

## L'ORDINAMENTO DELLA COMUNICAZIONE(\*)

Alessandro Pace

Sommario: 1. *Il significato di «ordinamento della comunicazione». Un approccio preliminare.* - 2. *La esclusiva ricomprensione delle telecomunicazioni e della radiotelevisione nell'ordinamento «delle comunicazioni».* - 3. *Una condivisibile perplessità metodologica.* - 4. *La conferma dell'esclusione dell'editoria e stampa dall'ordinamento «delle comunicazioni».* - 5. *La ricomprensione della disciplina degli spettacoli nella competenza legislativa concorrente regionale in materia di promozione culturale.* - 6. *La conferma dell'esclusione delle poste dall'ordinamento «delle comunicazioni».* - 7. *La disciplina comunitaria delle telecomunicazioni e le sue conseguenze sul diritto nazionale.* - 8. *Segue. Precisazioni costituzionalistiche sul punto.* - 9. *Ammissibilità e limiti della potestà legislativa di dettaglio in materia di comunicazioni elettroniche e radiotelevisive.*

### 1. *Il significato di «ordinamento della comunicazione». Un approccio preliminare.*

L'unilaterale riforma del titolo V della Parte II della nostra Costituzione, da parte della maggioranza di centrosinistra, nella XIII legislatura, ha determinato, com'è ormai unanimemente riconosciuto<sup>(1)</sup>, conseguenze gravissime sul terreno politico-istituzionale, avendo, tra l'altro, accreditato la tesi che la revisione della Costituzione possa essere effettuata anche da una striminzita maggioranza.

Ma oltre che per la sua unilateralità e per la esigua maggioranza con la quale è stata votata, la legge cost. n. 3 del 2001 è criticabile per la sua sostanziale «monocameralità», essendo a tutti noto che, per la fretta di approvare la revisione prima della fine della XIII legislatura, il Senato non fu posto in grado di dare il suo fattivo contributo critico al testo predisposto e approvato dalla Camera.

Ebbene, di questo duplice vizio - l'unilateralità e la frettolosa monocameralità - è segnato, profondamente e indelebilmente, proprio il punto centrale dell'architettura generale della riforma del titolo V, e cioè quell'elenco delle materie, al quale, com'è noto, «è, in massima parte, rimessa la funzione di individuare il punto di equilibrio tra le ragioni dell'unità e quelle dell'autonomia: tra gli interessi unitari ed infrazionabili (il cui soddisfacimento richiede l'intervento del legislatore statale) e le esigenze di differenziazione (che chiamano in causa i legislatori periferici)»<sup>(2)</sup>.

---

\* L'articolo riproduce, con alcune aggiunte e integrazioni, una delle relazioni al Convegno su «*Le garanzie nel sistema locale delle comunicazioni: le deleghe ai Co.re.com.*» organizzato dal Fornez e dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, tenuto a Roma il 5 ottobre 2004.

<sup>1</sup> V. ad es. l'intervista dell'ex Presidente Scalfaro di **V. Ragone**, *Scalfaro "chiama" Ciampi: distruggono la Costituzione*, in *La Repubblica*, 1 ottobre 2004, p. 23.

<sup>2</sup> **A. D'Atena**, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 15.

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

A tale conclusione non è però giuridicamente possibile pervenire:

- in primo luogo perché è assolutamente pacifico che alla comunicazione, in un senso così ampio, il nostro ordinamento non ha mai riservato una specifica disciplina settoriale (e la disciplina di settore è l'unico significato possibile per una disciplina che pretenda di essere «ordinamentale»)<sup>(4)</sup>;

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

Nei confronti di queste ultime non possono infatti, secondo l'art. 15 Cost., essere imposti quei limiti - come invece nell'art. 21 Cost. - che presuppongono la «manifestazione», e cioè la pubblica esternazione, del pensiero (limiti del buon costume, della **diffamazione, del vilipendio** ecc.). Inoltre, diversamente dalla stessa libertà di manifestazione, solo l'autorità giudiziaria può disporre limitazioni ad essa «per atto motivato» e «con le garanzie stabilite dalla legge»<sup>(5)</sup>.

---

<sup>3</sup> Nel momento in cui licenzio questo mio scritto (30 ottobre 2004) risulta approvata dalla Camera, in prima lettura, la riforma della Parte seconda della Costituzione di cui al discutibilissimo disegno di legge costituzionale del Governo Berlusconi II. Allo stato, l'art. 117 Cost. risulta modificato, sul punto, come segue. Mentre l'«ordinamento della comunicazione» viene attribuito alla potestà legislativa esclusiva dello Stato [art. 117, comma 2, lett. u)], alla potestà legislativa concorrente è attribuita la «comunicazione di interesse regionale, ivi compresa l'emittenza in ambito regionale, la promozione in ambito regionale dello sviluppo delle comunicazioni elettroniche» (art. 117, comma 3).

Una formula, quest'ultima, che non solo sconta l'ambiguità della originaria locuzione «ordinamento della comunicazione» - ambiguità unanimemente rilevata (e che opportunamente avrebbe potuto essere evitata in sede di revisione costituzionale) -, ma addirittura l'aggrava, con l'accenno, assolutamente sibillino, alla «promozione in ambito regionale dello sviluppo delle comunicazioni elettroniche».

<sup>4</sup> Giustamente **P. Caretti**, *Il ruolo delle Regioni nell'ordinamento della comunicazione. Profili generali e problemi aperti*, in **Id.**, *Stato, Regioni, enti locali tra innovazione e continuità. Scritti sulla riforma del Titolo V della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 128, osserva che «Siamo di fronte, infatti, ad una serie di spezzoni normativi che disciplinano i diversi segmenti di cui si compone il sistema della comunicazione sociale, ma ancora lontani da un vero e proprio ordinamento». Analogamente critica, sul punto, è **A. Valastro**, *Il futuro dei diritti fondamentali in materia di comunicazione dopo la riforma del titolo V*, in **AA.VV.**, *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Cedam, Padova, 2003, p. 860 ss.

<sup>5</sup> In altre parole, è la «riservatezza del mezzo» ( *rectius*, è la riservatezza che *si ritiene* assicurata da un dato mezzo, in considerazione delle sue caratteristiche tecniche, secondo aspettative obiettivamente ragionevoli) ciò che determina l'applicabilità della disciplina più garantistica dell'art. 15 Cost. anziché quella dell'art. 21 Cost. La caratteristica differenziale non sta invece, come da altri si ritiene, nella sola infungibilità del destinatario. Che questa infungibilità sia propria delle comunicazioni riservate (art. 15) e non delle manifestazioni (art. 21), è indubbio, ma, a ben vedere, essa non costituisce altro che la conseguenza della riservatezza del mezzo. Quando il mittente utilizza una forma riservata di comunicazione, la infungibilità del destinatario è infatti, per così dire, *in re ipsa*.

Allorché invece, per le forme utilizzate, sia ravvisabile una «manifestazione» (e cioè un'espressione «pubblica» di pensiero) - rivolta tanto a destinatario indeterminato o fungibile, quanto a destinatario determinato e infungibile (come la cartolina postale o... una serenata d'altri tempi)- la disciplina applicabile è quella dell'art. 21, che è notoriamente meno garantistica di quella dell'art. 15 (tranne che per la stampa periodica: art. 21 commi 2 e 3). Il che appunto si

Di qui l'ovvia conclusione dell'esclusiva competenza del legislatore statale relativamente alla disciplina attuativa dell'art. 15 Cost., venendo in gioco, nella specie, le materie previste dall'art. 117, comma 2, lett. I), Cost. (giurisdizione e norme processuali, ordinamento civile e penale)<sup>6</sup> nonché, in via eccezionale, quelle previste alle lett. d) ed l) dello stesso articolo (sicurezza dello Stato, ordine pubblico e sicurezza, nelle ipotesi di reati di mafia, eversione politica e terrorismo).

## 2. La esclusiva ricomprensione delle telecomunicazioni e della radiotelevisione nell'ordinamento «delle comunicazioni».

Se, allora, è alla disciplina «delle comunicazioni» (e non «della comunicazione») che deve farsi riferimento, sembra difficilmente contestabile che la locuzione indicata nell'art. 117, comma 3, concerna esclusivamente le telecomunicazioni e la radiotelevisione.

A tale conclusione è del resto immediatamente pervenuto, subito dopo l'entrata in vigore della legge cost. n. 3 del 2001, il Presidente dell'AgCom, prof. Enzo Cheli, nell'ambito delle audizioni sugli effetti, nell'ordinamento, della revisione del titolo V della Parte II della Costituzione. In quella sede il prof. Cheli ha infatti rilevato che

---

giustifica per il fatto, che solo con riferimento alle manifestazioni di pensiero (art. 21 Cost.) possono – tautologicamente – essere predicati limiti per i quali...la pubblica esternazione del pensiero costituisce elemento costitutivo della fattispecie vietata.

Non esiste pertanto una «zona grigia» tra art. 15 e art. 21 (come invece si ritiene *ex adverso*), nella quale zona grigia si collocherebbero i più recenti mezzi di comunicazione e di diffusione ( *payTV*, *pay per view*, *near-video-on-demand*, *video-on-demand*, *internet*). Conseguentemente il messaggio telematico rientra nella disciplina dell'art. 15 o in quella dell'art. 21 Cost. a seconda che esso presenti, o non, quelle garanzie tecniche di segretezza che ne rendono, almeno tendenzialmente, impossibile la conoscibilità da parte di soggetti diversi da quello (o da quelli) a cui il messaggio è rivolto.

