicazioni è il meta-mercato dell'economia post-industriale, in cui ogni attività commerciale tende a proiettarsi nella dimensione comunicativa e ad acquisire in tale proiezione la propria identità.

³² G. CORSO, *I beni*, cit., p. 42.

³³ Tale è la lettura di sistema prospettata da F. MERUSI, *La nuova disciplina*, cit., che evidenzia l'incompatibilità concettuale tra le nozioni di regolazione e servizio pubblico, segn. pp. 72 e s. e 84 e s..

³⁴ Sull'equivocità della locuzione v. S. CASSESE, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, in F. BONELLI e S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999. p. 53 e ss..

L'era post-industriale (quella in cui, cioè, il numero degli addetti all'offerta di servizi è maggiore di quello degli addetti alla produzione di beni), determina la dissociazione tra il prodotto e la sua fisionomia commerciale³⁵: a tale processo di "dematerializzazione" è necessario che le informazioni scambiabili sul bene o servizio offerto siano quanto più capaci di circolare e siano idonee a rappresentarlo con sempre migliore definizione e dettaglio.

Il mercato dei servizi di comunicazione, insomma, è il collettore di ogni mercato che si proietti su un livello comunicativo *di rete*.³⁶

Ciò, verosimilmente, spiega l'enorme quantità di investimenti nella ricerca, nella progettazione e nella realizzazione di nuove tecnologie di comunicazione che ha reso contendibile, negli ultimi anni, un mercato tradizionalmente contraddistinto dai caratteri del monopolio naturale.

Ciascuno dei settori a cui si rivolge la recente disciplina in materia di comunicazioni elettroniche, infatti, fino a pochi anni or sono era contraddistinto dalla non praticabilità economica, prima ancora che dall'impossibilità giuridica, della duplicazione delle infrastrutture di rete, già realizzate a cura (e spese) dello Stato.

La seguente analisi guarda principalmente alla disciplina delle reti di telecomunicazioni, sub-settore delle comunicazioni elettroniche che, per maggior tempo, ha avuto un assetto monopolistico in forza di legge³⁷.

Il settore ha conosciuto, in una prima fase (di parziale liberalizzazione), una regolazione tutto sommato non dissimile da quella propria di altri servizi a rete: la normativa di settore ha, nel tempo, visto la coesistenza di attività liberalizzate e

³⁵ F. GALGANO, *Il contratto nella società post-industriale*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative. Congresso dei civilisti italiani*, Padova, 1991.

³⁶ Sulla più ampia accezione del concetto di economia "a rete" e sul suo valore nella comprensione della società contemporanea, il rinvio obbligato è a J. RIFKIN, *L'era dell'accesso*, Milano 2000, segn. Cap. II e III.

³⁷ La riserva era disposta, per i servizi di telecomunicazioni, dall'art. 1 del Codice postale (D. P. R. n. 156 del 29 marzo 1973), il cui comma secondo (aggiunto dall'art. 45 della Legge 14 aprile 1975, n. 103) prevedeva un regime autorizzatorio per l'esercizio di "impianti ripetitori privati di programmi sonori e televisivi esteri e nazionali" e di "impianti locali di diffusione sonora e televisiva via cavo". L'art. 183 del Codice postale rispecchiava la distinzione di cui all'art. 1 con riferimento all'installazione di impianti: l'attività era soggetta a regime concessorio per quelli di telecomunicazione, a regime autorizzatorio per gli altri.

riservate e, fin quando la riserva ha interessato l'attività di fornitura di reti, lo strumento principe per promuovere la concorrenza è stato il diritto di accesso alle infrastrutture stesse³⁸.

Il primo passo di evoluzione del settore rimonta alla fine degli anni '80 ed è un simbolo del modo in cui le discipline delle reti delle telecomunicazioni sono state trasformate, nel corso degli ultimi anni, dagli interventi comunitari: tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90 prendono corpo due paralleli processi, l'uno fondato sulla potestà della Commissione di cui all'art. 86 paragrafi 1 e 3, l'altra sull'art. 94 del Trattato di Roma³⁹.

Da un lato, infatti, la Direttiva n. 88/301/CE (e di lì a poco, assai più incisivamente, la Direttiva 90/388/CE) avvia il processo di erosione dell'esclusiva goduta dagli Stati membri o da imprese dagli stessi controllate; dall'altro, la Direttiva n. 90/387/CE dà inizio ad una parallela armonizzazione delle condizioni di fornitura di una rete aperta tra i sistemi nazionali (*Open Network Provision - ONP*).

In questa fase di avvio del processo (e nel corso dei suoi primi sviluppi) la liberalizzazione del settore è stata, essenzialmente, ancorata al principio di separazione tra rete e servizio: poiché, a fronte dell'apertura alla concorrenza dell'attività di prestazione di quest'ultimo, l'unico titolare di rete godeva altresì del diritto esclusivo inerente alla costruzione, installazione e gestione delle infrastrutture, la concorrenza si fondava essenzialmente sul principio di accesso alla rete che, mediante i principi di *ONP*, è stato – per tappe – reso uniforme e armonizzato tra i vari Stati membri.

L'ex monopolista, che permaneva sul mercato in veste di titolare esclusivo della rete e di erogatore del servizio (in posizione di dominanza), era gravato dall'obbligo indiscriminato di consentire l'accesso ai nuovi entranti (limitato

³⁸ Cfr. N. RANGONE, *I servizi pubblici*, cit. pp. 86 e ss.; M. CONTICELLI, *I diritti di accesso e di interconnessione*, cit., p. 402; E. DIAMANTI, *Accesso e interconnessione alle reti di telecomunicazioni*, in F. BONELLI – S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, cit., pp. 182 e ss..

³⁹ Cfr. N. RANGONE, op. cit., pp. 73 e ss.; T. SALONICO, *Liberalizzazione e sviluppo delle reti. Un difficile equilibrio fra concorrenza e regolamentazione*, in A. PREDIERI – M. MORISI (a cura di), *L'Europa delle reti*, cit. pp. 185 e ss..

esclusivamente da ragioni di interoperabilità, protezione dei dati, sicurezza e integrità della rete), mediante la messa a disposizione di parte della capacità della sua infrastruttura a condizioni trasparenti e non discriminatorie (in taluni casi ad un prezzo fissato in via amministrativa): restava però l'esclusivo titolare del residuo monopolio legale, relativo all'erogazione del servizio base di telefonia vocale.

Quest'ultimo diritto esclusivo, in un certo senso, era giustificato proprio dalla qualità di monopolista di rete: la sopportazione dell'onere (etero-imposto) degli investimenti funzionali allo sviluppo geografico e tecnologico dell'infrastruttura, in forza del principio di equilibrio economico del servizio, legittimava infatti il mantenimento di una sfera di esclusiva⁴⁰.

Nel sistema anteriore alla Direttiva n. 96/19/CE⁴¹, insomma, la riserva è mantenuta dalle normative degli Stati membri sulla scorta della potestà di (proporzionale) compensazione ad essi riconosciuta dal par. 2 dell'art. 86 del Trattato.

Da tale momento, tuttavia, ha inizio uno sviluppo esponenziale della concorrenza, a seguito della liberalizzazione – dapprima – della fornitura di reti alternative per servizi diversi dalla telefonia vocale e – dal gennaio del 1998 – della telefonia vocale e della fornitura delle reti necessarie alla sua erogazione.⁴²

La duplicabilità delle reti comporta, come corollario sul versante della disciplina, una serie di effetti: i più interessanti, ai fini della nostra analisi, sono quelli prodotti nell'ambito della disciplina *ONP* che, modificata più volte nel corso di un decennio, viene travolta da un'integrale riformulazione nel 2002.

Nell'odierna fase, infatti, la Commissione ha preso atto del fatto che i principi di *ONP* possono contrastare la crescita concorrenziale dei servizi di comunicazione in Europa, e con le Direttive 02/21/CE, 02/19/CE, 02/20/CE, 02/22/CE e

⁴⁰ N. RANGONE, *op. cit.*, p. 77.

⁴¹ Direttiva della Commissione 13/3/1996 n. 19 96/19/CE, pubblicata in G. U. E. 22/3/1996 n. 74 che modifica la direttiva 90/388/CEE al fine della completa apertura alla concorrenza dei mercati delle telecomunicazioni.

