

Il sistema dell'informazione tra Unione europea e legislazione interna

di Simone Calzolaio*
(4 maggio 2008)

1. Premessa. – 2. L'evoluzione delle norme *antitrust* nel sistema dell'informazione (a partire dalla cd. legge Mammì). – 3. La recente normativa comunitaria. – 4. Il caso (di scuola) *Europa 7*. – 5. Alcuni spunti a partire dal «caso *Europa 7*».

1. Premessa.

La decisione della Corte di giustizia europea (CGCE, 31 gennaio 2008, C-380/05) rappresenta, in ordine di tempo, l'ultimo passaggio della travagliata evoluzione della disciplina interna del sistema dell'informazione (televisiva).

Come di seguito si vedrà nel dettaglio, usualmente la disciplina in materia di radiotelevisione è stata oggetto di un continuo dialogo¹ (o meglio, di una continua dialettica) fra legislatore e Corte costituzionale, entrambi intenti ad inseguire un sistema che si era

* Dottore e assegnista di ricerca in diritto costituzionale – Università di Bologna.

¹ In questi termini lo qualifica P. Caretti, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 95: “proprio questo, infatti, è stato uno dei settori privilegiati nei quali gli organi di giustizia costituzionale hanno cominciato a sperimentare e valorizzare tecniche di decisione che consentivano di instaurare una sorta di dialogo con il legislatore; un dialogo non meramente negativo, ma anche costruttivo, diretto cioè ad orientare i contenuti della legge nella direzione ritenuta *a priori* conforme al dettato costituzionale”.

attestato autonomamente su stabili posizioni di forza, che ancora oggi non si è stati in grado di modificare.

Tale decisione, tuttavia, sembra segnare un salto di qualità, in questa dialettica. Infatti, con l'approvazione, anch'essa piuttosto travagliata², della cd. legge Gasparri sembrava (o almeno poteva) chiudersi un'epoca, in quanto il legislatore aveva costruito un meccanismo – lo si è anticipato: ci si tornerà nel dettaglio – per cui, con l'allargamento del «paniere» considerato utile per calcolare la soglia *antitrust* e con la previsione del generale assentimento, il sistema in essere doveva considerarsi pienamente legittimato e stabilizzato.

Al contrario, questa volta un rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato e la susseguente decisione della Corte europea, hanno rimesso – se si passa il termine – sulla «graticola» quello che si è dimostrato essere un fragile impianto legislativo, ed, insieme ad esso, gli assetti consolidati del sistema di comunicazione televisiva italiano.

Non solo: proprio le peculiarità del caso «Europa 7» comportano che esso investa, contemporaneamente, una pluralità di punti «caldi» o, se si preferisce, di «zone d'ombra» del nostro ordinamento, che vanno dal rapporto fra decisioni della Corte di Giustizia e poteri del giudice (amministrativo), a quello fra poteri decisori di quest'ultimo e attività della pubblica amministrazione; dalla possibilità di disporre un risarcimento in forma specifica a quella di prevedere un risarcimento per equivalente per lesione di interesse legittimo (o diritto soggettivo), fino al problema degli effetti nei confronti di terzi e dell'estensione del giudicato amministrativo.

L'ampiezza del novero di questioni sollevate – che, sia detto subito, per buona parte trascendono gli obiettivi che questo lavoro si

² Sul punto v. la completa ricostruzione di A. Pace, *Il discutibile avvio del «digitale terrestre» tra la sent. n. 466 del 2002 della Corte costituzionale e il rinvio ex art. 74*

prefigge di ottenere – fanno del caso «Europa 7» una sorta di punto di partenza utile ad illustrare lo stato dei rapporti fra legislazione nazionale e comunitaria in materia, specialmente sotto il profilo della disciplina *antitrust*.

Ciò comporta l'iniziale allargamento della trattazione alle premesse storico-normative che costituiscono il fondamento della materia del contendere ed, insieme, il quadro in cui i rapporti fra fonti interne e comunitarie si colloca.

Quindi, in primo luogo, si analizzerà l'evoluzione della disciplina legislativa interna – in particolare, di quella *antitrust* e di quella transitoria – a partire dalla cd. legge Mammi.

In secondo luogo, si fornirà un quadro sintetico della disciplina comunitaria in materia di comunicazione elettronica.

In realtà, già dalla descrizione di questi due corpi normativi emergerà come fosse inevitabile, a legislazione interna invariata, una progressiva collisione fra i due sistemi regolatori.

Da ultimo, si cercherà di descrivere il caso giurisprudenziale e di segnalare gli spunti, in chiave ricostruttiva, che ne derivano.

2. L'evoluzione delle norme *antitrust* nel sistema dell'informazione (a partire dalla cd. legge Mammi).

Come è stato notato, sono, fin dall'inizio, “numerose e complesse le vicende che segnano la storia dell'emittenza televisiva in Italia”³.

In realtà, per quanto qui interessa, non è necessario ripercorrere le tappe dell'evoluzione normativa dai primi del novecento fino alla cd.

cost. del Presidente della Repubblica, in «Giurisprudenza costituzionale», 2004, p. 1369 ss.

³ V. Salvatore, *Concorrenza televisiva e diritto comunitario*, Cedam, Padova, 1993, p. 21.

legge Mammi⁴, salvo segnalare come da un regime di esclusivo monopolio pubblico, avallato dalla Corte costituzionale⁵, si sia passati, a partire dagli anni settanta (e con l'indiretto concorso della Corte)⁶,

⁴ Si rinvia in tal senso alla manualistica sul tema, fra cui v. P. Caretti, *op. ult. cit.*, p. 103 ss.; R. Zaccaria, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, 2007, p. 231 ss. V. anche la ricostruzione di V. Salvatore, *op. ult. cit.*, p. 21 ss.