Tale tesi è stata da me prospettata nel commento all'Art. 15, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Gius. Branca, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1977, pp. 80 ss.; e successivamente sviluppata nella *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, II ed., Cedam, Padova, 1992, pp. 241 ss. (ed ivi, a p. 248, talune rettifiche alla tesi, inizialmente sostenuta, secondo la quale l'art. 15 Cost. tutelerebbe le sole comunicazioni trasmesse con accorgimenti tali da renderne, di norma, materialmente impossibile la captazione del contenuto da parte di terzi); nel *Commento all'art. 13 comma 1*, in **C. M. Bianca** (cur.), *Formazione, archiviazione e trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici* (d. P. R. 10 novembre 1997, n. 513), in *Le nuove leggi civ. comm.*, Cedam, Padova, 2000, pp. 785 ss.; e infine nell'*Appendice di aggiornamento 2002* alla *cit. Problematica*, Cedam, Padova, 2002, p. 12 s.

A tale tesi è stato obiettato che, facendo essa rientrare le comunicazioni intersoggettive «non riservate» nella disciplina dell'art. 21, non ne garantirebbe l'aspetto trasmissivo, invece indiscutibilmente tutelato dall'art. 15 Cost. (così **A. Valastro**, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 144 ss.). A questa acuta obiezione può però replicarsi (v. i due scritti citati per ultimi) che la specifica garanzia costituzionale dell'aspetto trasmissivo non è affatto assente – secondo la mia impostazione - nelle comunicazioni «aperte» rivolte a destinatario determinato, ma discende da altre norme costituzionali (e cioè dagli artt. 3, 41, 97 e 120 Cost.) dalle quali risulta per più versi tutelata tanto la pretesa del mittente di far pervenire al destinatario il messaggio (scritto, parlato o iconico; elettronico o cartaceo, ma comunque esteriormente riconoscibile come tale), quanto la pretesa del destinatario di ricevere il messaggio a lui indirizzato.

In senso contrario, sotto l'uno o l'altro dei passaggi della tesi da me sostenuta, v. **P. Barile e E. Cheli**, voce *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. dir.*, vol. X, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 745 ss.; **P. Caretti**, voce *Corrispondenza (libertà di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Utet, Torino, 1989, pp. 201 ss.; **Id.**, *I diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 262 e p. 275; **R. Zaccaria**, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, V ed., Cedam, Padova, 2004, p. 117 s.; **A. Valastro**, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, cit., p. 171, nonché, ancora di recente, **E. Cheli**, *Conclusioni*, in **G. Morbidelli e F. Donati** (cur.), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 186 s..

<sup>6</sup> Sulla nozione di ordinamento penale v. Corte cost., sentenze nn. 185 e 196 del 2004; su quella di ordinamento civile, v. sent. n. 282 del 2004.

«...in questo vuoto di riferimenti, quello più diretto alla materia che è stata così indicata nella riforma può essere ricercato nella legge 31 luglio 1997, n. 249. Quest'ultima, nell'istituire l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e nel modificare la denominazione del Ministero delle poste e delle telecomunicazioni in Ministero delle comunicazioni, ha adottato il termine "comunicazioni" al plurale, riferendolo sia al settore delle telecomunicazioni che a quello radiotelevisivo. Se così è, l'espressione "ordinamento della comunicazione" - concludeva il prof. Cheli - potrebbe ritenersi coincidente con quel sistema delle comunicazioni che è stato posto ad oggetto della legge n. 249 del 1997 e delle successive modifiche»<sup>(7)</sup>.

Così opinando il Presidente dell'AgCom ha di fatto seguito, per l'interpretazione della locuzione in esame (*rectius*, della locuzione «ordinamento "delle comunicazioni"»), il criterio «storico-normativo», il quale notoriamente individua il significato delle materie sulla base della normazione vigente all'epoca del suo intervento<sup>(8)</sup>. Del resto, come vedremo nel prosieguo, a tale conclusione si perviene anche alla stregua di un'interpretazione di tipo sia sistematico che finalistico. Per contro di scarsa utilità sono i lavori preparatori, che o provano troppo oppure sono contraddittori<sup>(9)</sup>.

Del pari non sembra condivisibile la tesi, pur autorevolmente sostenuta, secondo la quale l'ordinamento della comunicazione si presenterebbe «non come una materia in senso tradizionale, ma come un insieme di valori costituzionali, la cui implementazione spetta a tutti i soggetti titolari di funzioni politiche, dunque non solo allo Stato, ma anche alle Regioni, con riferimento ovviamente agli interessi localizzati sul territorio regionale ed alla cui cura l'ente Regione è preposto»<sup>(10)</sup>. Al riguardo sembrano prospettabili talune riserve. E' bensì vero che la dottrina in esame intende sviluppare un pensiero già enunciato dalla Corte costituzionale nella famosa sent. n. 348 del 1990, ma lo fa largamente eccedendo quella premessa. Infatti mentre allora la Corte aveva fondato, sull'informazione considerata come «un valore

---

<sup>7</sup> Audizione del 27 novembre 2001, in **Prima Commissione permanente del Senato della Repubblica**, *Indagine conoscitiva sugli effetti nell'ordinamento delle revisioni del titolo V della Parte II della Costituzione*, vol. I, Senato della Repubblica, Roma, 2002, p. 169. Nello stesso senso v. **E. Carloni**, *L'ordinamento della comunicazione dopo la (ed alla luce della) riforma del titolo V della Parte II della Costituzione*, in questa *Rivista*, 2002, pp. 1015 ss..

<sup>8</sup> ... allo scopo di sottrarlo ai condizionamenti del futuro legislatore, sia esso statale (che, nella situazione attuale, non avrebbe nemmeno la possibilità effettuale di farlo) sia esso regionale (inidoneo a svolgere una siffatta funzione prescrittiva, in conseguenza del limite territoriale d'efficacia delle sue manifestazioni normative). In questo senso, nella letteratura italiana, v. soprattutto **A. D'Atena**, *L'autonomia legislativa delle regioni*, Bulzoni, Roma, p. 1974, 118 s.; **Id.**, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, cit., p. 19 s..

<sup>9</sup> In favore dell'utilizzo dei lavori preparatori, in quanto la riforma del titolo V sarebbe stata contrattata con le autonomie territoriali, v. invece **M. Orofino**, *L'"ordinamento della comunicazione" tra direttive comunitarie e riforma del titolo V della Parte II della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 54 ss., il quale, dalla reiezione dell'emendamento volto all'inclusione, nell'art. 117, comma 3, delle «poste e telecomunicazioni» argomenta la volontà della maggioranza di ricondurre tutti i diversi sottosettori alla competenza concorrente, senza quindi prendere in considerazione la differenza sostanziale e storica di tali sottosettori, che è il minimo che si può richiedere ad un legislatore costituzionale.

Contro l'utilizzabilità dei lavori preparatori v. anche **P. Caretti**, *Il ruolo delle Regioni nell'ordinamento della comunicazione*, cit., p. 127.

<sup>10</sup> Così **P. Caretti**, *Il ruolo delle Regioni nell'ordinamento della comunicazione*, cit., p. 129.

essenziale per la democrazia», una specifica competenza legislativa regionale avente un oggetto determinato (l'erogazione di provvidenze all'editoria), la dottrina qui esaminata va ben oltre e - in un quadro costituzionalmente variato - assoggetta alla competenza sia dello Stato che delle Regioni tutti i settori nella quale opera «la più ampia libertà di comunicazione sociale» e, quindi, «tutti i mezzi attraverso i quali tale libertà può essere esercitata»<sup>(11)</sup>.

Che le norme giuridiche sottendano sempre giudizi di valore è ovviamente condivisibile. Da ciò tuttavia non consegue che un «valore», di per sé considerato (e quale che esso sia), possa costituire il contenuto di una competenza <sup>(12)</sup>. L'evocazione del valore si limita infatti a giustificare l'allocazione della competenza in un senso o in un altro (ne costituisce, cioè, il presupposto); ma di per sé non ci dice nulla sull'identificazione del contenuto (e cioè sulle modalità operative) di essa. Ciò è così vero, che la stessa dottrina in esame è costretta ad ammettere che «se si accetta l'impostazione proposta (...), il confine tra competenza statale e competenza regionale probabilmente è un confine mobile e non cristallizzabile nel modello di competenza concorrente»<sup>(13)</sup>.

Ma v'è di più. Potrebbe infatti osservarsi che la mera evocazione dei valori (come contenuto della competenza) dà vita non già al prospettato «confine mobile» tra le competenze dello Stato e delle Regioni, ma piuttosto ad un «concorso libero tra più fonti». E un siffatto concorso non solo è estraneo al principio di competenza<sup>(14)</sup>, ma ne costituisce addirittura la negazione<sup>(15)</sup>, posto che il concorso libero tra più fonti non suppone né una «distinzione *di fonti* in relazione a materie», né una «differenziazione *di contenuti normativi* in relazione a materie»<sup>(16)</sup>.

...E ciò senza contare che, in conseguenza del ribaltamento della potestà legislativa residuale (art. 117, comma 4, Cost.), l'idea sottesa alla sent. n. 348 del

---

<sup>11</sup> Così **P. Caretti**, *Il ruolo delle Regioni nell'ordinamento della comunicazione*, cit., p. 129.

<sup>12</sup> Nel senso che anche la tutela dell'ambiente (art. 117, comma 2, lett. s) costituisca un valore costituzionalmente protetto v. Corte cost., sent. n. 407 del 2002, seguita dalle sentenze nn. 536 del 2002, 96 e 222 del 2003, 259 del 2004.

<sup>13</sup> Così **P. Caretti**, *Il ruolo delle Regioni nell'ordinamento della comunicazione*, cit., p. 130.

<sup>14</sup> Così **V. Crisafulli**, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, p. 804.

<sup>15</sup> Il concorso libero tra più fonti non costituisce invece la negazione del principio di gerarchia, essendo ovvio che l'intervento della fonte gerarchicamente superiore (ovvero con più estesa competenza) sottrae, di per sé, la competenza alla fonte inferiore (o con meno estesa competenza), in forza del principio di preferenza.