⁴² Considerando nn. 5 e 6 e art. 2 della Dir. 96/19/CE cit..

02/77/CE⁴³, ha dato luogo ad un riordino del sistema, ora più orientato a favorire e incentivare lo sviluppo di nuove tecnologie, soprattutto infrastrutturali, e ad agevolare la realizzazione di nuove reti. Ciò ha comportato, in primo luogo, una trasformazione del diritto di accesso all'infrastruttura (con una contrazione sostanziale del suo ambito operativo)⁴⁴.

Tuttavia, benché le barriere naturali del monopolio siano state spontaneamente rimosse dall'evoluzione tecnologica e se anche la disciplina normativa sembra avere compreso questa realtà, deve subito osservarsi che la regolazione in materia di comunicazioni elettroniche resta, attualmente, comunque la più complessa e la più puntualmente disciplinata e definita a livello normativo. Quali sono le ragioni di tale apparente contraddizione?

Innanzitutto la cennata duplicabilità delle reti non è assoluta: infatti, la realizzazione di una rete fisica o immateriale è soggetta alla disciplina degli Stati membri, volta a rendere compatibile con altre esigenze (quali la tutela ambientale, la sostenibilità urbanistica e la salute) tale attività.

In una fase transitoria, anteriormente alla riforma introdotta dalle Direttive n. 02/21/CE (Direttiva Quadro) e 02/20/CE (Direttiva Autorizzazioni), l'esigenza è

⁴³ Il nuovo panorama normativo di riferimento, a livello comunitario, è costituito dalle Direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 7/3/2002 n. 21 02/21/CE, pubblicata in G. U. E. 24/4/2002 n. 108 (Direttiva quadro); 7/3/2002 n. 19 02/19/CE, pubblicata in G. U. E. 24/4/2002 n. 108 (Direttiva accesso); 7/3/2002 n. 20 02/20/CE, pubblicata in G. U. E. 24/4/2002 n. 108 (Direttiva autorizzazioni); 7/3/2002 n. 22 02/22/CE, pubblicata in G. U. E. 24/4/2002 n. 108 (Direttiva servizio universale). Il provvedimento, più volte modificato, contenente le originarie misure di *Open Network Provision* (Dir. 90/388/CE) è stato abrogato, con effetto al 25.7.2003, dall'art. 10 della Direttiva della Commissione 16/9/2002 n. 77, 02/77/CE, pubblicata in G. U. E. 17/9/2002 n. 249, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica. Ciascuno dei citati atti normativi trova una radice nella Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, del 10 novembre 1999 "Verso un nuovo quadro per l'infrastruttura delle comunicazioni elettroniche e i servizi correlati. Esame del 1999 del quadro normativo delle comunicazioni": essa è il prodotto della procedura di riesame del quadro normativo (*Review*) svolto dalla Commissione, ai sensi e per gli effetti dell'art 31, Dir. 98/10/CE cit... Sul punto v. M. CONTICELLI, op. cit., *passim* e P. RAVAIOLI, *Libero accesso alla rete per la competitività delle imprese europee*, in A. PREDIERI – M. MORISI, *L'Europa delle reti*, cit. pp. 93 e 96 e ss.. V. anche M. SIRAGUSA – S. CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 3/2002, pp. 513 e ss..

⁴⁴ Sui profili (in termini principalmente economici) dell'alternativa tra le due prospettive regolatorie (quella volta a consentire il più ampio accesso ad una infrastruttura di rete e quella tendente a incentivare gli investimenti per la duplicazione delle infrastrutture) si veda E. GALLO – E. PONTAROLLO, *Modelli alternativi di concorrenza nelle telecomunicazioni: l'approccio italiano*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3/2006, pp. 521 e ss..

stata soddisfatta dalla previsione di un regime di contingentamento delle licenze individuali relative all'attività di installazione (e fornitura) di reti.

Ai sensi degli artt. 3, par. 3, e 7, paragrafi 1, lett. b), e 2, della Direttiva 97/13/CE⁴⁵, infatti, la realizzazione, l'installazione e la fornitura di reti al pubblico o, comunque, la fruizione di fondi pubblici o privati per la diffusione di reti (ancorché non aperte al pubblico) era sottoposto ad un regime amministrativo più vincolante di quello dell'autorizzazione generale: nella licenza individuale – di cui chi intendesse costruirsi una rete doveva munirsi – erano disciplinati specificamente i termini del rapporto e gli oneri che dallo stesso derivavano in capo al *new comer*.

La distinzione tra autorizzazione generale e licenza individuale è, oggi, venuta meno, in forza dell'estensione del primo regime a tutte le attività attinenti alla fornitura di reti o servizi⁴⁶.

Anche nel contesto attuale, tuttavia, a fronte della libertà di fornitura, permane un regime amministrativo speciale (e di fonte nazionale) per l'attività di installazione di reti: l'estensione del regime di autorizzazione generale, infatti, non esclude che la realizzazione di una rete presupponga la previa concessione di un diritto di installazione da parte delle autorità competenti alla gestione del suolo pubblico, ancorché sulla base di criteri obiettivi, trasparenti e non discriminatori prestabiliti dalle autorità nazionali di regolazione.⁴⁷

Se una prima barriera all'accesso al mercato ha (prevalentemente in prospettiva), come illustrato, carattere giuridico, un secondo ostacolo deve essere rinvenuto in motivazioni di tipo economico.

I costi dell'investimento infrastrutturale presentano, in un mercato caratterizzato dalla progressione geometrica delle innovazioni tecnologiche, il rischio di tradursi

⁴⁵ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 10/4/1997, n. 13, 97/13/CE, pubblicata in G. U. E. 7/5/1997 n. 117

⁴⁶ L'art. 25, c. 1 e 3, del Codice delle Comunicazioni elettroniche, approvato con decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, detta il principio di libertà di fornitura di reti, recependo la disposizione di cui all'art. 3 della Dir. N. 02/20/CE (Direttiva autorizzazioni).

⁴⁷ Cfr. art. 4 Dir. 02/21/CE (Direttiva autorizzazioni) e artt. 86 e ss. Cod. Comm. Ell.. Il procedimento previsto dal Codice è, comunque, improntato – per l'installazione di impianti radio elettrici – alla struttura della denuncia di inizio attività (o del silenzio assenso: sul punto si veda T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 06 maggio 2005, n. 2697, in *Foro amm. TAR*, 5/2005, 1685)

in *sunk costs*, vale a dire in costi non recuperabili da parte di chi intenda concorrere con l'operatore già presente sul mercato, titolare di un'infrastruttura capace di coprire la quasi interezza del territorio nazionale.⁴⁸

A fronte di tali (giuridiche e materiali) barriere all'ingresso al mercato, è necessario un intervento regolatorio volto a limitare gli effetti degeneri delle asimmetrie informative e capace di apprestare misure di sostanziale riequilibrio della forza dei concorrenti mediante interventi di tipo asimmetrico.

Ma, come subito vedremo, le finalità della regolazione non sono limitate ad assicurare un equilibrato sviluppo della concorrenza: un complesso di interessi eterogenei, infatti, orienta e legittima l'attività delle Autorità nazionali di regolazione.

Ciò che deve essere sottolineato preliminarmente, ad ogni modo, è che la regolazione permane copiosa, come connotato indefettibile del settore, anche nella fase attuale: essa non cede un passo al controllo *antitrust* che resta – alla stregua di quanto previsto dalla disciplina della prima fase – uno strumento di portata residuale⁴⁹.

E ciò malgrado l'intento espresso del legislatore comunitario sia quello di configurare la regolazione quale strumento sussidiario alla 'mano invisibile' ed al diritto comune della concorrenza.

2. La ratio della disciplina comune. Interoperabilità, neutralità tecnologica e mire della regolazione

S'è già accennato al fatto che, all'interno del settore delle comunicazioni elettroniche, il legislatore comunitario ha fatto confluire *species* di attività originariamente disciplinate da normative *ad hoc*, tra loro distinte.

⁴⁸ V. J. F. STIGLITZ, *Economia del Settore Pubblico*, cit., p. 191 e s..