⁵ Cfr., in tal senso Corte Cost. n. 59 del 1960: il Consiglio di Stato ed il Tribunale di Milano avevano sollevato questione di legittimità costituzionale in via incidentale (denunciando in particolare il sospetto d'incostituzionalità degli artt. 1 e 168, del codice postale di cui al r.d. n. 645 del 1936) al fine di stabilire se il monopolio della RAI fosse compatibile con l'art. 21 della Cost. italiana che tutela la libertà di manifestazione del pensiero. La Corte riconobbe la legittimità del monopolio statale agganciandolo all'art. 43 Cost., con la seguente, interessante, motivazione: "data la attuale limitatezza di fatto dei «canali» utilizzabili, la televisione a mezzo di onde radioelettriche (radiotelevisione) si caratterizza indubbiamente come una attività predestinata, in regime di libera iniziativa, quanto meno all'oligopolio: oligopolio totale od oligopolio locale, a seconda che i servizi vengano realizzati su scala nazionale o su scala locale. Collocandosi così tra le categorie di «imprese» che si riferiscono a «situazioni di monopolio», nel senso in cui ne parla l'art. 43 Cost., per ciò solo essa rientra tra quelle che - sempre che non vi ostino altri precetti costituzionali - l'articolo stesso consente di sottrarre alla libera iniziativa. Né appare arbitrario che il legislatore ravvisi nella diffusione radiotelevisiva i caratteri di attività «di preminente interesse generale», richiesti dall'art. 43 perché ne sia consentita la sottrazione alla libera iniziativa. È fuori discussione, infatti, l'altissima importanza che, nell'attuale fase della nostra civiltà, gli interessi che la televisione tende a soddisfare (informazione, cultura, svago) assumono - e su vastissima scala - non solo per i singoli componenti del corpo sociale, ma anche per questo nella sua unità. Siccome, poi, a causa della limitatezza dei «canali» utilizzabili, i servizi radiotelevisivi, se non fossero riservati allo Stato o a un ente statale *ad hoc*, cadrebbero naturalmente nella disponibilità di uno o di pochi soggetti, prevedibilmente mossi da interessi particolari, non può considerarsi arbitrario neanche il riconoscimento della esistenza di ragioni «di utilità generale» idonee a giustificare, ai sensi dell'art. 43, l'avocazione, in esclusiva, dei servizi allo Stato, dato che questo, istituzionalmente, è in grado di esercitarli in più favorevoli condizioni di obiettività, di imparzialità, di completezza e di continuità in tutto il territorio nazionale". Da ciò la Corte traeva anche la non lesione dell'invocato parametro dell'art. 21 Cost. Infatti - questo era il ragionamento - se l'alternativa, vista la limitatezza dei canali disponibili, si poneva fra monopolio pubblico ed oligopolio privato, senz'altro il primo era in grado (ed aveva il compito) di garantire maggior pluralismo del secondo.

⁶ In questo quadro appare decisivo, in particolare, il triennio 1974-76. A partire dalle sentt. n. 225 e 226 del 1974, in cui la Corte, rispettivamente, fa arretrare il

ad un monopolio pubblico delle reti nazionali cui corrispondeva una sostanziale *deregulation* per le reti locali⁷ che, progressivamente, attraverso il sistema di discutibile legittimità della cd. «interconnessione funzionale»⁸, avrebbe permesso la creazione, di fatto, di canali ampiamente sovradimensionati rispetto al livello

monopolio statale sia rispetto alle cd. stazioni trasmittenti estere, che trasmettono su bande diverse da quelle utilizzate dai servizi nazionali di telecomunicazioni, sia per le televisioni via cavo che trasmettono su scala locale. Segue, poco dopo, la legge n. 103 del 1975, che essenzialmente fa propria la citata evoluzione giurisprudenziale, in particolare in ordine alla distinzione fra livello locale e nazionale delle trasmissioni televisive via cavo. L'anno successivo ancora la Corte costituzionale, con la sent. n. 202 del 1976, dichiara incostituzionali, ai sensi degli artt. 3 e 21 della Costituzione, alcuni artt. della legge n. 103 del 1975 “nella parte in cui non sono consentiti, previa autorizzazione statale e nei sensi di cui in motivazione, l'installazione e l'esercizio di impianti di diffusione radiofonica e televisiva via etere di portata non eccedente l'ambito locale”, sulla base della considerazione che a livello locale non sussiste quella scarsità di frequenze (produttiva di monopoli o oligopoli) che giustifica il monopolio statale a livello nazionale. In questo momento inizia la storia della televisione privata italiana come fenomeno – si potrebbe dire – di massa e, progressivamente, nazionale...

⁷ Sottolinea che sarebbe più esatto parlare di «a-regolamentazione», considerato che “per avviare l'attività televisiva non c'è bisogno di alcun tipo di autorizzazione o concessione” ed “è sufficiente trovare un luogo favorevole da un punto di vista ortografico per cominciare a trasmettere, utilizzando qualsiasi frequenza libera o comunque non momentaneamente occupata”, R. Zaccaria, *Radiotelevisione*, in Giuseppe Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, XV, tomo II, p. 4.

⁸ Come puntualmente rileva V. Salvatore, *op. ult. cit.*, p. 32, nota 30, “l'interconnessione consiste nella trasmissione simultanea di videocassette preregistrate da parte di emittenti diverse (cd. interconnessione «produttiva» o di contenuto). Attraverso tale pratica, emittenti che restano formalmente locali riescono ad aggirare il divieto legislativo che preclude ai privati le trasmissioni televisive via etere su scala nazionale, riservandole alla società concessionaria del servizio televisivo pubblico. All'interconnessione di contenuto si sostituirà presto un'interconnessione cd. «tecnica» o funzionale, che consentirà alle emittenti televisive locali, attraverso l'utilizzazione di ripetitori (ponti-radio), di tessere una rete operativa comune, assicurando di fatto la copertura nazionale dei programmi”. Evidentemente tale strumento aveva un immediato riflesso sulla capacità di convogliare il mercato pubblicitario, e quindi ingenti risorse, verso le televisioni locali ... a diffusione nazionale o quasi-nazionale (come segnala P. Caretti, *op. ult. cit.*, p. 117).

locale, se non immediatamente nazionali⁹.

In questa fase, definita del *far west televisivo*, “il sistema, formalmente ancora monopolistico, diventa di fatto «misto»”¹⁰, in quanto, come anticipato, fra le molte iniziali reti locali se ne affermano alcune che, acquistando le altre ovvero consorziandosi in *networks*, riescono, attraverso la interconnessione, a trasmettere stabilmente in vaste aree del Paese ovvero sull'intero territorio nazionale¹¹.

Progressivamente, dall'inizio degli anni ottanta, tali emittenti divengono, per buona parte, di proprietà dello stesso imprenditore¹²,

⁹ Di questo aspetto è investita la Corte costituzionale in via incidentale (nell'ambito di una controversia fra la RAI e l'editore Rizzoli che aveva tentato di proiettare la sua televisione locale su scala ultra-locale proprio attraverso la interconnessione) nella sent. n. 148 del 1981: tuttavia la Corte – in buona sostanza in linea con la sent. n. 202 del 1976 – ribadisce la legittimità delle trasmissioni a livello locale e rinvia all'intervento del legislatore per la fissazione di limiti e procedure autorizzatorie per quel livello di trasmissione. Anzi, la Corte, dopo aver ritenuto legittimo il perdurante (almeno in teoria) monopolio statale sulle reti nazionali a causa dell'assenza di una normativa di garanzia contro monopoli e oligopoli privati, aggiunge che “a diverse conclusioni potrebbe eventualmente giungersi ove il legislatore, affrontando in modo completo ed approfondito il problema della regolamentazione delle TV private, apprestasse un sistema di garanzie efficace al fine di ostacolare in modo effettivo il realizzarsi di concentrazioni monopolistiche od oligopolistiche non solo nell'ambito delle connessioni fra le varie emittenti, ma anche in quello dei collegamenti tra le imprese operanti nei vari settori dell'informazione incluse quelle pubblicitarie”.