Cosa diversa dal concorso libero tra fonti è il concorso alternativo [sul quale v. **F. Modugno**, voce *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Giuffrè, Milano, 1997, p. 571], il cui ordinato funzionamento presuppone però l'esistenza di una norma sulla produzione (di rango costituzionale o, comunque, gerarchicamente superiore ad entrambe) la quale contempli le condizioni, ricorrendo le quali, si concretizza la competenza dell'una o dell'altra fonte concorrente (come ad es. accade con la competenza sostitutiva del *Bund* nella *konkurrierende Gesetzgebung* dell'ordinamento federale tedesco: art. 72, comma 2, GG).

<sup>16</sup> **V. Crisafulli**, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, cit., p. 808.

1990 si ritorce contro le stesse Regioni che, dal concorso libero tra più fonti, hanno, di conseguenza, tutto da perdere<sup>(17)</sup>.

### 3. Una condivisibile perplessità metodologica.

Si è detto che alla conclusione di ricomprendere nella locuzione in oggetto le sole telecomunicazioni e radiotelevisione si perviene agevolmente in considerazione delle materie disciplinate dalla legge n. 249 del 1997<sup>(18)</sup>, la quale, in effetti, configura una disciplina unitaria, e quindi, se così si vuole, un ordinamento delle comunicazioni elettroniche<sup>(19)</sup>. Quanto all'esclusione dell'editoria e stampa si è però osservato, con riferimento all'interpretazione offerta dal Presidente dell'AgCom, che il richiamo alla legge n. 249 del 1997 potrebbe «condurre ad esiti diversi a seconda che sia inteso con riferimento alla disciplina sostanziale della legge n. 249, relativa essenzialmente alla radiotelevisione e alle telecomunicazioni, o piuttosto alla sfera di competenze attribuite all'Autorità, relative alla stampa e all'editoria»<sup>(20)</sup>.

---

<sup>17</sup> Una conferma dell'esattezza di tale rilievo ci viene dalla recente sent. n. 307 del 2004 della Corte costituzionale, nella quale la Corte ha respinto un ricorso della Regione Emilia-Romagna che lamentava l'invasione, da parte dello Stato, della propria competenza esclusiva (residuale), a fronte della previsione, nella legge dello Stato da essa impugnata, di incentivi all'acquisto e all'utilizzo di *computer* da parte di giovani. La motivazione della pronuncia di rigetto è infatti nel senso, che l'intervento statale, «non accompagnato da alcuna disciplina sostanziale riconducibile a specifiche materie non risulta invasivo di competenze legislative regionali». (Con il che la Corte evidentemente dimentica che, nel nuovo art. 117, comma 4, Cost., il silenzio su una data materia non significa che la competenza non spetta a nessuno, ma implica la competenza residuale regionale, contrariamente al disegno costituzionale originario).

Muovendosi nella stessa ottica della citata sent. n. 348 del 1990 (esplicitamente richiamata), ma in un contesto normativo competenziale radicalmente diverso da quello esistente nel 1990, la Corte motiva il rigetto sulla base dell'affermazione che un intervento statale teso a incentivare l'acquisto e l'utilizzo di *computer* corrisponderebbe «a finalità di interesse generale, quale è lo sviluppo della cultura, nella specie attraverso l'uso dello strumento informatico»; e pertanto farebbe capo «alla Repubblica in tutte le sue articolazioni, anche al di là del riparto di competenze per materia fra Stato e Regioni di cui all'art. 9 Cost.». Il che in buona sostanza significa che una competenza, la quale, nelle stesse premesse logiche della Corte (e cioè il silenzio della Costituzione sul punto), spetterebbe esclusivamente alle Regioni («non essendo riconducibile a specifiche materie»), si trasforma in un concorso libero tra fonte statale e fonti regionali, in violazione sia dell'art. 117 Cost., sia del concetto stesso di competenza.

<sup>18</sup> ...ma non in considerazione delle competenze spettanti al Ministero delle comunicazioni in forza dell'art. 32 *bis* d.lvo 30 luglio 1999, n. 300 (Riforma dell'organizzazione del Governo, a norma dell'art. 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59), così come modificato dall'art. 5 d.l. 12 giugno 2001, n. 217, conv. nella legge 3 agosto 2001, n. 317. Questa tesi, già da me prospettata in precedenza (A. Pace, *Considerazioni finali*, in G. Morbidelli e F. Donati (cur.), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, cit., p. 178 ss.), non mi sembra, a ben vedere, più sostenibile, dacché ho constatato che la modifica dell'art. 32 *bis* del d.lvo n. 300 del 1999, da parte dell'art. 3 d.l. n. 217 del 2001, è avvenuta solo nel giugno del 2001, quando ormai le Camere avevano approvato quella che poi sarebbe stata la legge cost. n. 3 del 2001.

Ad ogni buon conto si riporta il testo dell'art. 32 *bis* d.lvo n. 300 del 1999, così come modificato dal cit. art. 5: «1. È istituito il Ministero delle comunicazioni. 2. Al Ministero sono attribuite le funzioni e i compiti spettanti allo Stato in materia di poste, telecomunicazioni, reti multimediali, informatica, telematica, radiodiffusione sonora e televisiva, tecnologie innovative applicate al settore delle comunicazioni, ferme restando le competenze in materia di stampa ed editoria del Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Restano ferme le competenze dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni».

<sup>19</sup> In questo senso v. anche E. Carloni, *L'ordinamento della comunicazione*, cit., p. 1017.

<sup>20</sup> A. Valastro, *Il futuro dei diritti fondamentali in materia di comunicazione*, cit., p. 866 s. Sul punto v. anche R. Niro, *L'ordinamento della comunicazione nel nuovo Titolo V: la continuità nel segno della leale collaborazione (fra passione e ragione)*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3083 nota 3.

Di qui la conseguenza che, quale che sia l'impostazione preferibile, ci si deve comunque far carico di spiegare - quanto meno a fini di completezza - la causa dell'esclusione dall'ordinamento delle «comunicazioni» dell'editoria e stampa, della disciplina della cinematografia e del teatro (e in genere dello spettacolo) e infine delle poste. Queste ultime - nonostante tutto<sup>(21)</sup> - potrebbero infatti teoricamente rientrare nell'ordinamento delle «comunicazioni», qualora si sostenesse che le competenze ivi considerate siano quelle previste dall'art. 5 d.l. n. 217 del 2001, in quanto tale disposizione, ancorché successiva all'approvazione parlamentare della legge cost. n. 3 del 2001, si sarebbe limitata, a formalizzare competenze già in precedenza attribuite al Ministero PP.TT. con leggi e regolamenti<sup>(22)</sup>.

#### 4. La conferma dell'esclusione dell'editoria e stampa dall'ordinamento «delle comunicazioni».

Ebbene, volendo iniziare dal problema dell'editoria e stampa, non può dimenticarsi che tra stampa e televisione (e *a fortiori* tra stampa e telecomunicazioni) c'è una fondamentale differenza, che le esclude dalla disciplina della legge n. 249 del 1997<sup>23</sup>.

Tale differenza non consegue, ovviamente, da ciò che la stampa non costituirebbe un mezzo di comunicazione di massa (il che sarebbe non solo inesatto ma addirittura antistorico)<sup>(24)</sup>; ma consegue dalla circostanza che la stampa ha sempre goduto della sua stretta prossimità con la libertà individuale di manifestazione del pensiero (confondendosi talora con essa), come è storicamente comprovato da talune Carte costituzionali sette- e ottocentesche, nelle quali, com'è noto, la proclamazione della sola libertà di stampa (e non quindi anche la libertà di parola)<sup>(25)</sup>, stava appunto a significare che la stampa veniva affermata come

---

<sup>21</sup> V. *supra* la nota 18.

<sup>22</sup> In verità l'art. 5 d.l. n. 217 del 2001 non è innovativo, ma costituisce, a ben vedere, il precipitato delle varie norme attributive di competenza al Ministero PP.TT., prima ancora della riforma dell'organizzazione del Governo (d.lvo 30 luglio 1999, n. 300). Si vedano infatti, in primo luogo, il d.l. 1° dicembre 1993, n. 487, convertito in l. 29 gennaio 1994, n. 71, in particolare gli artt. 11 e ss. Ma, prima ancora, si v. anche l'ordinamento dell'amministrazione delle poste e telecomunicazioni, come delineato a partire dall'istituzione del relativo Ministero con r.d. 10 marzo 1889 n. 5973, e come progressivamente evolutosi negli anni successivi, in corrispondenza delle mutate esigenze legate alla gestione dei servizi ad esso affidati. V. il r.d.l. 23 aprile 1925, n. 520 convertito nella legge 27 marzo 1927, n. 597; il d. lgt. 12 dicembre 1944, n. 413; la legge 5 giugno 1952, n. 656, la legge 12 marzo 1968, n. 325 e il d.m. 11 marzo 1973.

<sup>23</sup> In senso favorevole alla ricomprensione della stampa e dell'editoria nell'«ordinamento della comunicazione» v. invece **E. Carloni**, in **R. Zaccaria e altri**, *L'ordinamento della comunicazione tra Stato e Regioni*, in **V. Cerulli Irelli e C. Pinelli** (cur.), *Verso il federalismo*, Astrid, Roma, 2004, p. 316 ss., che però, in ultima analisi, finisce per concordare con la tesi, qui sostenuta, secondo la quale gli unici spazi effettivamente disponibili per il legislatore regionale sono quelli dei sostegni economici alle imprese editoriali.