⁴⁹ Ciò non significa che, anche il controllo *ex post* non abbia un ruolo cruciale nel settore. Emblematico il c.d. caso Telecom, sul quale si rinvia a A. GIANNACCARI, *Il caso Telecom*, scheda del provvedimento dell'AGCM n. 13752 del 16 novembre 2004, in MCR 1/2005, pp. 201 e ss. e a P. GIAMMARIA, *Il caso Telecom. Regolazione e concorrenza davanti al TAR*, commento a TAR Lazio n. 3655 dell'11 maggio 2005, in MCR 2/2005, pp. 377 e ss..

La nuova disciplina considera unitariamente le reti di telecomunicazioni fisse, quelle mobili e le reti terrestri o satellitari per la fornitura di contenuti audiovisivi⁵⁰.

Il collante tra tutti i servizi di comunicazione elettronica è, appunto il fatto che essi consistono “esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali *su reti di comunicazioni elettroniche*, compresi i servizi di telecomunicazioni e i servizi di trasmissione nelle reti utilizzate per la diffusione circolare radiotelevisiva [...]”.⁵¹ I servizi sono, cioè, definiti dall’elemento strutturale dell’essere erogati mediante reti di comunicazione elettronica.

Queste ultime sono definite dall’art. 2, lett. a), della Direttiva quadro del 2002⁵² come “i sistemi di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o di instradamento e altre risorse che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo di fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici, comprese le reti satellitari, le reti terrestri mobili e fisse (a commutazione di circuito e a commutazione di pacchetto, compresa Internet), le reti utilizzate per la diffusione circolare dei programmi sonori e televisivi, i sistemi per il trasporto della corrente elettrica, nella misura in cui siano utilizzati per trasmettere i segnali, le reti televisive via cavo, indipendentemente dal tipo di informazione trasportato”.

Due considerazioni nascono, sul punto, spontanee: l’una riguarda l’enfasi sul *medium* veicolata dalla nuova disciplina dei servizi di comunicazione elettronica, l’altra la tessitura di una rete di reti che le direttive sembrano prospettare.

Sotto il primo aspetto va evidenziato che la scelta del legislatore comunitario di individuare il servizio di comunicazione come quello che viene trasmesso mediante una rete si giustifica alla luce dei principi di interoperabilità e neutralità tecnologica, principi già posti dalle prime misure di *Open Network Provision*.

⁵⁰ La disciplina dei « contenuti » esula dall’oggetto delle Direttive e del Codice delle comunicazioni elettroniche. Essa è invece precipuo oggetto del D. lgs. n. 177 del 31 maggio 2005 - Testo unico della radiotelevisione.

⁵¹ Art. 2, lettera c), Dir. 02/21/CE cit. (corsivo aggiunto).

⁵² Tanto la definizione dei servizi, quanto quella delle reti di comunicazione elettronica (dettata dalla lettera a) dello stesso art. 2, Dir. 02/21/CE) sono state riprodotte pedissequamente dal legislatore italiano, all’art. 1, lett. dd) e gg). del Codice delle Comunicazioni elettroniche.

Il primo principio è, in numerosi atti normativi della comunità, giustapposto a quelli di accesso e interconnessione. Esso postula l'esigenza di abolire gli ostacoli che, al di fuori della stretta necessità, limitino la fruibilità di identici o equivalenti servizi, da parte dell'utente, in ragione delle diverse tecnologie utilizzate dalle imprese fornitrici per la sua erogazione. Costituisce quindi, già nei primi atti di liberalizzazione e armonizzazione comunitari, anche un limite all'esercizio del diritto di accesso alla rete: qualora quest'ultimo possa pregiudicare l'interoperabilità, infatti, le esigenze del nuovo entrante devono patire una limitazione o un totale sacrificio.

Se la clausola generale di interoperabilità mostra il più rilevante effetto in ambito transnazionale (ove essa è strumento della promozione di un sistema di reti di comunicazione transeuropee)⁵³, è certo che essa vada assumendo una sempre maggiore effettività anche sul piano dei mercati interni: esempio principe ne è, in materia di apparecchiature di televisione digitale di consumo, l'art. 24 della Direttiva 02/22/CE (Direttiva Servizio Universale).

Il principio di neutralità tecnologica, che – per certa parte – si sovrappone al primo, esige che la regolazione, nell'introdurre meccanismi concorrenziali, non discrimini gli operatori esclusivamente in base alle caratteristiche tecniche della rete attraverso la quale intendono fornire un servizio.

Mentre, cioè, l'interoperabilità delle reti è un *obbiettivo*, un traguardo della regolazione, e si rivolge prevalentemente agli operatori in concorrenza, la neutralità tecnologica è un parametro imposto allo stesso regolatore per orientare l'attività di quelli e per ampliare lo spettro dell'analisi dei mercati.

Il considerando n. 18 e l'art. 8 della Dir. 02/21/CE⁵⁴ (Direttiva quadro), sono le norme che fissano il principio in chiave generale nel nuovo sistema di disciplina. Ciò che merita d'essere osservato è che il principio di neutralità assurge, con quest'ultima, a *ratio* della stessa legislazione, nella misura in cui essa giustifica

⁵³ Cfr. art. 154, par. 2, e 155, par. 1, II cpv. Tr. CE.

⁵⁴ L'art. 8 cit., in particolare, recita: "Gli Stati membri provvedono affinché le autorità nazionali di regolamentazione, nell'esercizio delle funzioni indicate nella presente direttiva e nelle direttive particolari, e in particolare quelle intese a garantire una concorrenza effettiva, tengano nel massimo conto l'opportunità di una regolamentazione tecnologicamente neutrale".

l'assoggettamento ad un unico paradigma regolatorio di tutte le reti e i servizi di comunicazione elettronica, sulla rilevazione della "convergenza dei settori delle telecomunicazioni, dei media e delle tecnologie dell'informazione".

Se è vero che un tale sistema di disciplina ha per presupposto la confluenza tra i sistemi di trasmissione audio e dati consentita dalla tecnologia digitale e dall'impiego della commutazione di pacchetto⁵⁵, è anche vero che la regolazione non registra un mero mutamento di struttura, ma una profonda trasformazione dell'interesse perseguito.

Se la prospettiva europea è, infatti, quella di ricondurre ad unico oggetto di normazione tutti i mercati di servizi e di reti di comunicazione elettronica, l'interesse sotteso è, evidentemente, quello di consentire alla regolazione di distinguere i mercati rilevanti esclusivamente sulla base del loro livello di competitività⁵⁶, evitando una proliferazione di regole applicabili a sotto-settori, coincidenti con servizi determinati, ed agevolando così la nascita di *standards* regolativi universali, capaci di aumentare il grado di certezza dei principi che presiedono all'esercizio dei poteri discrezionali delle Autorità.

Una volta liberalizzata la fornitura di reti, la legislazione e l'attività dei regolatori sono impegnate quindi a incentivare la nascita di una rete tra le reti stesse.

Come è disciplinato, in questo contesto, il regime di uso e fruizione delle infrastrutture? Che ruolo vi giocano i diritti di accesso e interconnessione, che abbiamo assunto essere, alternativamente, un indice della destinazione pubblica delle reti o uno strumento di riequilibrio tra le posizioni dei concorrenti?

3. Accesso e interconnessione nella fase di avvio della concorrenza

Come si è già anticipato, l'evoluzione normativa che, dall'inizio degli anni Novanta, ha consentito una progressione per tappe della liberalizzazione dei servizi di comunicazione elettronica ha assunto a strumenti di azione, per ciascuna fase, differenti istituti e ha presentato differenti intensità di impiego dei medesimi.

⁵⁵ Cfr. R. DE MARTINO, *Le reti di comunicazione a livello europeo: cenni tecnologici e regolamentari, implementazione di reti trans-nazionali*, in *Servizi pubblici e appalti*, 1/2005, pp. 19 e ss..

⁵⁶ Cfr. M. SIRAGUSA – S. CIULLO, *Il nuovo quadro*, cit., pp. 514 e s..

La prima fase della liberalizzazione vede l'apertura del mercato dei servizi di telecomunicazioni a valore aggiunto ad un numero indeterminato di concorrenti ed il mantenimento dell'esclusiva sulla gestione della rete e sulle attività di installazione e fornitura di infrastrutture.