¹⁰ Così V. Salvatore, *op.ult.cit.*, p. 32.

¹¹ In particolare, come ricorda V. Salvatore, *op. ult. cit.*, p. 32, la PIN (*network* del gruppo Rizzoli/Corriere della Sera creato nel 1978), Canale 5 (*network* di Silvio Berlusconi, creato nel 1980, da Telemilano e altre 26 emittenti dopo che l'imprenditore aveva, a partire dal 1978, creato la stessa Telemilano quale TV via cavo del quartiere residenziale Milano 2), Italia 1 (*network* del gruppo editoriale Rusconi creato nel 1982), Rete 4 (fondata nel 1982 dal gruppo editoriale Mondatori, Perrone, Caracciolo), oltre ad alcuni *network* di minori dimensioni come SIT Elefante (del gruppo Marcucci), Euro-TV (nata nel 1982 dalla fusione di due agenzie pubblicitarie, STP e Radio-Video) e Rete A (del gruppo Peruzzo Editore).

¹² In effetti, nel 1983 il gruppo Fininvest (già proprietario di Canale 5) acquista Italia 1, nel 1984 Rete 4. Già nel 1979 era stata costituita Publitalia '80, concessionaria di pubblicità, e Reteitalia, società specializzata nell'acquisto e commercializzazione di

che costituirà il principale polo televisivo nazionale¹³ insieme all'ormai ex monopolista pubblico¹⁴.

In questo contesto si inquadra a metà degli anni ottanta un (ulteriore) tentativo di far saltare il sistema delle interconnessioni, che però ottiene l'effetto opposto, di indurre il Governo ad emanare un decreto legge, poi convertito nella legge n. 10 del 1985, che sostanzialmente fotografava la situazione creatasi in quegli anni tumultuosi e, in attesa di una legge di sistema, legittimava «provvisoriamente» quello che ancora oggi conosciamo come «duopolio televisivo»¹⁵.

programmi televisivi. Nel 1983 verrà costituita per l'ideazione, la progettazione e la realizzazione di programmi televisivi, la Videotime. Le informazioni al riguardo sono agilmente reperibili nel sito <http://www.fininvest.it>

¹³ Sulle «premesse» per cui, progressivamente, le reti Fininvest assumono un ruolo maggioritario nel sistema televisivo italiano sono illuminanti le considerazioni di A. Pace, *Il sistema televisivo italiano*, in «Politica del diritto», 1997, p. 97 ss., in cui l'A. afferma che «tale gruppo aveva, con gran spregiudicatezza, acquisito impianti e frequenze più degli altri, al punto di avere, per due delle tre reti, una copertura pressoché totale del territorio nazionale. Il che significava, da un punto di vista della cessione degli spazi televisivi a fini commerciali, un vantaggio incommensurabile. La Fininvest poteva infatti garantire agli inserzionisti la collocazione dello «spot» pubblicitario nella fascia di maggiore ascolto (c.d. *prime time*) contemporaneamente su più reti, con la conseguenza di poter imporre ai medesimi inserzionisti vincoli di esclusiva, neppure immaginabili per i titolari di una sola rete».

¹⁴ Sul tema v. anche, con dovizia di particolari, G. Gardini, *Le regole dell'informazione*, Bruno Mondadori, Milano, 2005, p. 129 ss.

¹⁵ Il 16 ottobre 1984 «i pretori di Torino, Roma e Pescara, oscurano i ripetitori delle reti Fininvest e confiscano le cassette preregistrate» (così V. Salvatore, *op. ult. cit.*, p. 33). Il Governo, per superare questa situazione di «ingiustizia» nei confronti dei telespettatori delle tre Regioni italiane oscurate e permettere alle reti Fininvest di trasmettere emana un primo decreto legge, poi non convertito, cui ne segue un altro – definiti primo e secondo «decreto Berlusconi» in quanto evidentemente tendenti a salvare la posizione delle sue reti televisive – di contenuto pressoché identico, convertito con modificazioni nella legge n. 10 del 1985, definita «legge ponte», in quanto ritenuta nulla più di un provvedimento provvisorio in attesa di una, ormai urgentissima, legge di sistema. In sostanza, la «legge ponte» si limitava – salvo la previsione di alcuni obblighi in capo alle emittenti private – a legittimare la situazione che si era creata in quegli anni ed a legittimare (più che riconoscere) l'esistenza di un sistema televisivo «misto», prevedendo un piano di assegnazione

Sul finire degli anni ottanta, anche grazie ad una decisiva sentenza della Corte¹⁶ oltre che ad una direttiva comunitaria sul tema centrale della pubblicità televisiva¹⁷, si realizzano le condizioni per l'approvazione della prima «legge organica» in materia che, secondo le indicazioni del giudice costituzionale non avrebbe potuto “non contenere limiti e cautele finalizzati ad impedire la formazione di posizioni dominanti lesive del pluralismo (art. 21 Cost.)”¹⁸.

delle frequenze e, soprattutto, consentendo, in attesa di una prossima legge di sistema, alle emittenti già operanti di proseguire a trasmettere (per una analisi più dettagliata, v. P. Caretti, *op. ult. cit.*, p. 119-120). Interessante, in particolare, rilevare che in tale legge è contenuta la prima di una lunga serie di norme transitorie che, in materia radiotelevisiva, almeno fino alla legge Gasparri, hanno essenzialmente ingessato il sistema.

¹⁶ Si tratta delle sent. n. 826 del 1988, con la quale si chiedeva al giudice costituzionale di dichiarare illegittime, in particolare, le disposizioni dettate negli artt. 2, 3 e 4, comma terzo bis della legge n. 10 del 1985 n. 10, “nella parte in cui consentono per il futuro e dichiarano non punibile per il passato l'attività privata di trasmissione in ambito nazionale, o comunque ultralocale, per violazione degli artt. 21, 3 e 41 Cost.”. La Corte, sull'assunto che si trattava necessariamente di norme transitorie ed esprimendo un monito al legislatore (“Naturalmente, se l'approvazione della nuova legge dovesse tardare oltre ogni ragionevole limite temporale, la disciplina impugnata – tenuto conto che è in vigore già da oltre tre anni – non potrebbe più considerarsi provvisoria e assumerebbe di fatto carattere definitivo: sicchè questa Corte, nuovamente investita della medesima questione, non potrebbe non effettuare una diversa valutazione con le relative conseguenze”), affinché si adoperasse ad approvare la legge di sistema tanto attesa, le salvava dalla dichiarazione di incostituzionalità (cfr. R. Borrello, *Cronaca di una incostituzionalità annunciata (ma non ... dichiarata)*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1988, p. 3950 ss.). E' stato rilevato, sul punto, che “è questa soluzione ad innescare il meccanismo oscillatorio dei numerosi rinvii tra Consulta e Parlamento, avvenuti senza sosta nel corso degli ultimi vent'anni: la Corte ritiene opportuno accordare al legislatore un ulteriore lasso di tempo, non predeterminato, per approvare un'organica legge di regolamentazione del settore radiotelevisivo, legittimando *sine die* un regime transitorio che riflette una situazione scaturita da rapporti di forza” (così G. Gardini, *Le regole dell'informazione*, Bruno Mondadori, Milano, 2005, p. 131).