<sup>24</sup> V. ampiamente, sul punto, **A. Pace**, voce *Comunicazioni di massa (diritto)*, in *Enc. scienze sociali*, vol. II, Ist. Enc. it., Roma, 2002, p. 177 s. (ma v. *ivi*, p. 173, il rilievo che il mezzo tecnologicamente di più facile accesso soppianta ineluttabilmente il mezzo tecnologicamente più datato).

<sup>25</sup> V. ad es. le Dichiarazioni dei diritti di svariate colonie americane (Virginia, 1776, sez. 12; North Carolina, 1776, art. XV; New Hampshire, 1784, art. XXII; Massachusetts, 1789, art. XVI) e talune costituzioni europee ottocentesche (Cost. belga, 1831, art. 18; Stat. Alb., 1848, art. 28).

«ellitticamente riassuntiva del mezzo allora storicamente prevalente e di maggiore importanza politica, e dell'attività spirituale attraverso di esso estrinsecantesi»<sup>(26)</sup>.

In secondo luogo, tale fondamentale differenza è comprovata dalla constatazione che, mentre la televisione è stata considerata un *aliud* rispetto alla libertà individuale di manifestazione del pensiero<sup>(27)</sup>, mai la stessa affermazione è stata fatta con riferimento alla stampa.

E' infatti noto che tutte le Corti costituzionali, tra cui quella italiana, mentre hanno identificato le garanzie costituzionali dell'editoria e della stampa nel riconoscimento delle situazioni giuridiche soggettive delle persone fisiche e giuridiche operanti nell'impresa editoriale, così come proclamate dall'art. 21 Cost., le stesse Corti hanno invece sempre individuato le garanzie delle imprese radiotelevisive nelle garanzie più labili (e sfumate) conseguenti alla tutela del valore del pluralismo, che ovviamente non è la stessa cosa della tutela del diritto di ciascuno<sup>(28)</sup>.

E' pur vero che, contro la tesi qui esposta - secondo la quale l'art. 21, commi 2-5, Cost. disciplinerebbe esaustivamente, a livello costituzionale, la stampa e l'editoria (con la conseguenza che solo la legge statale potrebbe disciplinarne l'esercizio su scala nazionale) - si può obiettare che, da gran tempo, è pacificamente ammesso che la proclamazione di un diritto costituzionale non esclude che la competenza normativa relativa alla disciplina del suo esercizio possa spettare alle Regioni (come è appunto il caso dei limiti legittimamente apponibili dalle Regioni alla libertà di circolazione, *ex art. 16 Cost.*, e alla libertà individuale, *ex art. 23 Cost.*). Tuttavia è altrettanto vero che non si vede quale mai possa essere il ruolo della potestà legislativa regionale in materia di editoria e stampa se non quello di disporre provvidenze<sup>(29)</sup>.

Se, infatti, è alla mera possibilità di disporre provvidenze, e non ad altro, che mira il riconoscimento della competenza legislativa concorrente regionale ai sensi del «nuovo» art. 117, comma 3, Cost., non può allora non ricordarsi, con la già citata sentenza della Corte costituzionale n. 348 del 1990, che la legge regionale allora ritenuta legittima non disciplinava le «modalità di esercizio della libertà d'informazione attivabile attraverso la stampa e la radiotelevisione», ma si limitava ad incentivare il pluralismo dell'informazione, il quale - «per il fatto di collegarsi, nel nostro sistema, all'esercizio di una libertà fondamentale (quale quella di espressione del pensiero) ed alla presenza di un valore essenziale per la democrazia (quale quello del pluralismo) - non può essere collocata sullo stesso piano delle materie elencate

---

<sup>26</sup> Così **V. Crisafulli**, *Problematica della «libertà d'informazione»*, in *Il politico*, 1964, p. 285.

<sup>27</sup> **W. Hoffmann-Riem**, *Kommunikations- und Medienfreiheit*, in **E. Benda, W. Maihofer, H.-J. Vogel** (cur.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, II ed., W. de Gruyter, Berlin-New York, 1994, p. 210.

<sup>28</sup> V. ancora **A. Pace**, voce *Comunicazioni di massa (diritto)*, cit., pp. 174 ss.; **Id.**, *Autorità e libertà nel settore delle telecomunicazioni e della televisione*, in *Dir. radiodiff. telecom*, N.S., n. 3, 1999, p. 20 ss.

<sup>29</sup> Ad analoga conclusione perviene **E. Carloni**, *L'ordinamento della comunicazione*, cit., p. 1031 s., che giustamente osserva che siffatta competenza regionale meglio si realizzerebbe nell'esercizio della funzione amministrativa.



nell'art. 117 Cost.». Essa, per la Corte, costituirebbe piuttosto «una condizione preliminare (o, se vogliamo, un presupposto insopprimibile) per l'attuazione ad ogni livello, centrale o locale, della forma propria dello Stato democratico».

Se così è, perché allora affermare che la locuzione «ordinamento della comunicazione» implicherebbe una competenza regionale in materia di editoria e stampa se il perseguimento di tale finalità, con riferimento alle provvidenze erogabili, sarebbe già di per sé implicitamente assicurata dalla forma propria dello Stato democratico? Si vorrebbe forse (inammissibilmente) sottoporre alla competenza concorrente delle Regioni la stessa disciplina delle situazioni giuridiche soggettive concernenti la libertà d'impresa editoriale?

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

A riprova di ciò, vale del resto la pena di ricordare che l'unico oggetto concernente l'editoria che risulta disciplinato dall'allegato "A" all'accordo-quadro del 25 giugno 2003 intercorso tra l'AgCom, la Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti dell'Assemblea dei Consigli regionali e delle Province autonome (art. 3, comma 2, lett. h)<sup>30</sup> è, per l'appunto, «la vigilanza sull'applicazione della normativa antitrust, con riferimento al mercato dell'editoria quotidiana in ambito regionale».

##### 5. *La ricomprensione della disciplina degli spettacoli nella competenza legislativa concorrente regionale in materia di promozione culturale.*

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

Il primo risiede nella considerazione che, in materia di spettacolo (entro cui si collocano sia le manifestazioni teatrali che quelle cinematografiche), le relative situazioni giuridiche soggettive si risolvono nei diritti di libera manifestazione del pensiero (v. l'art. 21, comma 6, Cost.) e di espressione artistica (art. 33, comma 1, Cost.), i quali non possono non essere garantiti in pari misura a tutti i cittadini italiani sull'intero territorio nazionale anche con riferimento ai profili connessi alla polizia dello spettacolo<sup>(31)</sup>.

---

<sup>30</sup> AgCom, delibera n. 402/03/Cons.

<sup>31</sup> Non vengono infatti in gioco, nella specie, quegli aspetti ricadenti nella polizia amministrativa locale, di competenza della Regione [art. 117, comma 2, lett. h) ult. parte], che si identificano negli oggetti disciplinati dagli artt. 158 ss. del d.lvo 31 marzo 1998, n. 112. La polizia dello spettacolo attiene infatti ai profili relativi all'ordine pubblico (materiale) e

Il secondo sta invece in ciò, che in materia di spettacolo, e a prescindere dai profili testé esaminati, è assorbente la considerazione - recentemente fatta propria anche dalla Corte costituzionale<sup>(32)</sup> -, della competenza concorrente regionale relativa sia alla «valorizzazione dei beni culturali e ambientali» che alla «promozione e organizzazione di attività culturali»<sup>(33)</sup>. Conseguentemente rientrano in tale competenza «tutte le attività riconducibili alla elaborazione e diffusione della cultura, senza che vi possa essere spazio per ritagliarne singole partizioni come lo spettacolo», pur con i limiti indirettamente derivanti dalle materie di competenza esclusiva dello Stato (ad es. le norme generali sull'istruzione, la tutela dei beni culturali ecc.)<sup>(34)</sup>.

#### 6. *La conferma dell'esclusione delle poste dall'ordinamento «delle comunicazioni».*

Anche le poste, ancorché ricadano tra le competenze del Ministero delle comunicazioni (ma non tra quelle dell'AGCom, né tra gli oggetti disciplinati dalla legge n. 249 del 1997), non sembra possano essere fatte rientrare nell'«ordinamento della comunicazione»<sup>(35)</sup>.

Diversamente dagli estensori dei due progetti licenziati dalla Commissione bicamerale per le riforme istituzionali - nei quali le poste e le telecomunicazioni erano attribuite alla competenza esclusiva statale<sup>(36)</sup> (analogamente a quanto dispone la Legge fondamentale tedesca)<sup>(37)</sup> - gli estensori del nuovo Titolo V non hanno avvertito che la disciplina delle poste deve tener conto di esigenze diverse da quelle a cui si ispira la disciplina della radiotelevisione nonché delle comunicazioni telematiche non coperte da riservatezza (come le «chat» aperte).

Mentre questa concerne anche, e soprattutto, i contenuti e le modalità delle «manifestazioni» (e cioè delle espressioni pubbliche) di pensiero veicolate per il tramite di un mezzo accessibile dalla generalità dei soggetti (e quindi concerne gli obblighi contenutistici e modali che possono essere imposti al concessionario o al

---

alla sicurezza tuttora spettanti allo Stato ai sensi della norma citata. Sul punto v. **P. Caretti**, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, III ed., Il Mulino, Bologna, 2004, p. 233 s..

<sup>32</sup> Sent. n. 255 del 2004.

<sup>33</sup> Analogamente v. **A. Valastro** e **G. Gardini**, in **R. Zaccaria** e altri, *L'ordinamento della comunicazione tra Stato e Regioni*, cit., p. 273.

<sup>34</sup> ...in tesi rientrante nella competenza residuale regionale, come appunto sostenuto dalla Regione Toscana nel giudizio conclusosi con la cit. sent. n. 255 del 2004.