In tale stadio, s'è già detto, il diritto di accesso è un correlato necessario dell'abolizione dei diritti speciali ed esclusivi inerenti alla prestazione dei servizi (diversi dalla telefonia vocale): esso serve a rimediare all'ovvio effetto 'collo di bottiglia' determinato dalla scarsità della capacità della rete e ad evitare, così, che la nuova libertà di iniziativa economica si traduca in una mera fonte di privilegio per il titolare di infrastruttura, diretto concorrente dei *new entrants* nella prestazione del servizio.

Questi potrebbe, infatti, decidere di affittare parte della propria rete in base a valutazioni di opportunità utilitaristica e richiedere, anche in questi casi, corrispettivi disincentivanti ai propri concorrenti.

In tale assetto, dunque, la garanzia di accesso alla rete è lo strumento mediante il quale si procede alla creazione, in via normativa, di un mercato altrimenti inesistente. Essa non è tanto una misura di riequilibrio tra le posizioni dei concorrenti, quanto la *fictio juris* di un mercato concorrenziale.

Ai sensi delle citate Direttive 90/388/CE e 90/387/CE, l'obbligo di consentire l'accesso è imposto, al titolare dell'unica rete pubblica di telecomunicazioni, in via indiscriminata. Le sole ragioni che possono giustificare una limitazione della concessione di reti affittate hanno carattere oggettivo e sono espressione della tutela di interessi pubblici: "la sicurezza di funzionamento della rete; il mantenimento dell'integrità della rete, l'interoperabilità dei servizi, in casi giustificati, la protezione dei dati, se del caso"⁵⁷ sono tutte esigenze la cui tutela deriva dall'insopprimibilità di diritti di cittadinanza (relativi al servizio pubblico, come quelli di accessibilità universale e continuità – protetti mediante i principi di sicurezza e integrità della rete – e di qualità del servizio – protetta mediante il principio di interoperabilità; o a diritti della persona, come la riservatezza delle comunicazioni).

⁵⁷ Cfr. art. 3 c. 2 della Dir. 90/387/CE cit. e art. 4, c.II, Dir. 90/388/CE cit.).

Poiché, tuttavia, l'utilizzo della (unica) rete è, esso stesso, materialmente limitato dalla scarsità della capacità di quest'ultima, l'accesso non viene configurato come un vantaggio direttamente inerente al bene, ma come il diritto – dell'impresa che intende operare sul mercato dei servizi – di essere preferita ai concorrenti sulla base di parametri oggettivi, trasparenti e non discriminatori⁵⁸.

In questa fase, il diritto di accesso non è, comunque, puntualmente definito a livello normativo, tanto che all'ambito dell'istituto vanno ricondotti sia l'accesso dell'utente (alla rete e al servizio), sia quello delle imprese che intendano sfruttare la rete per erogare un servizio all'utenza.⁵⁹

Corollario necessario, per il funzionamento di questo sistema, è naturalmente il principio di separazione tra regolazione dell'accesso e gestione della rete. Gli organismi preposti alla regolazione, cioè, devono essere strutturalmente e funzionalmente indipendenti dal gestore di infrastruttura/fornitore del servizio in posizione di dominanza (e dagli apparati amministrativi che, eventualmente, mantengano il controllo sul gestore).

In Italia, l'istituzione dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, preannunciata nel 1995, è portata a compimento nel 1997⁶⁰. Le funzioni che il Diritto comunitario attribuisce alle Autorità nazionali di regolazione, in Italia sono ripartite tra tale Autorità amministrativa indipendente e il Ministero delle Comunicazioni.

4. Accesso e interconnessione nella fase attuale

Se, dai primi passi della liberalizzazione, muoviamo verso l'analisi del sistema vigente, appare lampante il profondo mutamento di prospettiva assunto dal legislatore comunitario.

⁵⁸ V. Direttive testé citate e gli artt. 3, Dir. 90/388/CE e 3, Dir. 90/387/CE e, diffusamente, i Preamboli di entrambi i provvedimenti.

⁵⁹ La prima distinzione tra il contenuto dell'una e dell'altra fattispecie sarà operato, dalla direttiva 96/19/CE (che modifica la direttiva 90/388/CE) attraverso il discrimine posto tra accesso (di utenza) e accesso speciale (dell'impresa concorrente).

⁶⁰ Legge 14 novembre 1995, n. 481 e Legge 31 luglio 1997, n. 249.

Innanzitutto, come già sottolineato, il tradizionale ambito di disciplina in materia di telecomunicazioni si è esteso fino ad assoggettare a sé categorie di servizi (e di reti) che originariamente ne erano escluse.

Tale fenomeno, unito alla liberalizzazione dell'attività di installazione e gestione di infrastrutture, ha fatto sì che ad una disciplina sulla rete (al singolare) si sostituisse una normativa sulle reti (al plurale); non v'è più, insomma, una rete pubblica di telecomunicazioni ma più reti pubbliche di comunicazioni elettroniche⁶¹.

Prima conseguenza, sotto il profilo del metodo della formulazione di fattispecie a livello normativo e di definizione dell'attività di regolazione, è che mentre i settori sottoposti a intervento amministrativo sono stati, tradizionalmente, focalizzati mediante un "approccio verticale", i settori merceologici di riferimento sono, oggi, individuati da un criterio *orizzontale*, mutuato dal diritto della concorrenza: essi sono i "mercati rilevanti" in senso *antitrust*.⁶²

Provando a riassumerne i tratti salienti, può dirsi che la nuova disciplina prevede che, a fronte della valutazione della non sufficiente competitività di un mercato, le Autorità nazionali di regolazione possano decidere di imporre gli obblighi di cui alla Direttiva Accesso o alla Direttiva Servizio universale agli operatori che detengano una significativa forza sul mercato stesso.

Il soggetto passivo dell'obbligo di accesso alla rete, nel sistema di disciplina attuale, non è né l'ex monopolista, né, *sic et simpliciter*, il titolare di una rete quale che sia.

⁶¹ Vedremo più avanti come detta "pubblicità" non sia espressione, *ex se*, di un regime pubblicistico speciale della proprietà, e come essa sia, piuttosto, un presupposto di fatto, funzionale all'individuazione dei destinatari di una consistente parte delle norme vigenti: le reti di comunicazioni elettroniche sono definite "pubbliche" in quanto "utilizzat[e] interamente o prevalentemente per fornire servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico" (art. 2, lett. d) Dir. 02/21/CE cit.).

⁶² Cfr. M. SIRAGUSA – S. CIULLO, *Il nuovo quadro regolativo*, cit. p. 517; M. CLARICH, *Regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, in *Archivio Ceradi – Centro di ricerca per il diritto d'impresa* (www.archivioceradi.luiss.it/.../osservatori/amministrativo/teoria/articoli/regolazione_e_concorrenza.pdf), Aprile 2004.

In un sistema (spontaneamente) competitivo, infatti, la regola giuridica “ha introiettato”⁶³ quella economica con maggiore precisione e accuratezza: la passibilità di obblighi di accesso è subordinata a criteri di legittimità mutuati dalla disciplina *antitrust*.

Sulla base dell’individuazione dei mercati rilevanti effettuata dall’AGCOM (come dalle Autorità di Regolazione degli altri Stati [NRA] per i rispettivi mercati), infatti, la stessa procede alla designazione, per ciascuno di essi, delle imprese che godono di un significativo potere di mercato (SMP)⁶⁴.

Alle imprese così designate (a seguito di un complesso procedimento amministrativo che prevede un intervento della Commissione in funzione di indirizzo e di coordinamento dei metodi seguiti dalle NRA, nell’analisi dei mercati e nell’esercizio dei poteri amministrativi⁶⁵) le Autorità di regolazione possono imporre gli obblighi di cui alla Direttiva Accesso. (art. 16 Dir. 02/21/CE cit.).

Prima di procedere, tuttavia, all’esame del contenuto di questi obblighi, occorre precisare che accesso e interconnessione sono già definiti, dalla direttiva 02/19/CE, come “fatti” giuridici⁶⁶: prima ancora che strumenti della regolazione di settore, invero, essi sono materia di libera negoziazione tra gli operatori.