¹⁷ Direttiva 89/552/CEE del Consiglio, del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri concernenti l'esercizio delle attività televisive.

¹⁸ Così sent. n. 826 del 1988.

Il sistema “misto” radiotelevisivo si realizza, formalmente, in Italia, con la l. n. 223 del 1990 (legge Mammì)¹⁹. Si tratta di una normativa che, come si è visto, si innesta su una situazione di fatto preesistente ormai stabilmente connotata dalla presenza di oligopoli privati.

Per quanto qui interessa, la legge Mammì istituisce il Garante per la radiodiffusione e l'editoria, che assume, nell'ambito del sistema radiotelevisivo, una posizione centrale, e, soprattutto, introduce un regime concessorio per l'emittenza privata.

L'art. 16 della legge afferma che “la radiodiffusione sonora o televisiva da parte di soggetti diversi dalla concessionaria pubblica è subordinata al rilascio di concessione”, necessaria “anche per l'installazione dei relativi impianti”, che “può essere rilasciata per l'esercizio in ambito nazionale di singole reti ovvero in ambito locale di singole emittenti e reti”, cui si aggiunge che “non è trasferibile”, “ha la durata di sei anni ed è rinnovabile”. Si prevede altresì che “nell'atto di concessione sono determinate le frequenze sulle quali gli impianti sono abilitati a trasmettere, la potenza, l'ubicazione e l'area da servire da parte dei suddetti impianti, nonché gli altri elementi previsti dal regolamento di cui all'articolo 36”.

Questo aspetto della legge, come è stato notato, rappresenta il suo «contributo fondamentale» alla disciplina dell'attività di radiodiffusione: “in base a questo modello regolativo, il diritto a trasmettere può essere attribuito solo dai pubblici poteri, mediante un provvedimento amministrativo di natura discrezionale che va sotto il nome di concessione”, qualificandosi la pretesa del privato all'esercizio della propria manifestazione del pensiero attraverso il mezzo radiotelevisivo “non già come diritto soggettivo, bensì come interesse legittimo”²⁰.

¹⁹ Su cui v., fra gli altri, ampiamente V. Salvatore, *op. ult. cit.*, p. 38 ss.

²⁰ Così G. Gardini, *Le regole dell'informazione*, Bruno Mondadori, Milano, 2005, p. 132-133.

Tuttavia, la legge, sul piano dell'incidenza sulla situazione di fatto creatasi in precedenza, non era particolarmente incisiva²¹: si limitava, essenzialmente, a legittimare l'esistente, di qui l'appellativo di «legge-fotografia»²².

In effetti, i limiti *antitrust* – anch'essi introdotti per la prima volta

²¹ In realtà – e ciò vale sia in precedenza che successivamente alla legge Mammi – è la stessa genesi del sistema televisivo nazionale privato in analogico che rende arduo instaurare un effettivo regime concessorio. Infatti, nel periodo della deregolamentazione (o a-regolamentazione) del settore televisivo privato (a cavallo fra gli anni settanta e ottanta) l'«assegnazione» delle frequenze si realizzava col metodo *first come first served* (lo ricorda V. Salvatore, *op. ult. cit.*, p. 32) e cioè attraverso la legittimazione ad esercitarle di chi per primo le occupava (una sorta di «*possession vale titolo*», se si passa l'ironia). Come efficacemente sintetizzato da A. Pace, *Il sistema televisivo italiano*, *cit.*, p. 100, anche sul versante giurisprudenziale si realizzavano ambiguità ed incertezze che, di fatto, perpetuavano il sistema in essere: «ancorché la Corte di cassazione avesse negato che le imprese televisive private avessero un diritto soggettivo a utilizzare le frequenze; e ancorché la Corte costituzionale avesse sia ribadito la legittimità del residuo monopolio statale, sia negato la legittimità della c.d. interconnessione «funzionale» [l'A. fa riferimento alle sentt. n. 148 del 1981 e 826 del 1988], l'arbitraria occupazione delle radiofrequenze continuò senza sosta – nella colpevole inerzia della pubblica amministrazione – e la giurisprudenza, dal canto suo, non condannò l'espedito giuridico utilizzato per il trasferimento (altrimenti illecito) da un privato all'altro delle radiofrequenze arbitrariamente occupate. In pratica, mediante tale espedito, un imprenditore privato cedeva ad un altro privato un «ramo» della sua «azienda», costituito da uno o più impianti trasmettitori operanti su una data radiofrequenza con una certa potenza. Inoltre, la giurisprudenza civile affermò la propria giurisdizione a risolvere i conflitti insorti tra privati nell'utilizzo delle frequenze, il che evidentemente contraddiceva la tesi della Cassazione che essi non avessero un diritto a trasmettere con frequenze non autorizzate». E' da questi presupposti che si «spiega perché, a tutt'oggi, dopo oltre 20 anni dalla sentenza del 1976 e dopo oltre sei anni dall'entrata in vigore della l. 6 agosto 1990 n. 223 – con la quale fu formalmente istituito il sistema radiotelevisivo «misto» (pubblico-privato) – in Italia ancora non esista un piano nazionale per l'assegnazione delle radiofrequenze. Non esistono infatti radiofrequenze «libere» e perciò materialmente disponibili da parte del Ministero delle Poste e Telecomunicazioni, né l'esecutivo ha avuto mai la volontà politica di appropriarsi delle frequenze illecitamente esercitate. Ed è questa la ragione per la quale, per ciò che riguarda l'assegnazione delle frequenze ai singoli concessionari, la l. n. 223 del 1990 non è mai andata «a regime»».

²² Ricordato da R. Zaccaria, *Radiotelevisione*, in Giuseppe Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, XV, tomo II, p. 4.

nel settore radiotelevisivo²³ – previsti dall'art. 15, pur posti “al fine di evitare posizioni dominanti nell'ambito dei mezzi di comunicazione di massa” (c. 1), in riferimento all'emittenza nazionale, offrivano l'impressione di una «sanatoria ex post», in quanto ritagliavano una legittimazione proprio per chi fosse stato titolare di non più di tre reti TV su scala nazionale²⁴.