<sup>35</sup> In favore dell'inclusione nell'«ordinamento della comunicazione» sia delle poste che dell'editoria e stampa, ma solo in base al diverso tenore dei progetti licenziati dalla Commissione bicamerale rispetto alla formula recepita dal nuovo art. 117, comma 3, Cost., v. **M. Orofino**, *L'ordinamento della comunicazione*, cit., p. 54 ss., spec. p. 60 nota 64.

<sup>36</sup> V. l'art. 59, comma 1, lett. c), del progetto licenziato il 30 giugno 1997 (che attribuiva alla competenza legislativa esclusiva statale le «poste» e l'«ordinamento nazionale della comunicazione») e l'art. 58, comma 1, lett. t), del progetto licenziato il 4 novembre 1997 (che attribuiva alla competenza legislativa esclusiva statale le «poste e telecomunicazioni»).

<sup>37</sup> La Legge fondamentale tedesca (1949), all'art. 73, comma 1, n. 7, distingue le poste e le telecomunicazioni dalla radiotelevisione, assegnando al *Bund* la sola competenza legislativa esclusiva in materia di poste e telecomunicazioni.

titolare della licenza individuale), per contro le esigenze a cui si ispirano i servizi postali solo marginalmente (ed in funzione di divieti e non di obblighi) concernono i contenuti delle corrispondenze non riservate. Tali esigenze essenzialmente ed istituzionalmente concernono piuttosto l'apprestamento delle tecnologie più idonee a far pervenire la corrispondenza (epistolare e non, chiusa o aperta) da un mittente ad un destinatario, secondo regole che, ancorché relative a servizi in procinto di essere ulteriormente liberalizzati<sup>(38)</sup>, non possono non essere uniformi e quindi identici per tutto il territorio nazionale, pena la violazione dell'art. 120, comma 1, Cost.

Non a caso, perciò, una siffatta competenza legislativa rientra tra quelle tipiche del potere centrale in tutti gli ordinamenti federali o comunque fortemente autonomistici<sup>(39)</sup>, il che farebbe propendere per l'esclusione della potestà concorrente regionale, in tema di disciplina dei servizi postali, già in forza del principio dell'unità della Repubblica (art. 5 Cost.), ancorché - me ne rendo ben conto - il richiamo di tale disposizione per giustificare l'attribuzione di una data materia alla potestà legislativa esclusiva dello Stato può sollevare perplessità.

D'altro canto, contro l'inclusione delle poste nell'«ordinamento della comunicazione» milita pure la considerazione che la disciplina dei servizi postali è fortemente condizionata dalla normativa comunitaria (dir. 97/67/CE del Consiglio e del Parlamento europeo, attuata con d.lvo 22 luglio 1999, n. 261), in forza della quale, da un lato, al Ministero delle comunicazioni sono state attribuite le funzioni di autorità di regolamentazione del settore postale (art. 2 del cit. d.lvo n. 261 del 1999), e, dall'altro, è imposto ai singoli Stati di garantire che il servizio sia di qualità uniforme nel mercato unico<sup>(40)</sup>.

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

Non v'è invece alcun dubbio che le telecomunicazioni rientrino nell'«ordinamento della comunicazione», sia che tale locuzione sia interpretata alla luce dei lavori preparatori sia che si utilizzi il criterio storico-normativo. Tuttavia è parimenti indubbio che le stesse premesse costituzionalistiche del problema risultano ora mutate a seguito sia dell'adozione della dir. 2002/21/CE (cd. direttiva «quadro») del Consiglio e del Parlamento europeo nell'ambito delle direttive in materia di comunicazione elettronica<sup>(41)</sup>, sia della sua mancata tempestiva impugnazione

---

<sup>38</sup> Sul punto v. **L. Magrone**, *Le poste*, in **S. Cassese** (cur.), *Trattato di diritto amministrativo. Parte speciale*, tomo III, II ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 2335 ss.

<sup>39</sup> V. ad es. l'art. 10, comma 1, n. 9, Cost. Austria; l'art. 73, comma 1, n. 7, LF Germania; l'art. 149, comma 1, n. 21, Cost. Spagna; l'art. 92 Cost. Svizzera; l'art. I, sez. VIII, comma 6, Cost. USA.

<sup>40</sup> V. **L. Magrone**, *Le poste*, cit., p. 2385. V. anche la dir. 2002/39/CE del Consiglio e del Parlamento europeo, attuata con d.lvo 23 dicembre 2003, n. 384.

<sup>41</sup> Per una rapida, ma significativa sintesi del contenuto delle quattro direttive del 2002, v. **G. De Minico**, *Brevi note sul segmento delle telecomunicazioni*, in **L. Chieffi** e **G. Clemente di San Luca** (cur.), *Regioni ed enti locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione fra attuazione ed ipotesi di ulteriore revisione*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 238 ss.; **Id.**, in **R. Zaccaria** e **altri**, *L'ordinamento della comunicazione tra Stato e Regioni*, cit., p. 277 s.

davanti alla Corte di giustizia CE, sia infine, e assorbentemente, dal recepimento di essa, insieme con le altre tre direttive del 7 marzo 2002 <sup>(42)</sup>, nel d.lvo 1° agosto 2003, n. 259 (*Codice delle comunicazioni elettroniche*).

Sta di fatto che, con tale direttiva, la Comunità europea ha limitato la stessa autonomia degli Stati «nello scegliere l'assetto organizzativo e il funzionamento dell'autorità di regolazione»<sup>(43)</sup>. Come esattamente sottolineato da Cassese, «(g)li Stati nazionali, dopo la nuova direttiva, non sono più liberi di stabilire l'organizzazione, i compiti, le procedure e l'attività delle autorità di regolazione, perché ognuno di questi quattro aspetti è condizionato da principi dettati dalla direttiva quadro (...). Per l'organizzazione, l'art. 3, commi 1-3, stabilisce i seguenti vincoli: che tutti i compiti assegnati alle autorità nazionali siano affidati a un organismo competente; che esso sia distinto legalmente e (sia) funzionalmente indipendente dagli operatori; che esso eserciti i suoi poteri imparzialmente e in modo trasparente»<sup>(44)</sup>.

Il primo dei tre vincoli «obbliga a non lasciare funzioni adespote ed è sottoposto al controllo della Commissione, alla quale occorre notificare i compiti assegnati e le responsabilità attribuite (art. 3, comma 6)»<sup>(45)</sup>. Ebbene, già da questo discende una decisiva conseguenza sul nostro discorso <sup>(46)</sup>.

Poiché la competenza a porre in essere la regolamentazione delle reti di comunicazione elettronica è stata intestata ad autorità *nazionali* (art. 3), ne consegue che è il solo legislatore statale a poter disciplinare, anche nel dettaglio, le competenze dell'autorità nazionale di regolazione [siano esse attribuite alla sola AgCom - come dovrebbe essere alla luce del disegno comunitario che pretende l'indipendenza e l'imparzialità di tali autorità: art. 3, commi 2 e 3, dir. 2002/21/CE<sup>(47)</sup> - o anche al Ministero delle comunicazioni<sup>(48)</sup>], come invece disposto dall'art. 7 d.lvo 1° agosto

---

<sup>42</sup> ...che secondo l'art. 28 della medesima direttiva, sarebbe dovuto avvenire entro il 24 luglio 2003, come anche per la dir. 2002/19/CE (cd. direttiva «accesso»), per la dir. 2002/20/CE (cd. direttiva «autorizzazioni») e per la dir. 2002/22 (cd. direttiva «servizio universale»).

<sup>43</sup> **S. Cassese**, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in **G. Morbidelli** e **F. Donati** (cur.), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, cit., p. 33.

<sup>44</sup> **S. Cassese**, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, cit., p. 34 s.; **Id.**, *La signoria comunitaria del diritto amministrativo*, in **Id.**, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 100 s.

<sup>45</sup> **S. Cassese**, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, cit., p. 34.

<sup>46</sup> Importanti conseguenze discendono però anche dall'indicazione dei compiti, delle procedure e dell'attività. Basti considerare che è l'Autorità nazionale a «svolgere le seguenti funzioni: assegnare frequenze e numerazione (artt. 9 e 10), assicurare i diritti di passaggio (art. 11), incoraggiare o imporre la condivisione di siti (art. 12), definire il mercato rilevante, identificare le imprese con notevole forza di mercato e imporre loro obbligazioni (artt.14-16), risolvere controversie (art. 20)» (**S. Cassese**, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, cit. p. 35).

<sup>47</sup> In questo senso v. anche **M. D'Alberti**, *Comunicazioni elettroniche e concorrenza*, in **R. Perez** (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 39.

<sup>48</sup> E' pacifico che l'autorità nazionale di regolazione possa in linea generale essere individuata dai singoli Stati membri nello stesso Ministro competente per il settore (come accade in Italia con il Ministro delle comunicazioni in riferimento alle poste). V. esplicitamente in questo senso il *Libro verde sui servizi di interesse generale* della Commissione CE, 21 maggio 2003, n. COM (2003) 270, n. 33, nel quale peraltro si legge che «Questa soluzione è risultata problematica sul piano dell'autonomia dell'autorità nazionale di regolamentazione in taluni casi in cui gli Stati membri mantengono

2003, n. 259<sup>(49)</sup>]. Di qui l'esclusione - confermata dall'art. 16, comma 2, lett. b), della legge 3 maggio 2004, n. 112 (cd. legge Gasparri)<sup>(50)</sup> - della potestà legislativa delle Regioni in materia di reti di telecomunicazione, nonostante l'intestazione ad esse della competenza legislativa concorrente nell'«ordinamento della comunicazione»<sup>(51)</sup>. L'AgCom potrà, beninteso, operare anche a livello locale per l'attuazione della disciplina comunitaria del settore delle comunicazioni elettroniche (così come recepita e attuata dal legislatore nazionale), in ciò assistita da organi locali, ma solo se da essa dipendenti e delegati (Co.re.com); e quindi senza ulteriori pericolosi frazionamenti a livello locale<sup>(52)</sup>, che inciderebbero sull'unitarietà funzionale del disegno comunitario e sull'obiettivo di questo di mantenere la regolazione al minimo indispensabile<sup>(53)</sup>.