L’art. 3 della Direttiva 02/19/CE dispone infatti che gli “Stati membri provvedono affinché non vi siano restrizioni che impediscano alle imprese di un medesimo Stato membro o di differenti Stati membri di negoziare tra loro, nel rispetto del

⁶³ B. TONOLETTI, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, in AIPDA, *Annuario 2003*, cit. p. 358..

⁶⁴ Anche quest’ultimo concetto, a seguito del riordino del sistema operato dalle Direttive del 2002, è ricondotto a quello di impresa dominante noto alla legislazione *antitrust* nazionale ed europea, ed è definito come “[...] posizione di forza economica tale da consentir[e] all’impresa che la detenga] di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e, in definitiva, dai consumatori.” L’accertamento di tale condizione deve essere condotto sulla scorta del diritto della concorrenza comunitario e deve tenere in “[...] massima considerazione gli orientamenti per l’analisi del mercato e la valutazione del rilevante potere di mercato pubblicati dalla Commissione [...]” (art. 14, par. 2 della Direttiva 02/21/CE cit.).

⁶⁵ V. art. 15 Dir. 02/21/CE cit.. L’intervento della Commissione può anche assumere i connotati di una decisione vincolante, nell’ipotesi in cui essa sia rivolto all’individuazione di un mercato transnazionale.

⁶⁶ Cfr. Art. 2, lett. a) e b) Dir. 02/19/CE cit..

diritto comunitario, accordi sulle disposizioni tecniche e commerciali relative all'accesso e/o all'interconnessione”.

Ma quello di un adeguato accesso e di un'adeguata interconnessione è, in determinati casi, un obiettivo finale: come espressamente sottolineato dall'art. 5 della Direttiva 02/19/CE, accesso e interconnessione devono essere “incoraggia[ti] e se del caso garanti[ti]” dalle NRA.

Ciò significa che, in via generale, l'intervento dell'Autorità di regolazione è sussidiario all'accordo negoziale spontaneamente concluso tra due imprese e subordinato al suo mancato raggiungimento. Di tale autonomia negoziale, in ipotesi speciali, l'autorità di regolazione può tuttavia limitare l'estensione, determinando *ex ante* le ipotesi di ingiustificato rifiuto a contrarre, stabilendo l'equilibrio (specifico o di massima) del sinallagma ed imponendo obblighi speciali di correttezza in fase di trattative (articoli da 6 a 13 della Direttiva 02/19/CE).

È evidente che le fattispecie che maggiormente interessano, ai fini della presente analisi, sono quelle in cui accesso e interconnessione sono il contenuto di obblighi imposti *ex ante* dalle Autorità di regolazione.

Ove, infatti, l'accesso o l'interconnessione siano l'effetto di un rapporto obbligatorio costituito per libero accordo tra due operatori, essi sono mera espressione della facoltà di disposizione del bene derivante dal diritto di proprietà del concedente e non sono dunque rappresentativi di alcun regime speciale di disciplina.

Essi acquistano rilevanza individua, invece, ove si traducano in limitazioni etero-imposte alle facoltà di godimento e di disposizione dei titolari di infrastruttura: analizziamo, dunque, in che termini tali limitazioni possano essere ricondotte a sistema.

L'obbligo di accesso è previsto dalla Dir. 02/19/CE che, al capo III, lo annovera tra gli “obblighi degli operatori” che possono essere imposti dalle Autorità di regolazione e dalle stesse revocate, a seguito dell'espletamento di “procedure di riesame del mercato”, a carico di chi vi detenga un potere significativo.

Il contenuto degli obblighi imponibili, in tale ambito, dalle autorità di regolazione non è tuttavia uniforme, né per tipologia né per intensità: ne sono previsti di informazione e trasparenza sulle condizioni e le caratteristiche dell'uso (negoziabile) della rete (art. 9), di non discriminazione nella fornitura (negoziabile) dell'accesso o dell'interconnessione (art. 10), di fornitura (obbligata) dell'accesso e di risorse di rete (art. 12), di separazione contabile e di produzione dei bilanci (art. 11) e, infine, di orientamento ai costi dei prezzi richiesti per l'accesso o l'interconnessione (art. 13).

Solo parzialmente rientra nel novero l'obbligo di interconnessione, già previsto tra quelli imponibili, indipendentemente dall'individuazione di operatori in posizione di dominanza, a tutte le imprese che forniscano reti accessibili al pubblico (art. 4) e, “nella misura necessaria a garantire l'interconnettibilità da punto a punto, alle imprese che controllano l'accesso agli utenti finali” (art. 5).

L'interconnessione è, cioè, l'effetto di un obbligo che, già in forza di legge, può gravare in capo a tutti gli operatori titolari di autorizzazione generale⁶⁷: rientra, infatti, tra gli “obblighi generali” che, per espressa previsione normativa, devono essere “tenuti distinti” dagli obblighi specifici di cui alle Direttive Accesso e Servizio Universale⁶⁸.

Sotto il profilo contenutistico, tuttavia, e sotto quello delle modalità di prestazione, sia l'accesso, sia l'interconnessione trovano una disciplina specifica nella Direttiva 02/19/CE.

Essi, quanto all'aspetto strettamente definitorio, sono posti in rapporto di genere a specie⁶⁹: ma, come risulta evidente da quanto or ora sottolineato, tale insiemistica

⁶⁷ V. lett. A, par. 2, dell'Allegato alla Direttiva Autorizzazioni (02/20/CE cit.).

⁶⁸ V. Dir. 02/20/CE, Considerando n. 17.

⁶⁹ L'art. 2 della Direttiva 02/19/CE cit. definisce l'accesso come “il fatto di rendere accessibili risorse e/o servizi ad un'altra impresa a determinate condizioni, su base esclusiva o non esclusiva, ai fini di fornire servizi di comunicazione elettronica” (lett. a); con “interconnessione” si intende, invece, “il collegamento fisico e logico delle reti pubbliche di comunicazione utilizzate dalla medesima impresa o da un'altra impresa per consentire agli utenti di un'impresa di comunicare con gli utenti della medesima o di un'altra impresa, o di accedere ai servizi offerti da un'altra impresa. I servizi possono essere forniti dalle parti interessate o da altre parti che hanno accesso alla rete. *L'interconnessione è una particolare modalità di accesso messa in opera tra operatori della rete pubblica*” (lett. b), corsivo aggiunto).

ha un'efficacia descrittiva più della fenomenologia materiale che di quella giuridico – positiva del rapporto intercorrente tra accesso e interconnessione.

Tale indice normativo è, tuttavia, importante, perché fugge eventuali dubbi sull'accezione del termine “reti” ove la Direttiva Accesso definisce l'interconnessione come il collegamento fisico o logico tra le stesse: come *species* di accesso, l'interconnessione è altresì inerente a “[...] risorse correlate, [e] può comportare la connessione di apparecchiature con mezzi fissi o non fissi (ivi compreso in particolare [...] alla rete locale nonché alle risorse e ai servizi necessari per fornire servizi tramite la rete locale); [l]’infrastruttura fisica, tra cui edifici, condotti e piloni; [i] pertinenti sistemi software, tra cui i sistemi di supporto operativo; [i] servizi di traduzione del numero o [i] sistemi che svolgano funzioni analoghe; [le] reti fisse e mobili, in particolare per il roaming; [i] sistemi di accesso condizionato per i servizi di televisione digitale, [i] servizi di rete virtuale.⁷⁰”.