A ciò si aggiunga che, con disposizione «sibillina», si prevedeva, per i privati che alla data di entrata in vigore della legge in parola esercitavano “impianti per la radiodiffusione sonora o televisiva in ambito nazionale o locale e i connessi collegamenti di telecomunicazione”, l'autorizzazione “a proseguire nell'esercizio degli impianti stessi”, a condizione di aver inoltrato domanda per il rilascio della concessione “entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore” della legge stessa e “fino al rilascio della concessione” ovvero fino alla reiezione della domanda e comunque non oltre settecentotrenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge²⁵.

Anche sul piano dei rapporti fra società concessionarie di pubblicità ed emittenti televisive la disciplina non era particolarmente incisiva²⁶.

²³ Lo ricorda P. Caretti, *op. ult. cit.*, p. 137.

²⁴ Questo il testo della norma (art. 15, c. 4): “Le concessioni in ambito nazionale riguardanti sia la radiodiffusione televisiva che sonora, rilasciate complessivamente ad un medesimo soggetto, a soggetti controllati da o collegati a soggetti i quali a loro volta controllino altri titolari di concessioni, non possono superare il 25 per cento del numero di reti nazionali previste dal piano di assegnazione e comunque il numero di tre”. A tale disposizione si aggiunge il divieto, per il medesimo soggetto, di ottenere contemporaneamente concessioni o autorizzazioni per la radiodiffusione sonora o televisiva in ambito nazionale o locale disposta dall'art. 19, c. 4.

²⁵ Puntualmente anche questo termine (di 730 giorni) veniva prorogato al 28 febbraio 1993 col decreto legge n. 407 del 1992, convertito nella legge n. 482 del 1992, poi ulteriormente prorogato dal decreto legge n. 323 del 1993, di cui, di seguito, nel testo.

²⁶ Cfr. art. 15, c. 7: “Qualora i concessionari privati, la concessionaria pubblica o i titolari di autorizzazione ai sensi dell'articolo 38 della legge 14 aprile 1975 n. 103, si trovino in situazioni di controllo o di collegamento nei confronti di imprese

Nel 1994, innanzi al Tar del Lazio, viene sollevata la questione di costituzionalità relativa (in particolare) all'art. 15 della legge n. 223 del 1990.

La Corte Cost., con la sent. n. 420 del 1994 dichiara l'incostituzionalità della legge Mammì nella parte in cui consente ad un solo soggetto di possedere fino a tre reti televisive su un totale di dodici pianificate (di cui tre riservate al servizio pubblico)²⁷.

Tuttavia, la Corte lascia sopravvivere la disposizione transitoria, introdotta dal decreto legge n. 323 del 1993 (convertito con modificazioni nella legge n. 422 del 1993), che consentiva alle emittenti fino ad allora operanti di continuare a trasmettere per un triennio (fino all'agosto del 1996²⁸).

Si confermava l'approccio del giudice costituzionale volto a stigmatizzare l'insufficienza, sul piano della garanzia del pluralismo, delle disposizioni *antitrust*, ma anche ad evitare vuoti normativi, riconoscendo al legislatore nazionale il potere ed il dovere di

concessionarie di pubblicità, queste ultime non possono raccogliere pubblicità per più di tre reti televisive nazionali, o due reti nazionali e tre reti locali o una rete nazionale e sei locali ivi comprese quelle di cui sono titolari i soggetti controllanti o collegati; eventuali ulteriori contratti stipulati dalle imprese concessionarie di pubblicità di cui al presente comma devono avere per oggetto pubblicità da diffondere con mezzi diversi da quello radiofonico e televisivo e comunque in misura non superiore al 2 per cento degli investimenti pubblicitari complessivi dell'anno precedente. Le stesse disposizioni si applicano alle società concessionarie di pubblicità che abbiano il controllo di imprese titolari di concessione per la radiodiffusione sonora e televisiva o che siano ad esse collegate. I contratti stipulati in difformità dalle norme di cui al presente comma sono nulli".

²⁷ Il caso che aveva dato origine all'ordinanza di rimessione alla Corte era, peraltro, simile a quello, attuale, di Europa 7 (che tuttavia risulta drasticamente più drammatico, come si vedrà, per la citata emittente): la società TV internazionale era risultata sesta (su nove concessioni assentibili a privati) nel procedimento per il rilascio delle concessioni per la radiodiffusione televisiva, tuttavia avendo ottenuto l'assegnazione di una rete con copertura inferiore e frequenze di più ridotta illuminazione da quelle assegnate ad altre emittenti televisive nazionali (cfr. ritenuto in fatto della sent. n. 420 del 1994).

²⁸ Termine poi ancora prorogato, fino al 31 luglio 1997, dal decreto legge n. 545 del 1996, convertito nella legge n. 650 del 1996.

intervenire a disciplinare – nel rispetto dei criteri dettati dalla Corte – (almeno) la normativa *antitrust*²⁹: “riducendo il limite numerico delle reti concedibili ad uno stesso soggetto ovvero ampliando, ove l'evoluzione tecnologica lo renda possibile, il numero delle reti complessivamente consentibili” (così ancora la sent. 420 del 1994).

In questa prospettiva la Corte sottolinea, richiamando i limiti *antitrust* previsti per “la parallela disciplina nazionale dell'editoria”, che, in quel caso, viene considerata “come posizione dominante quella di chi editi (o controlli società che editino) testate quotidiane la cui tiratura nell'anno solare precedente abbia superato il 20% della tiratura complessiva dei giornali quotidiani in Italia”.

Ritiene dunque, e con ragioni che si fa fatica a contestare, che tale limite trovi lo stesso fondamento di quello (al contrario, più largo) previsto con la legge Mammì, “con questa rilevante differenza: che nel settore della stampa non c'è alcuna barriera all'accesso, mentre nel settore televisivo la non illimitatezza delle frequenze, insieme alla considerazione della particolare forza penetrativa di tale specifico strumento di comunicazione (...), impone il ricorso al regime concessorio”.

Da cui deriva che “il grado di concentrazione consentito non può che essere inferiore in quest'ultimo settore per la ragione che l'esigenza di prevenire l'insorgere di posizioni dominanti si coniuga con l'inevitabile contenimento del numero delle concessioni

²⁹ Così la Corte, nella sent. n. 420 del 1994: “condizione indefettibile per il superamento della riserva statale dell'attività di radiodiffusione è costituita da un'ideale disciplina che prevenga la formazione di posizioni dominanti le quali in questo settore possono non solo alterare le regole della concorrenza, ma anche condurre ad una situazione di oligopolio, che in sé pone a rischio il valore fondamentale del pluralismo delle voci, espressione della libera manifestazione del pensiero; pluralismo “esterno” che condiziona il carattere misto del sistema delle radiodiffusioni come attività di preminente interesse generale e che si coniuga - risultandone rafforzato - con il pluralismo “interno” quale emerge, come principio fondamentale del sistema radiotelevisivo, dall'art. 1, comma 2, legge 223/90; senza

assentibili”.