Il secondo vincolo derivante dalla dir. 2002/21/CE - sottolineato da Cassese relativamente all'organizzazione - concerne la distinzione legale e l'indipendenza funzionale delle Autorità nazionali di regolazione nei confronti degli operatori; il terzo è invece relativo al modo imparziale e trasparente col quale tali Autorità devono esercitare i loro poteri (e quindi la loro indipendenza anche nei confronti del potere politico)<sup>(54)</sup>.

---

anche la proprietà o il controllo su aziende attive nel settore». Ciò significa che non viene escluso l'accertamento, caso per caso, dell'inidoneità del Ministro delle comunicazioni ad esercitare competenze altrimenti spettanti all'autorità nazionale di regolazione.

<sup>49</sup> Sul punto v. le indicazioni e le precisazioni di **O. Grandinetti**, *Radiotelevisione* in **S. Cassese** (cur.), *Trattato di diritto amministrativo. Parte speciale*, tomo III, II ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 2464 e p. 2467; **Id.**, *Il riparto di attribuzioni tra Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e Ministero delle comunicazioni nel settore televisivo*, intervento al seminario organizzato dalla Fondazione Olivetti su «I pubblici poteri nel nuovo ordinamento delle comunicazioni», Roma, 24 maggio 2004, in corso di pubbl. (il saggio può però leggersi sin d'ora sul sito web [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)).

<sup>50</sup> ...che esclude dalle attribuzioni delle Regioni e delle Province la competenza al rilascio delle autorizzazioni per operatore di rete, mentre vi include la competenza al rilascio delle autorizzazioni per fornitore di contenuti, di servizi interattivi associati, di accesso condizionato «destinati alla diffusione in ambito, rispettivamente, regionale o provinciale».

<sup>51</sup> Perviene alla stessa conclusione **G. De Minico**, *Brevi note sul segmento delle telecomunicazioni*, cit., p. 242, ma non perché l'UE prescriverebbe al diritto nazionale un dato modello organizzativo, ma perché essa sarebbe l'unica coerente con l'unicità del mercato, con l'armonizzazione dell'implementazione normativa, con la disciplina uniforme ad ogni livello. Analogamente v. **M. Orofino**, *L' "ordinamento della comunicazione"*, cit., p. 103.

<sup>52</sup> Giustamente critica dell'eventuale frazionamento delle competenze regolatorie dell'AgCom è **R. Perez**, *Disciplina europea delle comunicazioni elettroniche e ordinamento nazionale*, in **R. Perez** (cur.), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 13. Sul ruolo unificante del sistema svolto dall'AgCom, v. anche **M. Orofino**, *L' "ordinamento della comunicazione"*, cit., pp. 77 ss.

<sup>53</sup> **G. De Minico**, *Brevi note sul segmento delle telecomunicazioni*, cit., p. 241; **Id.**, in **R. Zaccaria e altri**, *L'ordinamento della comunicazione tra Stato e Regioni*, cit., p. 286 s.

<sup>54</sup> A prima vista potrebbe sembrare che l'art. 3 dir. 2002/21/CE non si spinga a tanto, essendo noto che l'ordinamento comunitario tollera che le funzioni dell'autorità nazionale di regolamentazione siano addirittura attribuite ad un membro del Governo (**Comm. Europea**, *Libro verde sui servizi di interesse generale*, 21/5/2003 n. COM [2003] 70). Ciò non di meno, le considerazioni fattuali svolte **successivamente** nel testo (concernenti la permanenza di interessi dello Stato negli organismi di telecomunicazioni, ovvero l'esistenza, in capo a titolari di cariche governative, di interesse economici, direttamente o indirettamente connessi a tali organismi) e i rilievi interpretativi svolti dalla Commissione CE con specifico riferimento all'art. 3 dir. 2002/21/CE fanno ritenere che il requisito dell'«indipendenza» debba

Sia il secondo che il terzo vincolo costituiscono il contenuto di principi già astrattamente deducibili dal nostro ordinamento costituzionale (art. 97 Cost.)<sup>(55)</sup>. A proposito del secondo (al quale si è già accennato poco sopra), si deve però aggiungere che «la permanenza di interessi dello Stato in uno o più organismi di telecomunicazioni» fa dubitare che la normativa comunitaria (oltre a quella costituzionale) sia rispettata dalle disposizioni<sup>(56)</sup> che attribuiscono al Ministero la competenza al rilascio dei provvedimenti abilitativi nei settori delle comunicazioni elettroniche e radiotelevisive<sup>(57)</sup>. Il che, a maggior ragione, non può non ripetersi con specifico riferimento alla peculiare situazione personale dell'attuale Presidente del Consiglio dei ministri nel settore radiotelevisivo.

Né si può dire - con riguardo al terzo vincolo - che i criteri di nomina dei componenti l'AgCom soddisfino l'indipendenza dell'Autorità nei confronti del potere politico<sup>(58)</sup>. L'art. 1, comma 3, della legge n. 249 del 1997 pretenderebbe infatti di assicurare l'indipendenza dell'AgCom mediante l'elezione dei suoi componenti da parte di ciascuna delle Camere del Parlamento con il sistema del voto limitato a due nominativi (su quattro): una formula che, nella sua ottimale realizzazione (e cioè quando vi sia una sostanziale equivalenza del numero dei parlamentari della

---

intendersi anche come «separatezza» dalle influenze politiche (in questo senso v. ancora **O. Grandinetti**, *Il riparto di attribuzioni tra Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, cit.). Si legge infatti nell'Ottava relazione della Commissione CE «sull'attuazione del quadro normativo per le telecomunicazioni. La regolamentazione e i mercati europei delle telecomunicazioni» (COM [2002] 695, § 4.1) che «la dispersione» tra l'autorità di regolamentazione e il ministro competente di poteri di regolamentazione «porta inevitabilmente a una riduzione della certezza del diritto richiesta dal mercato, in particolare nei casi ove le decisioni prese da ministri in materia di licenze o controllo dei prezzi potrebbero sembrare, agli occhi del mercato influenzate da considerazioni politiche». Di qui la conclusione della Commissione, secondo la quale «l'efficacia dell'autorità di regolamentazione potrebbe essere facilmente migliorata trasferendo ad essa tutti i poteri regolamentari del ministero». In senso analogo v. **AGCM**, *Parere sul codice delle comunicazioni elettroniche*, 23 maggio 2003, AS 267, in *Boll.AGCM*, n. 37, 29 settembre 2003, p. 24.

<sup>55</sup> Nel senso che l'art. 97, comma 1, Cost. si applichi anche alle autorità amministrative indipendenti v., tra gli altri, **C. Pinelli**, *Art. 97, comma 1*, in **Gius. Branca e A. Pizzorusso** (cur.), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli - Foro it., Bologna - Roma, 1994, p. 241 ss.; **G. Morbidelli**, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in **A. Predieri** (cur.), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Passigli, Firenze, 1997, p. 171 ss.; **M. Manetti**, *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Studi in onore di L. Elia*, Giuffrè, Milano, 1999, tomo II, p. 896 ss.

<sup>56</sup> V. ad es. l'art. 2 bis d.l. 23 gennaio 2001, conv. nella legge 20 marzo 2001, n. 66; l'art. 41 legge 16 gennaio 2003, n. 3; l'art. 27, comma 3, d.lvo n. 259 del 2003.

<sup>57</sup> Così **N. Rangone**, *L'assetto organizzativo del settore delle telecomunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 10, 2002, p. 1127 s. Nel medesimo senso v. **O. Grandinetti**, *Radiotelevisione*, cit., pp. 2464 ss.; **Id.**, *Il riparto di attribuzioni tra Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e Ministero delle comunicazioni nel settore televisivo*, cit.; **Id.**, *Commento alla legge Gasparri (l. n. 112/2004)*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11, 2004 (in corso di pubbl.); **R. Manfredi**, in **R. Zaccaria e altri**, *L'ordinamento della comunicazione tra Stato e Regioni*, cit., p. 2290 s.

<sup>58</sup> V. sul punto i rilievi di **L. Principato**, *La responsabilità politica per fatto delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 1414 ss. e, già prima, di **A. Pace**, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Cedam, Padova, 2003, p. 265 s., da entrambi i quali si sostiene che, qualora il legislatore non assicuri, in sede di nomina dei componenti delle cd. autorità amministrative indipendenti, una loro effettiva indipendenza dalla politica, il Governo dovrebbe essere ritenuto politicamente responsabile per l'attività delle stesse. Notevoli, come sempre, le osservazioni di fondo di **G. Berti**, *L'amministrazione come libertà (dalla politica)*, in **AA.VV.**, *Lo stato delle istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 383 ss.

maggioranza e dell'opposizione)<sup>(59)</sup>, si risolve, tutto al più, in una mera «lottizzazione politica paritaria».

Sotto questo profilo il problema di legittimità dell'art. 1, comma 3, della legge n. 249 del 1997 (relativo alla discutibile indipendenza verticale dell'AgCom) si trasforma da questione sottoponibile alla sola Corte costituzionale<sup>(60)</sup> - dove il problema dell'influenza della nomina sull'indipendenza della funzione non è mai stato adeguatamente affrontato e risolto<sup>(61)</sup> - in questione sottoponibile anche alla Corte di giustizia CE, ma - è doveroso aggiungerlo - con esiti difficilmente prevedibili. In ambienti culturalmente diversi da quello italiano, si ritiene infatti generalmente - e ciò in conseguenza di una prassi eticamente ben più rigorosa di quella italiana - che la provenienza della nomina non sia in grado di incidere, di per sé, sull'indipendenza funzionale del titolare di un pubblico ufficio.