5. (Segue) L'imposizione degli obblighi

Provando a rappresentare in scala graduale le modalità attraverso cui accesso e interconnessione sono “incoraggiati o garantiti” dalla normativa in esame, possiamo affermare che la fattispecie-base è quella in cui ciascuno degli operatori titolari di una rete pubblica di comunicazioni elettroniche possa usare e disporre della stessa come meglio crede – nel rispetto delle condizioni previste dall'autorizzazione generale – per l'esercizio della propria attività d'impresa. Tra i poteri di disposizione rientrano, ovviamente, anche quelli inerenti alla

⁷⁰ Art. 2 lett. a) Dir. 02/19/CE cit.. Rispetto a una tanto ampia definizione degli oggetti dell'accesso, deve tuttavia rilevarsi che, in materia di interconnessione, si ha una sovrapposizione sostanziale – e dunque una rilevanza speciale, per quanto attiene alla “infrastruttura fisica” – della disciplina dettata dalla Direttiva Quadro (art. 12 e Considerando n. 23) in materia di condivisione e ubicazione di infrastrutture. Quanto alla configurabilità di interconnessioni tra *software*, non contemplata all'interno della definizione del legislatore, essa è un presupposto indispensabile di ogni interconnessione tra reti digitali. In determinati ambiti, peraltro, la necessità di un'interconnessione tra sistemi operativi è, a monte, risolta dal principio di interoperabilità, che si spinge fino a imporre l'adozione di *standards* comuni per le tecnologie, tanto *software* quanto *hardware*, per la fornitura dei servizi. Cfr. quanto stabilito in materia di servizi telefonici e radiofonici digitali dall'art. 18 della Direttiva Quadro, in materia di API - *Application Program Interface*.

concessione dell'accesso o dell'interconnessione: concessione che può limitare il godimento della risorsa da parte del titolare, ma può anche non farlo.

L'operatore titolare di una rete *pubblica*, tuttavia, ha altresì l'obbligo di negoziare l'interconnessione con le altre imprese titolari di autorizzazione generale, tanto che il suo eventuale rifiuto può essere posto al vaglio di legittimità, da parte dell'Autorità di regolazione, a seguito della denuncia di un interessato e anche sulla base del debole paradigma teleologico offerto dall'art. 8 della Direttiva Quadro, contenente l'enumerazione degli obiettivi della regolazione⁷¹.

Tale assetto – in cui la conclusione di accordi di accesso è comunque rimessa alla libera determinazione degli operatori e quella di contratti di interconnessione è solo passibile di un controllo *ex post* dell'autorità – muta qualora, individuata un'impresa detentrica di un significativo potere di mercato in un settore non effettivamente concorrenziale, l'Autorità di regolazione imponga alla stessa, *ex ante*, obblighi di cui agli artt. 9 – 13 della Direttiva 02/19/CE.

Può, innanzitutto, essere scongiurato il rischio di pratiche negoziali anticoncorrenziali, mediante l'imposizione di obblighi di trasparenza sulle condizioni dell'accesso o dell'interconnessione offerte, o ancora di obblighi a contrarre a condizioni non discriminatorie, imponendo in questi casi la pubblicazione di un'offerta pubblica di riferimento (anche passibile di modifiche da parte dell'autorità)⁷².

Le NRA possono altresì imporre obblighi di separazione contabile, strumentali alla verifica del rispetto dell'obbligo di non discriminazione da parte degli operatori verticalmente integrati o dell'assenza di illegittimi finanziamenti incrociati tra le attività gestite⁷³.

Ai sensi dell'art. 18 della Direttiva Accesso, peraltro, l'Autorità è titolare di una potestà tariffaria inerente ai sistemi di determinazione dei prezzi di accesso e interconnessione praticati dall'operatore SMP: garantendo un margine di profitto strumentale alla remunerazione degli investimenti sopportati dal gestore di rete, la regolazione può imporre a quest'ultimo di orientare i prezzi ai costi, al fine di

⁷¹ Così ai sensi del combinato disposto degli artt. 4 e 5, par. 1, della Direttiva Accesso.

⁷² Artt. 9 e 10 Dir. 02/19/CE cit..

⁷³ Art. 11 Dir 02/149/CE cit..

“promuovere l'efficienza e la concorrenza sostenibile ed ottimizz[are] i vantaggi per i consumatori”.

Le Autorità possono infine assoggettare l'operatore dominante, *tout court*, all'obbligo di concedere l'accesso, se richiesto conformemente a condizioni ragionevoli, predeterminate dalle stesse; possono garantire, autoritativamente, la stabilità di accordi di accesso e interconnessione conclusi anteriormente dall'impresa titolare di SMP; assicurare l'offerta, da parte delle imprese dominanti, di una fornitura adeguata di servizi all'ingrosso per la rivendita da parte di concorrenti; specificare *ex ante* la portata che il generale obbligo di interconnessione assume nei confronti delle imprese in posizione dominante. Può, inoltre, essere disposta coattivamente la condivisione o la coubicazione di impianti⁷⁴.

Qualora l'intervento regolatorio intenda assumere, poi, un contenuto atipico, la Commissione europea potrà opporre il proprio veto all'adozione della misura innominata, della quale verrà previamente informata dal regolatore nazionale.⁷⁵

Orbene, l'applicazione di siffatte misure correttive ad un mercato non effettivamente concorrenziale è presieduta dai principi di proporzionalità e adeguatezza al *market failure* riscontrato⁷⁶.

In che termini deve essere assunto detto principio di proporzionalità? La risposta non può che provenire dal collegamento, operato dalla Direttiva Quadro, tra obblighi imponibili, da un lato, e obiettivi della regolazione, dall'altro⁷⁷.

Sono questi indici normativi, infatti, quelli che illustrano la portata e la gradualità del generale e primario presupposto di *non effettività della concorrenza*, al quale è subordinato l'esercizio dei poteri amministrativi su un mercato dato e che calibrano l'intervento correttivo delle autorità di regolazione.

⁷⁴ Art. 12 Dir. 02/19/CE cit.. Sulla portata di tali obblighi v. M. CAPANTINI, *La disciplina dell'accesso e dell'interconnessione (artt. 40 – 52)*, in M. CLARICH – G. F. CARTEI (a cura di), *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano 2004, pp. 199 e ss..

⁷⁵ V. art. 8, par. 3 Dir. 02/19/Ce cit.. Per la configurazione del potere riconosciuto alla Commissione dalla norma in termini di potere di veto cfr. M. CAPANTINI, *La disciplina* cit., pp. 234 e ss. e M. SIRAGUSA – S. CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio* cit., pp. 524 e s..

⁷⁶ Cfr. art. 8 Dir. 02/21/CE cit. e Considerando nn. 6 e 15 Dir. 02/19/CE cit..

⁷⁷ Cfr. B. TONOLETTI, *Beni ad uso comune*, cit., pp. 338 e ss..

In tale analisi, come vedremo, l'autorità di regolazione è tenuta a considerare, fondandovi le proprie determinazioni, elementi di giudizio che esulano da quelli fruibili dal controllo *antitrust* di diritto comune, anch'essi presupposti, in qualche modo, dagli obbiettivi della regolazione che l'art. 8 della Direttiva 02/21/CE elenca⁷⁸.

La norma riconduce gli obbiettivi specifici affidati alla cura delle NRA a tre generali ambiti: la promozione della concorrenza nella fornitura di reti e servizi, lo sviluppo del mercato interno, la tutela dei diritti dei cittadini-utenti.

In ciascuna di tali aree di interesse rinveniamo specificazioni direttamente inerenti alle reti: la promozione della concorrenza nella fornitura viene realizzata “incoraggiando investimenti efficienti in materia di infrastrutture e promuovendo l'innovazione”, “incoraggiando un uso efficace e garantendo una gestione efficiente delle radiofrequenze e delle risorse di numerazione”, “garantendo che non abbiano luogo distorsioni e restrizioni della concorrenza”; tali obbiettivi sono, a loro volta, teleologicamente orientati dalla finalità di assicurare all'utenza il “massimo beneficio sul piano della scelta, del prezzo e della qualità”⁷⁹.

Lo “sviluppo del mercato” impegna le NRA nella previsione di evoluzioni sostenibili per i settori regolati e, per quanto interessa il tema della presente indagine, il traguardo si sostanzia nell'attribuzione ai regolatori nazionali di strumenti di integrazione negativa (“rimuovendo gli ostacoli residui che si frappongono alla fornitura di reti di comunicazione elettronica”) e positiva (“collaborando tra loro e con la Commissione in maniera trasparente per garantire lo sviluppo di prassi normative coerenti e l'applicazione coerente della presente direttiva e delle direttive particolari”). Di grande importanza è, infine, l'obbiettivo

⁷⁸ Vedi, sul punto, T. SALONICO, *Liberalizzazione* cit. pp. 212 e s.. La complessità dell'analisi di sistema, peraltro, è legata anche al fatto che, mentre nel diritto comune *antitrust* la valutazione dell'impatto del comportamento di un operatore è orientata da uno *standard* di competitività concreto e attuale, il diritto della regolazione connette il giudizio di concorrenzialità ad una diagnosi prospettica dell'Autorità amministrativa e alla previsione di comportamenti degli operatori dalla stessa svolta.