Nel frattempo, nel giugno 1995, si celebrano (contestualmente ad altri) i noti «*referendum televisivi*»³⁰.

Un primo quesito era volto “a limitare le concessioni di reti televisive private nazionali, abbassando il numero da tre a una, con la conseguenza che nessun privato avrebbe potuto essere proprietario di più di una emittente nazionale”; altri due a colpire “il sistema di finanziamento televisivo fondato sul ricorso alla pubblicità”³¹: in sostanza volti a limitare la presenza – o da un verso o dall’altro – delle reti Fininvest nel panorama nazionale.

Tale iniziativa si rivela, tuttavia, un *boomerang*. Infatti, non solo al referendum, pur raggiungendosi il *quorum*, non prevalgono i «si», ma la prossimità della consultazione referendaria – che si era trasformata, come per troppi anni in questo Paese qualsiasi appuntamento elettorale, in un plebiscito sulla «sopravvivenza» politico-economica di Silvio Berlusconi – alla decisione della Corte costituzionale finisce per attutirne gli effetti, se non sul piano logico-giuridico³², senz’altro su quello politico e ... politico-amministrativo: come è stato efficacemente notato “di fronte alla scelta popolare di tenere ferma la proprietà delle tre reti private in capo al medesimo soggetto, infatti, la ricerca della soluzione si spostava sul (difficile) percorso

però alcuna fungibilità o surrogazione dell’uno all’altro avendo entrambi una propria dimensione e collocazione”.

³⁰ L’espressione è utilizzata in A. Barbera, A. Morrone, *La Repubblica dei referendum*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 171.

³¹ Così A. Barbera, A. Morrone, *La Repubblica dei referendum*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 174, ma v. le pp. precedenti e successive per una più completa ricostruzione del contesto e del «clima» referendario.

³² Infatti, ricorda A. Pace, *Il sistema televisivo italiano*, in «Politica del diritto», 1997, p. 97 ss., l’infondatezza della “tesi – sostenuta soprattutto da Forza Italia e da Fininvest – che la sentenza n. 420 del 1994 fosse stata ormai superata dall’esito referendario. Una tesi, per la verità, assolutamente inconsistente dal punto di vista giuridico (posto che il referendum *abrogativo* si pone a livello *legislativo ordinario*,

dell'ampliamento delle reti del sistema televisivo nazionale”³³.

E' in un tale quadro di «diritto» e di principi che si giunge alla legge n. 249 del 1997 (cd. legge Maccanico) che ha dettato una nuova disciplina – per quanto qui interessa – del sistema radiotelevisivo³⁴, in attuazione della sentenza n. 420 del 1994, prevedendo più ristretti limiti concentrativi rispetto a quelli previsti dall'art. 15, c. 4, della legge Mammi.

Tuttavia, nel frattempo, si erano realizzati importanti progressi tecnologici, che permettevano di moltiplicare il numero di canali utilizzabili con copertura nazionale, ma attraverso meccanismi diversi da quello consueto dell'analogico³⁵ (e con prospettive immediate di penetrazione del mercato ben al di sotto di quelle in essere con le trasmissioni in analogico).

La novità sembrava utile al fine di risolvere la situazione di eccessiva concentrazione delle emittenti private riferibili, in larga parte, ad un solo gruppo: si poteva prevedere che la diffusione di

laddove la sentenza n. 420 si colloca a livello *costituzionale*); ma è una tesi che, a livello politico, ha indubbiamente un suo peso”.

³³ Così A. Barbera, A. Morrone, *La Repubblica dei referendum*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 187.

³⁴ In effetti, come rilevato in dottrina, caratteristica precipua della legge n. 249 del 1997 (recante “*Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*”) è proprio di non essere un complesso normativo dedicato esclusivamente al profilo della radiotelevisione (occupandosi la legge anche del sistema delle telecomunicazioni), ma un primo passo verso la convergenza delle discipline giuridiche di settore, complessivamente considerate, attraverso una legge “di sistema”. In tal senso, al contrario di quanto accaduto in precedenza, contiene “disposizioni generali, di principio, destinate ad essere non solo applicate, ma anche integrate, con margini di notevole discrezionalità, da parte della nuova Autorità di garanzia, che la stessa legge istituisce” (cfr. P. Caretti, *op. ult. cit.*, p. 192-193). Fra le novità di rilievo, per l'appunto, introdotte dalla legge vi è proprio l'istituzione della Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (sinteticamente individuata come AGCOM).

³⁵ In argomento, in particolare sulle conseguenze della cd. «convergenza tecnologica» sulla disciplina di settore, v. O. Grandinetti, *La radiotelevisione*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2003, tomo III, p. 2439 ss. (ma v. spec. 2247 ss.)

questi strumenti tecnologici permettesse, progressivamente, l'emigrazione di una delle tre reti Mediaset (dal 1996 *holding* televisiva del gruppo Fininvest³⁶) verso le trasmissioni via satellite o via cavo.

In effetti, sul piano delle norme *antitrust*³⁷, la legge Maccanico sembrava aver tenuto conto di queste novità e di aver cercato di tradurle in strumenti utili per superare, meno bruscamente di come sarebbe avvenuto in precedenza, il problema dell'oligopolio televisivo nell'analogico.

Queste le disposizioni essenziali in merito della legge in parola (sul piano delle titolarità delle reti televisive):

- l'art. 2, comma 6, disponeva³⁸ che “ad uno stesso soggetto o a

³⁶ Cfr. quanto riportato in <http://www.mediaset.it/>. Sulla nascita di Mediaset, v. le considerazioni di A. Pace, *Il sistema televisivo italiano*, in «Politica del diritto», 1997, p. 97 ss.

³⁷ E' stato notato che “il termine *antitrust*, inteso come norma o complesso di norme preposte alla tutela della libera concorrenza tra imprese è probabilmente improprio con riferimento alla Legge Maccanico, che predispone piuttosto un estremamente analitico ed articolato sistema posto *prevalentemente* a tutela del pluralismo oltre che, incidentalmente ed indirettamente, a salvaguardia della concorrenza nei «*settori delle comunicazioni sonore e televisive, anche nelle forme evolutive, realizzate con qualsiasi mezzo tecnico, della multimedialità, dell'editoria anche elettronica e delle connesse fonti di finanziamento*». Connotato di fondo di una democratica e moderna *information society*, la *ratio* che sembra ispirare la Legge Maccanico è dunque l'assunto che la difesa del pluralismo non possa essere raggiunta – con pienezza di risultato – esclusivamente tutelando ed incentivando la libera concorrenza: ciò spiega pertanto da un lato la predisposizione di una disciplina *antitrust ad hoc* per il settore delle telecomunicazioni, dall'altro la contestuale adozione di soluzioni che spesso si discostano in maniera sostanziale dalle disposizioni della Legge 10 ottobre 1990 n. 287 recante norme per la tutela della concorrenza e del mercato (L. 287/90)” (così C. Cocuzza, D.E. Terno, *La Televisione a pagamento tra Legge Maccanico e disciplina Antitrust*, in «Il Diritto dell'informazione e dell'informatica», 1999, p. 129 ss.). Sul tema v. anche C. Sebastiani, *Posizione dominante e competenze antitrust nel settore delle comunicazioni*, in «Il Diritto dell'informazione e dell'informatica», 1999, p. 653 ss.