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

Le conclusioni a cui si è pervenuti nel precedente paragrafo - secondo le quali la dir. 2002/21/CE avrebbe determinato conseguenze addirittura rilevanti sotto il profilo costituzionale - potrebbero sollevare perplessità, come in effetti è accaduto, qualora si parta dalla premessa che le norme comunitarie non potrebbero comportare «un'alterazione nell'ordine delle competenze attribuite dalla Costituzione»<sup>(62)</sup>.

Ma, a parte il fatto che tale premessa è stata già stata posta in dubbio da più di una decisione della Corte costituzionale ancor prima della legge cost. n. 3 del 2001<sup>(63)</sup>, è assorbente sottolineare che, al fine di esigere il rispetto, da parte della CE, dell'ordine delle competenze costituzionali degli Stati membri, questo limite deve essere fatto *positivamente* valere dallo Stato interessato dinanzi alla Corte di giustizia del Lussemburgo, e ciò sempre che la violazione dell'ordine interno delle attribuzioni

---

<sup>59</sup> Il che è appunto accaduto nella XIII legislatura con la prima composizione dell'AgCom.

<sup>60</sup> ...ora anche alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost., sempre che si ritenga che tale disposizione sia una norma di produzione, e non sulla produzione, nel qual caso non potrebbe applicarsi retroattivamente alla legge n. 249 del 1997. Nel senso che l'art. 117, comma 1, identifichi una norma di produzione v. **A. Pace**, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., p. 29. In senso contrario, v. **F. Sorrentino**, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. europ.*, 2002, p. 1360.

<sup>61</sup> V. la sent. n. 177 del 1973, criticamente commentata da **C. Mortati**, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., tomo II, Cedam, Padova, 1976, p. 1351. V. anche Corte cost., sent. n. 1 del 1977, criticamente annotata da **R. Chieppa**, *A proposito di indipendenza della Corte dei conti e del Consiglio*, in *Giur. cost.*, 1977, p. 17.

<sup>62</sup> **G. della Cananea**, *I problemi istituzionali nel nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, intervento al seminario organizzato dalla Fondazione Olivetti su «I pubblici poteri nel nuovo ordinamento delle comunicazioni», cit., p. 15 del dattiloscritto.

<sup>63</sup> Corte cost., sent. n. 399 del 1987, in *Giur. cost.*, 1987, parte I, p. 2812, con osservazione critica di **F. Sorrentino**, *Ammissibilità del conflitto e «cammino comunitario» della Corte. Un passo avanti o due indietro?*, in *Giur. cost.*, 1987, pp. 2816 ss. Nello stesso senso v. anche le sentenze nn. 224 del 1994, 458 del 1995, 126 del 1996, 93 del 1997 con osservazione, anch'essa critica, di **A. Anzon**, *Anche gli atti amministrativi comunitari possono redistribuire le competenze tra Stato e Regioni?*, in *Giur. cost.*, 1997, pp. 936 ss. Richiama giustamente l'attenzione sulla sent. n. 126 del 1996, **R. Niro**, *L'ordinamento della comunicazione nel nuovo Titolo V*, cit., p. 3095. Nel senso del testo v. anche **G. De Minico**, *Brevi note sul segmento delle telecomunicazioni*, cit., p. 237 s., la quale giustamente sottolinea che la prevalenza del diritto comunitario viene temperata dalla Corte costituzionale con la rituale salvezza dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili previsti in Costituzione.



costituzionali - da parte degli organi comunitari - derivi da un abuso delle funzioni ad essi spettanti in forza dei Trattati vigenti.

E, come già ricordato, né lo Stato italiano, né le Regioni<sup>64</sup>) hanno ritenuto di dover eccepire alcunché a proposito del contenuto del direttive del 7 marzo 2002.

Di qui l'ulteriore e definitiva conclusione che, ove una Regione pretendesse di legiferare in materia di reti di comunicazione elettronica, essa violerebbe l'art. 117, comma 1, Cost. (nella parte in cui vincola il legislatore all'ordinamento comunitario), per il fatto stesso di aver contravvenuto la norma interposta, nella specie costituita dall'art. 1, comma 1, dir. 2002/21/CE.

Unico spazio disponibile alla potestà legislativa concorrente delle Regioni, per ciò che riguarda le reti, è infatti solo quello relativo alla localizzazione degli impianti, come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale nella sent. n. 324 del 2003, ancorché nell'ambito di una decisione di accoglimento di una legge regionale.

Riferendosi alle materie «governo del territorio», «tutela della salute» e «ordinamento della comunicazione», la Corte ha infatti affermato che «non può escludersi una competenza della legge regionale in materia, che si rivolga alla disciplina di quegli aspetti della localizzazione e dell'attribuzione dei siti di trasmissione che esulino da ciò che risponde propriamente a quelle esigenze unitarie alla cui tutela sono preordinate le competenze legislative dello Stato nonché le funzioni affidate all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni»<sup>(65)</sup>.

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

Restano da affrontare le problematiche che solleva il settore delle comunicazioni elettroniche e radiotelevisive con specifico riferimento alla disciplina dei contenuti<sup>(66)</sup>, la quale, con riferimento alle seconde, è stata però avocata solo in minima parte a livello comunitario (promozione delle opere europee, limiti pubblicitari, tutela dei minori, diritto di rettifica)<sup>(67)</sup>.

Ricollegandomi a quanto osservato all'inizio, è opportuno ricordare che le comunicazioni elettroniche che vengono qui in considerazione sono solo quelle che,

---

<sup>64</sup> ...secondo quanto dispone l'art. 5, comma 2, legge 5 giugno 2003, n. 131. Sulla legittimità del comma 1 di tale disposizione si è espressa favorevolmente la Corte costituzionale con la sent. n. 239 del 2004, con argomenti che fanno ritenere legittimo anche il comma 2.

<sup>65</sup> Corte cost., sent. n. 324 del 2003, in *Giur. cost.*, 2003, p. 3081, con ampia e approfondita osservazione di **R. Niro**, *L'ordinamento della comunicazione nel nuovo Titolo V*, cit., pp. 3083 ss.. Ma v. anche, nello stesso senso, le precedenti sentenze nn. 307 e 308 del 2003, sulle quali v. **R. Niro**, *op. ult. cit.*, pp. 3087 ss., nonché **R. Manfredi**, in **R. Zaccaria e altri**, *L'ordinamento della comunicazione tra Stato e Regioni*, cit., pp. 297 ss..

<sup>66</sup> Se è indiscutibile che si sia ormai «rotta l'unità dell'impresa che, nel settore della radiotelevisione, portava a tenere nella stessa mano sia la rete che il servizio» (**E. Cheli**, *Conclusioni*, in **G. Morbidelli** e **F. Donati** (cur.), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, cit., p. 186), è del pari indiscutibile che la disciplina delle infrastrutture di comunicazione elettronica non assorbe a sua volta la disciplina dell'impresa dei contenuti.

<sup>67</sup> V. la dir. 1989/552/CEE, modificata dalla dir. 97/36/CE. A tale direttiva continuano ad essere assoggettati i servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica. Così nelle «definizioni» (art. 2, lett. c) della dir. 2002/21/CE. Sottolinea che anche nel nuovo quadro regolamentare comunitario l'attività radiotelevisiva conserva una sua specificità **O. Grandinetti**, *Commento alla legge Gasparri*, cit..



ancorché intercorrenti tra due o più persone determinate, non presentino caratteristiche esteriori di riservatezza (le quali rientrano, per le ragioni dette, nella potestà esclusiva statale)<sup>(68)</sup>.

Ciò premesso, corre l'obbligo di sottolineare che la formula dell'art. 117, comma 3, Cost. («ordinamento della comunicazione») non distingue tra reti televisive e infrastrutture di comunicazione nazionali e locali. Ci si deve allora chiedere se la potestà legislativa regionale di dettaglio sui contenuti e sulle modalità delle comunicazioni elettroniche e delle trasmissioni radiotelevisive oltre che applicarsi alle diffusi in ambito regionale (come sembrerebbe confermato dall'art. 16, comma 2, lett. c), della legge n. 112 del 2004), si estenda anche alla disciplina dei contenuti delle comunicazioni elettroniche a livello nazionale nonché dei programmi della concessionaria del servizio radiotelevisivo pubblico<sup>(69)</sup> e delle emittenti private operanti su scala nazionale.

Contro una siffatta eccessiva conclusione può però osservarsi in primo luogo che la potestà legislativa statale relativa ai principi fondamentali dell'«ordinamento della comunicazione» si intreccia, nella disciplina dei contenuti della radiotelevisione e delle comunicazioni elettroniche, con la potestà esclusiva statale in materia di limiti alla manifestazione del pensiero a tutela dell'onore dei privati e delle istituzioni, del buon costume, dell'ordine e della sicurezza pubblica ecc. [art. 117, comma 2, lett. h) ed l)]<sup>(70)</sup>; con la potestà esclusiva statale in materia elettorale [art. 117, comma 2, lett. p)], da cui sembrerebbe potersi dedurre l'attribuzione in favore dello Stato della potestà legislativa esclusiva della *par condicio*, ma, forse, non anche quella in materia di comunicazione politica<sup>(71)</sup>; infine con la potestà esclusiva statale in materia di «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» [art. 117, comma 2, lett. m)]<sup>(72)</sup>.

A ciò dovrebbe poi essere aggiunto, quanto ai contenuti delle comunicazioni elettroniche e della disciplina dei servizi, che se è «difficile ipotizzare un ruolo regionale nella definizione di "contenuti ulteriori" (e differenziati) rispetto a quelli fissati dallo Stato» con riferimento alla disciplina del servizio universale<sup>(73)</sup>, non è invece impossibile prospettare, con riferimento alle reti regionali e pluriregionali (ma

---

<sup>68</sup> V. *supra* il § n. 1.