⁷⁹ V. art. 8, par. 2 Dir. 02/21/CE cit..

di “istitu[ire] e svilupp[are] reti transeuropee e l'interoperabilità dei servizi paneuropei e la connettività da utente a utente”⁸⁰.

Quanto, infine, al terzo insieme di obiettivi, i cittadini vengono tutelati sotto la duplice fisionomia di consumatori (ove la normativa in commento intende porre rimedio a condizioni di asimmetria informativa e, più in generale, agli squilibri di potere economico e contrattuale nel rapporto di utenza⁸¹) e di utenti di servizio pubblico (attraverso la garanzia di accessibilità, continuità e sicurezza del servizio): tra tali obiettivi spicca quello del “mantenimento dell'integrità e della sicurezza delle reti di comunicazione pubbliche”⁸².

6. Il versante del diritto italiano. Conclusioni

Se passiamo a considerare la normativa con cui il legislatore italiano ha dato applicazione ai principi ed ha perseguito gli obiettivi posti dalla disciplina comunitaria⁸³, appare lampante, innanzitutto, l'intento di promuovere la moltiplicazione delle strutture di rete. Lo sviluppo di una concorrenza equilibrata, infatti, necessita di una pluralità di infrastrutture e della parità di regime giuridico tra le stesse.

In ossequio al principio dettato dall'art. 12 della Direttiva Accesso, il Codice delle comunicazioni elettroniche introduce misure volte a dotare di pari opportunità ogni impresa che intenda fornire reti aperte al pubblico, riducendo i costi e gli ostacoli amministrativi relativi all'attività di installazione. Le norme dettate in materia di reti e impianti, contenute al Capo V del Codice, hanno infatti lo scopo di promuovere, sia pure attraverso l'equilibrato bilanciamento con le esigenze della proprietà privata e di interessi pubblici concorrenti (attinenti all'ambiente o

⁸⁰ Art. 8 par. 3 Dir. 02/21/CE cit.. Cfr. G. NATALICCHI, *Le reti transeuropee delle telecomunicazioni tra integrazione e libero mercato*, in A. PREDIERI – M. MORISI, *L'Europa delle reti* cit., pp. 199 e ss. e R. DE MARTINO, *Le reti di comunicazione a livello europeo: cenni tecnologici e regolamentari, implementazione di reti trans-nazionali*, in *Servizi pubblici e appalti*, 1/2005, pp. 25 e ss..

⁸¹ Art. 8, par 4, lett. b) e d).

⁸² Art. 8, par 4, lett. a), e) ed f).

⁸³ Come già anticipato, la disciplina dettata a livello comunitario dalle Direttive più volte menzionate (02/21; 02/19; 02/20; 02/22; 02/77) è stata recepita con d. lgs. 1 agosto 2003 n. 259 (*Codice delle comunicazioni elettroniche*, pubbl. in Suppl. ordinario n. 150 alla Gazz. Uff., 15 settembre, n. 214).

alla salute dei cittadini), lo sviluppo e la proliferazione delle reti: in conformità al criterio di preferenza attribuita a tale obiettivo, già a livello comunitario, rispetto a quello della garanzia di un adeguato livello di accesso alle altrui infrastrutture di rete.

In particolare, viene estesa ad ogni operatore che intenda fornire reti di comunicazione ad uso pubblico la facoltà di ricorrere all'espropriazione per l'installazione di infrastrutture, le quali sono qualificate alla stregua di opere di pubblica utilità (art. 90 Cod. com. el.).

Allo stesso operatore è inoltre riconosciuto il diritto di condividere infrastrutture con altri titolari di analoga autorizzazione generale e di cublicare i propri apparati di rete presso i siti già, eventualmente, occupati da quelli di un concorrente⁸⁴.

La destinazione all'uso pubblico, infine, può comportare il sacrificio relativo del diritto di proprietà dei soggetti sui cui fondi o edifici transitino gli elementi della rete, mediante l'imposizione di limitazioni legali e di oneri a carattere reale sostanzialmente equivalenti a quelli di una servitù (artt. 91 e 92 Cod. com. el.)⁸⁵.

Ebbene, il fatto che la duplicazione delle infrastrutture sia attività promossa e favorita dalla legislazione e dalla regolazione è il primo degli indici da assumere per ben intendere il corretto dosaggio della proporzionalità nell'applicazione delle misure asimmetriche di cui alla Direttiva Accesso (ed al Capo III del Codice delle comunicazioni elettroniche).

L'imposizione di obblighi al detentore di SMP in un mercato non effettivamente concorrenziale, infatti, dovrà essere preceduta da una verifica della praticabilità della realizzazione di risorse alternative da parte dei concorrenti.

In funzione del grado di realizzabilità, l'Autorità di regolazione potrà decidere di imporre alcuno degli strumenti di accesso (in senso lato): così, in mercati contraddistinti dalla presenza di operatori economici di dimensioni troppo ridotte per poter duplicare efficientemente infrastrutture di rete, l'Autorità potrà obbligare l'impresa dominante a praticare prezzi d'interconnessione orientati ai costi; in

⁸⁴ Art 89 Cod. com. el.

⁸⁵ Cfr. sul punto l'approfondito studio di L. ZANETTINI, *L'installazione di reti e impianti di comunicazione elettronica destinati ad uso pubblico*, in M. CLARICH – G. F. CARTEI (a cura di), *Il Codice* cit, pp. 375 e ss., segn. 392 e ss..

mercati che presentino un elevato livello di concentrazioni potrà imporre obblighi di trasparenza e non discriminazione molto stringenti; in mercati contraddistinti da una difficile duplicabilità (in termini fisici) delle infrastrutture, infine, potrà assicurare un elevato livello di accesso, gravando l'operatore dominante dell'obbligo di concederlo, a condizioni predeterminate in sede amministrativa, ai suoi concorrenti.

Ciò significa che la sottoposizione ad obblighi di accesso rappresenta l'*extrema ratio* del nuovo sistema, animato dalla consapevolezza che "l'accesso imposto dalle autorità nazionali [...], a breve termine, accresce il livello di concorrenza, [ma] non deve disincentivare i concorrenti dall'effettuare investimenti in risorse alternative che, a lungo termine, garantirebbero un livello di concorrenza più elevato."⁸⁶

Anche nei mercati in cui la sottoposizione a limitazioni del potere dominicale sulla rete presenta un carattere più costante ed esteso (è il caso dell'accesso al *local loop*, o ultimo miglio, vale a dire al tratto terminale delle reti che rende possibile l'accesso dell'utenza), occorre previamente verificare che "tali obblighi siano proporzionati agli obiettivi definiti nell'articolo 8 della direttiva 2002/21/CE" e che ricorrano degli ulteriori presupposti (i quali, per più versi, ricordano il *four prong test* della dottrina delle *essential facilities*)⁸⁷.

La realizzazione di un quadro di disciplina comune, dal punto di vista generale e astratto, a tutte le reti pubbliche di comunicazione elettronica, dunque, non corrisponde all'estensione a beni privati, costituenti gli impianti di rete dei nuovi entranti, di un regime analogo a quello della destinazione necessaria, un tempo

⁸⁶ Considerando n. 19 Dir. 02/19/Ce cit.. Sul punto cfr. T. SALONICO, *Liberalizzazione e sviluppo delle reti*, in A. PREDIERI – M. MORISI (a cura di), *L'Europa delle reti* cit. pp. 190 e ss.; M. POLO – F. DENOZZA, *Le reti*, in E. BRUTI LIBERATI – M. FORTIS (a cura di), *Le imprese multiutility. Aspetti generali e prospettive dei settori a rete*, Bologna 2001, pp. 43 e ss. e 58 e ss..