³⁸ Dopo aver previsto ai commi 1 e 2 che: “Nei settori delle comunicazioni sonore e televisive, anche nelle forme evolutive, realizzate con qualsiasi mezzo tecnico, della multimedialità, dell'editoria anche elettronica e delle connesse fonti di

soggetti controllati da o collegati a soggetti i quali a loro volta controllino altri titolari di concessione in base ai criteri individuati nella vigente normativa, non possono essere rilasciate concessioni né autorizzazioni che consentano di irradiare più del 20 per cento rispettivamente delle reti televisive o radiofoniche analogiche e dei programmi televisivi o radiofonici numerici, in ambito nazionale, trasmessi su frequenze terrestri, sulla base del *piano delle frequenze*³⁹. Al fine di consentire l'avvio dei mercati nel rispetto dei principi del pluralismo e della concorrenza, relativamente ai programmi televisivi o radiofonici numerici l'Autorità può stabilire un periodo transitorio nel quale non vengono applicati i limiti previsti nel presente comma⁴⁰;

- l'art. 3, comma 11, sanciva che, relativamente alle reti televisive nazionali su frequenze terrestri che trasmettono in forma codificata, un soggetto non possa ottenere più di una concessione televisiva;

- tuttavia, l'art. 3, comma 6, aggiungeva che “gli esercenti la radiodiffusione televisiva in ambito nazionale che superino i limiti previsti dall'articolo 2, comma 6, possono proseguire in via transitoria, successivamente alla data del 30 aprile 1998, l'esercizio

finanziamento, è vietato qualsiasi atto o comportamento avente per oggetto o per effetto la costituzione o il mantenimento di una posizione dominante da parte di uno stesso soggetto anche attraverso soggetti controllati e collegati. / 2. Gli atti giuridici, le operazioni di concentrazione e le intese che contrastano con i divieti di cui al presente articolo, sono nulli”.

³⁹ Si aggiungeva nell'ultima parte del primo capoverso dell'art. 2, c. 6, che “nel piano nazionale di assegnazione delle frequenze (...) l'Autorità fissa il numero delle reti e dei programmi irradiabili in ambito nazionale e locale, tenendo conto dell'evoluzione tecnologica e delle frequenze pianificate”.

⁴⁰ Sul piano della raccolta di risorse economiche, l'art. 2, c. 8, lett. a), stabiliva che “i soggetti destinatari di concessioni televisive in ambito nazionale anche per il servizio pubblico, di autorizzazioni per trasmissioni codificate in ambito nazionale, ovvero di entrambi i provvedimenti possono raccogliere proventi per una quota non superiore al 30 per cento delle risorse del settore televisivo in ambito nazionale riferito alle trasmissioni via etere terrestre e codificate”.

delle reti eccedenti gli stessi limiti, nel rispetto degli obblighi stabiliti per le emittenti nazionali televisive destinatarie di concessione, *a condizione che le trasmissioni siano effettuate contemporaneamente su frequenze terrestri e via satellite o via cavo* e, successivamente al termine di cui al comma 7, esclusivamente via cavo o via satellite”;

- in effetti, l’art. 3, comma 7, prevedeva che “l’Autorità, in relazione all’effettivo e congruo sviluppo dell’utenza dei programmi radiotelevisivi via satellite e via cavo, indica il termine entro il quale i programmi irradiati dalle emittenti di cui al comma 6 devono essere trasmessi esclusivamente via satellite o via cavo”;

- evidentemente tali commi dell’art. 3, ponevano una disciplina speciale rispetto a quella generale dell’art. 2, comma 7, per cui “l’Autorità (...) adotta i provvedimenti necessari per eliminare o impedire il formarsi delle posizioni di cui al comma 1 o comunque lesive del pluralismo. Qualora ne riscontri l’esistenza, apre un’istruttoria nel rispetto del principio del contraddittorio, al termine della quale interviene affinché esse vengano sollecitamente rimosse (...). Ove l’Autorità ritenga di dover disporre misure che incidano sulla struttura dell’impresa imponendo dismissioni di aziende o di rami di azienda, è tenuta a determinare nel provvedimento stesso un congruo termine entro il quale provvedere alla dismissione; tale termine non può essere comunque superiore a dodici mesi. In ogni caso le disposizioni relative ai limiti di concentrazione di cui al presente articolo si applicano in sede di rilascio ovvero di rinnovo delle concessioni e delle autorizzazioni”.

In sostanza, il limite *antitrust* era effettivamente più intenso di quello precedente della legge Mammì.

Tuttavia, non sarà sfuggito che le disposizioni dell’art. 3, c. 6 e 7, indicavano un percorso di emigrazione sul satellite o via cavo per le cd. «reti eccedenti» (la soglia *antitrust*) carente di un termine finale di riferimento «insuperabile»: in sostanza poteva verificarsi che, in

manca di una tempestiva attuazione del piano delle frequenze⁴¹, le norme che transitoriamente legittimavano la deroga ai limiti *antitrust* trovassero indefinitamente applicazione⁴².

Ed infatti – nonostante fosse stato emanato dall'Autorità il Piano nazionale delle frequenze, il relativo regolamento per i requisiti e le modalità di rilascio delle concessioni e fosse anche avvenuta la procedura ad evidenza pubblica per il rilascio delle concessioni – ancora nel 2002 non v'era stata l'attuazione prevista e la traslazione altrove delle «reti eccedenti»: come sintetizzato dalla Corte nella sent. n. 466 del 2002, che si va ad analizzare, la protrazione del termine veniva motivata “fino al luglio 1997, dall'attesa della riforma complessiva del sistema radiotelevisivo e della predisposizione del nuovo piano di assegnazione delle frequenze; fino al luglio 1999, dall'attesa del rilascio delle concessioni; in epoca successiva, dall'esigenza di attendere i tempi di attuazione del piano di assegnazione delle frequenze”.