<sup>69</sup> Sul servizio pubblico radiotelevisivo nella legge n. 112 del 2004, mi si consenta di rinviare a **A. Pace**, *Verso la fine del servizio pubblico radiotelevisivo?*, in **M. Manetti** (cur.), *Europa e informazione. Rass. dir. pubbl. europeo*, Quaderno n. 3 (2004), pp. 9 ss..

<sup>70</sup> Già prima v., nel senso del testo, **A. Pace**, *Considerazioni finali*, cit., p. 180, seguito, tra gli altri, da **M. Orofino**, *L'«ordinamento della comunicazione»*, cit., p. 77.

<sup>71</sup> Diversamente v. **E. Carloni**, *L'ordinamento della comunicazione*, cit., p. 1036.

<sup>72</sup> Sul punto v. Corte cost., sentenze nn. 282 del 2002 e 88 del 2003.

<sup>73</sup> Così **E. Carloni**, *L'ordinamento della comunicazione*, cit., p. 1035. Sulla disciplina del servizio universale con riferimento alle comunicazioni elettroniche v. **A. Valastro**, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, cit., pp. 317 ss..

non nazionali), la possibilità del legislatore regionale di dettare regole di dettaglio sui contenuti e sui servizi. Con riferimento alle emittenti nazionali o ultraregionali, ancorché aventi la sede legale nel proprio territorio regionale, deve invece essere osservato che la potestà legislativa regionale concorrente potrebbe essere esercitata dalle singole Regioni, solo a seguito di accordi tra di esse sui contenuti normativi della disciplina regionale di dettaglio, sulla falsariga di quanto avviene in Germania con gli *Staatsverträge* stipulati tra i *Länder*<sup>(74)</sup>. E lo stesso dovrebbe ripetersi per le comunicazioni elettroniche.

In altre parole se deve prendersi sul serio il tenore della locuzione in esame, (che, a torto o ragione, non distingue tra reti nazionali e locali), si dovrebbe ritenere che, per disciplinare i contenuti delle trasmissioni televisive *nazionali* e delle reti di comunicazione elettronica, occorra un «accordo nazionale» (e, per i contenuti delle trasmissioni ultraregionali, un accordo interregionale) da pubblicare sulle singole Gazzette ufficiali regionali, al quale le singole Regioni sarebbero conseguentemente tenute ad adeguarsi nella loro specifica legislazione radiotelevisiva (si noti bene: gli *Staatsverträge* esistono in Germania sia per l'emittenza pubblica sia per l'emittenza privata operanti su scala nazionale).

Questa proposta, tempestivamente avanzata nelle più varie sedi, anche istituzionali<sup>(75)</sup>, ancorché coerente con l'architettura della riforma<sup>(76)</sup>, è stata però ritenuta «non facilmente attuabile in Italia data la mancata previsione di meccanismi di raccordo di questo tipo»<sup>(77)</sup>, il che è però discutibile, posto che la sede esiste, ed è la Conferenza dei Presidenti delle Regioni.

La verità è un'altra, e risiede nella volontà del Governo Berlusconi, sottesa alla cd. legge Gasparri, di conservare lo *status quo ante* delle reti Mediaset<sup>(78)</sup> e quindi di

---

<sup>74</sup> Sugli *Staatsverträge* come strumenti del federalismo cooperativo v. **P. Badura**, *Staatsrecht*, II ed., Beck, München, 1996, pp. 295 ss., p. 305. Con riferimento specifico alla radiotelevisione un accenno agli *Staatsverträge* è in **W. Hoffmann-Riem**, *Kommunikations- und Medienfreiheit*, cit., p. 213 s..

<sup>75</sup> **V. A. Pace**, *Per una lettura «in controluce» del messaggio presidenziale su pluralismo e imparzialità dell'informazione*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2342; **Id.**, *Considerazioni finali*, cit., p. 181; **Id.**, *Intervento* al Convegno su «Servizio pubblico e pluralismo televisivo nell'era del digitale» organizzato dalla Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi, dall'AGCom e dall'ISIMM, Senato della Repubblica, Roma, 2003, p. 65.

<sup>76</sup> **A. Valastro**, *Il futuro dei diritti fondamentali in materia di comunicazione*, cit., p. 877.

<sup>77</sup> **A. Valastro**, *Il futuro dei diritti fondamentali in materia di comunicazione*, cit., 877.

<sup>78</sup> Il reale obiettivo perseguito sin dall'inizio dal Governo Berlusconi, e quindi dal Ministro Gasparri, è stato infatti quello di sovrapporre alla fase transitoria della legge n. 249 del 1997 (con riferimento all'art. 3, comma 7, dichiarato incostituzionale con la sent. n. 466 del 2002) una nuova fase transitoria **da far durare** fino «all'atto della completa attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze televisive in tecnica digitale» (cfr. gli artt. 15, comma 1, 23, comma 1, legge n. 112 del 2004). Sul punto v. ampiamente **A. Pace**, *Il discutibile avvio del «digitale terrestre» tra la sent. n. 466 del 2002 della Corte costituzionale e il rinvio ex art. 74 Cost. del Presidente della Repubblica*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 1378 ss.; **Id.**, *Legge Gasparri e Corte costituzionale*, in *Rass. parl.*, 2004, pp. 813 ss., pp. 848 ss. (quest'ultimo saggio può leggersi anche nel sito web [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)).

non lasciare nulla di sostanziale al legislatore regionale per ciò che attiene alla possibile disciplina dell'emittenza nazionale<sup>(79)</sup>.

Al di là dei vizi d'incostituzionalità che contrassegnano la fase d'avvio del digitale terrestre come espediente per evitare che la terza rete Mediaset dovesse trasmettere esclusivamente via satellite<sup>(80)</sup> - vizi che qui interessano solo indirettamente -, sono comunque evidenti (e generalmente rilevanti), nella legge n. 112 del 2004, le violazioni del pluralismo che discendono tanto dai vantaggi concorrenziali che tale legge attribuisce agli *incumbents* rispetto ai *new entrants* (siano essi locali o nazionali) quanto dalla composita e stravagante struttura del Sistema Integrato delle Comunicazioni (SIC), che hanno entrambi costituito oggetto di tempestivi rilievi critici dell'AgCom, dell'Autorità Antitrust e, addirittura, del Presidente della Repubblica<sup>(81)</sup>.

A ciò si aggiunga che la legge n. 112 del 2004 non solo solleva perplessità derivanti da ciò, che la previsione dei principi fondamentali per la disciplina legislativa regionale dell'«ordinamento della comunicazione» viene delegata al Governo<sup>(82)</sup>, ma le solleva altresì per il fatto che paradossalmente i limiti indicati dall'art. 16 come principi fondamentali [elencati al comma 2, lett. a), b), c), d), e), e), f)] varranno in concreto...per «come» essi saranno (in futuro!) «indicati» nel testo unico delle disposizioni legislative in materia di radiotelevisione<sup>(83)</sup>.

Ebbene, è sorprendente che le Regioni non abbiano ritenuto di dover impugnare in via diretta la legge n. 112 del 2004. Che esse ne fossero direttamente pregiudicate discende da quanto si è detto relativamente alla spettanza alle medesime della potestà legislativa di dettaglio relativamente ai contenuti delle comunicazioni elettroniche e radiotelevisive, con conseguente possibilità delle stesse di «sviluppare una legislazione che valorizzi il criterio dell'articolazione territoriale della comunicazione come espressione delle identità e delle culture locali» (come appunto era stato auspicato dal Presidente della Repubblica nel messaggio alle Camere del 23 luglio 2002).

Ma non basta. La famosa sentenza n. 348 del 1990, già in precedenza citata, è stata notoriamente esaltata dalle Regioni e dalla cd. dottrina regionalista per il fatto che in tale decisione la Corte costituzionale ebbe ad affermare che l'informazione (pluralistica) costituisce «una condizione preliminare (...) per l'attuazione ad ogni

---

<sup>79</sup> Ciò sarebbe confermato dalla modifica apportata all'art. 117 Cost. , qualora venisse approvata la riforma costituzionale del Governo Berlusconi II. V. *supra* la nota 3.

<sup>80</sup> E cioè la violazione del giudicato costituzionale della sentenza n. 466 del 2002, nonché con la violazione degli artt. 3, 21, 41 e 117, comma 1, Cost., con riferimento alle violazioni dell'art. 9 dir. 2002/21/CE e degli artt. 5, comma 2, e 7 dir. 2002/20/CE. Sul punto v. *amplius* **A. Pace**, *Il discutibile avvio del «digitale terrestre»*, cit. p. 1378 ss.; **Id.**, *Legge Gasparri e Corte costituzionale*, cit., 836 ss.

<sup>81</sup> Le irrisorie modifiche apportate dal legislatore dopo il rinvio presidenziale sono illustrate in **A. Pace**, *Il discutibile avvio del «digitale terrestre»*, cit. p. 1372 nota 7; **Id.**, *Legge Gasparri e Corte costituzionale*, cit., 826 s.

<sup>82</sup> Analogamente v. **A. Valastro** e **G. Gardini**, in **R. Zaccaria** e **altri**, *L'ordinamento della comunicazione tra Stato e Regioni*, cit., p. 275 s.

<sup>83</sup> **O. Grandinetti**, *Commento alla legge Gasparri*, cit.

livello, centrale o locale, della forma propria dello Stato democratico». Ma se ciò è vero, si deve allora sottolineare che le Regioni, non ricorrendo alla Corte contro la legge n. 112 del 2004, hanno mancato una grande occasione per far riaffermare quei valori fondamentali in un momento particolarmente cruciale per la nostra storia e per le nostre istituzioni.