⁸⁷ La liberalizzazione dell'attività di fornitura della rete di ultimo miglio è una delle più recenti acquisizioni del processo pre-concorrenziale; benché gli ostacoli normativi siano stati ampiamente rimossi dalla legislazione, tuttavia, l'onerosità della realizzazione del *local loop* rende permanente la necessità di imporre all'*incumbent* la pubblicazione di condizioni disaggregate di accesso alla propria rete e la sottoposizione del medesimo ad un obbligo di accesso a carattere assai esteso. V. Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2887 del 18 dicembre 2000, relativo all'accesso disaggregato alla rete locale e, in dottrina, M. CAPANTINI, *La disciplina dell'accesso* cit., pp. 238 e ss..

vigente per la rete del monopolista. È vero piuttosto il contrario: e cioè che il regime pubblicistico sia cessato anche per quanto riguarda la rete che vi era sottoposta in costanza dell'appartenenza allo Stato.

La rete di cui è titolare Telecom Italia S.p.a., soggetto derivato dalla trasformazione delle società pubbliche già concessionarie del pubblico servizio (e titolare degli impianti di rete una volta di proprietà statale) non differisce in nulla, sotto il profilo giuridico e oggettivo, dalle altre "reti pubbliche di comunicazioni elettroniche"⁸⁸.

Nel regime della riserva, il vincolo di destinazione all'interesse pubblico è, infatti, rappresentato dall'asservimento indefettibile del bene al servizio pubblico. La legge impedisce, cioè, che la rete sia distolta dall'attività pubblica di prestazione svolta da un soggetto per fine istituzionale e, conseguentemente, che essa venga impiegata ad altri fini dal suo titolare, mediante uno sfruttamento atipico; *a fortiori*, tale assetto impone che la rete sia sottratta alla facoltà di disposizione del titolare ed al potere di apprensione dei suoi creditori.⁸⁹

Nel sistema attuale, da una parte, l'abrogazione dell'art. 26 del Codice postale del '73 ha fatto venir meno il regime di inalienabilità ed impignorabilità: a seguito dell'approvazione del Codice delle comunicazioni elettroniche, infatti, anche gli impianti di rete sono indiscutibilmente ricondotti all'ambito della garanzia generica per le obbligazioni assunte da Telecom Italia S.p.a., ai sensi dell'art. 2740 c.c..

⁸⁸ Le vicende successorie inerenti alla gestione dei servizi di telecomunicazione sono accuratamente descritte in N. RANGONE, *I servizi pubblici* cit., pp. 193 e ss.. Per quanto più da vicino concerne la presente analisi deve quantomeno sottolinearsi che le reti pubbliche di telecomunicazioni sono state trasferite in mano ad un soggetto formalmente privato – IRITEL S.p.a. – dalla Legge 29 gennaio 1992, n. 58, "Disposizioni per la riforma del settore delle telecomunicazioni" (in Gazz. Uff., 5 febbraio, n. 29), la quale, procedendo alla soppressione dell'Azienda di Stato per i Servizi Telefonici, all'art. 3 dispone che "gli impianti, i beni mobili, i beni immobili sedi di impianti, di magazzini e di officine, inclusi pertinenze ed accessori, ivi compresi quelli in corso di realizzazione e quelli per i quali sono stati emessi i relativi ordini di acquisto, attinenti a servizi concessi ai sensi del comma 1 dell'art. 1, appartenenti all'Azienda di Stato per i servizi telefonici ed all'Amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni, sono trasferiti in proprietà alla Società". Di questo complesso di beni, un tempo presidio e fondamento del monopolio naturale, è oggi proprietaria la società Telecom Italia (già STET) S.p.a., interamente privatizzata.

⁸⁹ S. CASSARINO, op. cit., pp. 121 e ss..

Che, poi, la destinazione necessaria del bene sia rivelata da previsioni limitative dell'autonoma determinazione dello stesso titolare dell'infrastruttura è cosa smentita dalla disciplina testé analizzata. Se, con tale destinazione, si intende sottolineare la limitata commerciabilità del bene, la tesi è confutata dalla considerazione secondo cui il potere di disposizione è addirittura incentivato e promosso da parte della legislazione.

Né, d'altro canto, può sostenersi che la previsione di un intervento regolatorio volto a “garantire l'accesso e l'interconnessione per le reti di comunicazione elettronica” costituisca espressione di una rinnovata destinazione pubblica necessaria: in linea con le previsioni del pacchetto di direttive comunitarie, come più volte evidenziato, accesso e interconnessione sono infatti oggetto di una disciplina “flessibile” e proporzionale all'esigenza di promuovere “concorrenza sostenibile, innovazione e vantaggi per i consumatori”⁹⁰.

Non aiuta nella comprensione del regime di disciplina neo-introdotta, insomma, l'assunto di una pretesa destinazione pubblica necessaria della rete. Decisivo, a questo fine, è il presupposto che l'art. 16, paragrafi 2 e 4 della Direttiva Quadro, da un lato, e l'art. 8, par. 2, della Direttiva Accesso⁹¹, dall'altro, indicano come indefettibile per l'applicazione, in via proporzionale, delle misure a carico degli operatori che detengano SMP: vale a dire “se uno dei mercati rilevanti [non] sia *effettivamente concorrenziale*”.

È nella disciplina giuridica dei rapporti tra gli attori del mercato, infatti, che trovano asilo – insieme a principi e regole che prescindono da ogni riferimento alle reti e non pongono misure correttive inerenti alla loro gestione – le norme analizzate.

Ciò non significa, tuttavia, che l'azione della regolazione volta a limitare, in più forme, il potere di godimento e disposizione del titolare della rete (*rectius*: il suo potere di gestione dell'impresa) trovi il proprio esclusivo fondamento negli interessi protetti dalla disciplina di diritto comune della concorrenza.

⁹⁰ Concetto ribadito dall'art. 4. c. 2, lett. f), Cod. com. el..

⁹¹ Cfr. art. 19 Cod. com. el.

Nel valutare il grado di competitività del mercato rilevante analizzato, infatti, l'Autorità di regolazione dovrà interpretarne i caratteri attraverso il raffronto con quelli del modello normativamente definito dall'art. 8 della Direttiva Quadro (e dagli artt 4 e 13 del Codice delle comunicazioni): dovrà determinare cioè, in base al grado di soddisfazione degli interessi – da quel modello assunti come – rilevanti, quali siano le insufficienze presentate dal mercato stesso.

Interconnessione e accesso non sono compresi, come illustrato, nella cerchia di questi interessi. Essi sono piuttosto degli strumenti fruibili nel perseguimento dei suesposti fini, il cui impiego è peraltro, oltre che eventuale, concorrente (o alternativo) a quello di altri correttivi: vale a dire gli obblighi di cui alla Direttiva Servizio Universale.

Su questa premessa si può tentare di delineare un sistema delle norme in materia di reti di comunicazione elettronica.

Una volta assunto a obiettivo la promozione dell'efficienza economica e della concorrenza, la regolazione deve puntare a creare un mercato capace di assicurare – *ex se* – la spontanea soddisfazione degli interessi pubblici associati alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche. L'attività amministrativa deve, insomma, favorire la nascita di interessi utilitaristici inerenti alla prestazione del servizio economico in modo conforme all'interesse generale, secondo uno *standard* adeguato di qualità e accessibilità da parte dell'utenza.

Solo in questa prospettiva i diversi (e, a tratti, divergenti) obiettivi della regolazione trovano organicità: per loro mezzo la legislazione disegna il modello di un mercato concorrenziale qualificato da caratteri di accessibilità universale e crescita sostenibile.

Ciò è confermato dal comune presupposto previsto per l'adozione, da parte delle NRA, di misure in materia di imposizione di obblighi – di accesso e interconnessione o di servizio universale – dall'art. 16 par. 2 della Direttiva Quadro: se l'*effettiva concorrenza* è quella che soddisfa tutti gli interessi di cui la norma dell'art 8 Dir. 02/21/CE assume la priorità, allora lo studio delle inefficienze di un mercato “non effettivamente concorrenziale” consiglierà, di volta in volta, di imporre in via diretta, ad uno o più operatori, l'obbligo di fornire

quel servizio (ed ai suoi concorrenti di sopportarne, *pro quota*, il costo) o di dare a quel settore un assetto 'di rete' tale da introitare, come campo di spontanea e piena competizione, quell'obbiettivo.