Una tale singolare situazione, tornava nel 2001 di fronte alla Corte costituzionale a causa di un procedimento pendente di fronte al Tar del Lazio, promosso dalla Adusbef (ed altri) avverso la Presidenza del Consiglio dei ministri⁴³, nel quale veniva sollevata questione di

⁴¹ E cioè del “piano nazionale di assegnazione delle frequenze”, secondo quanto disposto dall'art. 1, c. 6, lett. a), n. 2, della legge Meccanico, elaborato ed approvato dall'Autorità.

⁴² Successivamente, i principali provvedimenti attuativi della legge Meccanico sono stati, effettivamente, il Piano nazionale delle frequenze approvato con delibera della Autorità n. 68 del 1998 e il regolamento (delibera n. 78 dello stesso anno) relativo ai requisiti ed alle modalità per il rilascio delle concessioni televisive su frequenze terrestri in tecnica analogica. Tuttavia, si ritornerà più ampiamente sul punto, in quanto elemento genetico del caso «Europa 7».

⁴³ Per l'annullamento dei provvedimenti, emessi in data 28 luglio 1999, dal Ministro delle comunicazioni di rilascio delle concessioni ed autorizzazioni per la radiodiffusione televisiva privata in ambito nazionale su frequenze terrestri; del regolamento per il rilascio delle suddette concessioni, approvato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom); del regolamento e del disciplinare per il funzionamento della Commissione per la determinazione degli aventi diritto alle concessioni; dei provvedimenti di negazione del diritto di accesso.

legittimità costituzionale degli artt. 2, c. 6, 3, c. 6 e 7, della legge Maccanico, per contrasto col principio di ragionevolezza, con i principi del pluralismo nella manifestazione del pensiero e della libertà di iniziativa economica (artt. 3, 21, 41 Cost.), nonché del giudicato costituzionale (art. 136 Cost.).

La Corte⁴⁴, dopo aver ricostruito la serie di legittimazioni *ex post*, sanatorie e proroghe (in buona parte già citate) che, a partire dagli anni ottanta, aveva ininterrottamente permesso la formazione di un sistema televisivo nazionale privato (in tecnica analogica) fondato su “situazioni di mera occupazione di fatto delle frequenze (esercizio di impianti senza rilascio di concessioni e autorizzazioni), al di fuori di ogni logica di incremento del pluralismo nella distribuzione delle frequenze e di pianificazione effettiva dell’etere”, afferma che un tale contesto “non garantisce, pertanto, l’attuazione del principio del pluralismo informativo esterno, che rappresenta uno degli «imperativi» ineludibili emergenti dalla giurisprudenza costituzionale in materia. Questa Corte ha, infatti, costantemente affermato la necessità di assicurare l’accesso al sistema radiotelevisivo del «massimo numero possibile di voci diverse» (sentenza n. 112 del 1993), ed ha sottolineato l’insufficienza del mero concorso fra un polo pubblico e un polo privato ai fini del rispetto delle evidenziate esigenze costituzionali connesse all’informazione (sentenze n. 826 del 1988 e n. 155 del 2002)”.

Su questa base, riferendosi ad un termine indicato – se così si può dire, in forma più programmatica che prescrittiva⁴⁵ – dall’AGCOM

⁴⁴ Assumendo, peraltro, la decisione a seguito di approfondita istruttoria affidata, con ordinanza istruttoria del 3 dicembre 2001, al giudice relatore (ed istruttore) Riccardo Chieppa.

⁴⁵ La delibera n. 326 del 2001 si componeva di un solo articolo, nel quale si disponeva: “1. La data stabilita per l’attuazione delle disposizioni di cui all’art. 3, commi 6, 7, 9 e 11 della legge n. 249/97 è il 31 dicembre 2003. / 2. L’Autorità, entro il 31 gennaio 2003, si riserva di rivedere il termine di cui al comma 1 secondo i criteri definiti in premessa ai punti 19 e 20”. Tuttavia – ecco il senso del riferimento

nella delibera n. 346 del 2001, quale potenzialmente utile per garantire, sul piano tecnico, una sufficiente penetrazione di pubblico (con le conseguenze economiche da ciò derivate) da parte degli operatori che avrebbero dovuto slittare verso sistemi alternativi all'analogico, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, c. 7, della legge Meccanico "nella parte in cui non prevede la fissazione di un termine finale certo, e non prorogabile, che comunque non oltrepassi il 31 dicembre 2003, entro il quale i programmi, irradiati dalle emittenti eccedenti i limiti di cui al comma 6 dello stesso art. 3, devono essere trasmessi esclusivamente via satellite o via cavo"⁴⁶.

Precedentemente al deposito della sentenza n. 466 del 2002, in

ad una forma più programmatica che prescrittiva - nel «considerato» n. 17 si affermava che "al fine di pervenire ad un ragionevole bilanciamento tra la necessità di procedere ad una rapida deconcentrazione e le esigenze economiche delle imprese, che non sia elusivo di quanto sancito dalla Corte, la soglia del 50% di popolazione coperta dai sistemi di trasmissione alternativi alla via terrestre analogica (satellite, cavo, digitale terrestre) si profila come un punto di sintesi equilibrato. Da un lato, essa costituisce un traguardo raggiungibile in tempi ravvicinati al quale corrisponde un prevedibile dimezzamento delle risorse acquisibili dalla rete eccedente generalista, che vede ridursi in linea consequenziale la copertura, l'audience e il valore dei contratti pubblicitari. Dall'altro, tale soglia sancisce uno sviluppo adeguato dei sistemi alternativi e, con una copertura ridotta ma presumibilmente concentrata sulle aree più appetibili dal punto di vista pubblicitario, garantisce una continuità operativa e funzionale. Nella combinazione degli scenari richiamati al punto 15, la soglia del 50% dovrebbe essere raggiunta nel 31 dicembre 2003" e nel considerato 20 si riteneva che "se al 31 dicembre 2002 la quota delle famiglie digitali risulterà essere inferiore al 35% delle famiglie e, quindi, aver avuto un tasso di sviluppo inferiore a quanto ipotizzato, l'Autorità potrà posticipare il termine del 31 dicembre 2003; se al 31 dicembre 2002 la quota delle famiglie digitali risulterà essere superiore al 45% delle famiglie e, quindi, aver avuto un tasso di sviluppo superiore a quanto ipotizzato, l'Autorità potrà anticipare il termine del 31 dicembre 2003".

⁴⁶ Su questa decisione, risultano particolarmente interessanti le notazioni, pur non coincidenti, di P. Costanzo, *La libertà d'informazione non può attendere: ma la Corte continua ad ammettere il transitorio pur censurando l'indefinito*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2002, p. 3896 ss. e di G. Fares, *Le prospettive del sistema radiotelevisivo italiano dopo la sentenza n. 466/2002 della Corte costituzionale*, in «Servizi pubblici e appalti», 2003, p. 213 ss.

data 25 settembre 2002, era presentato alla Camera il d.d.l. n. 3184, che passerà immediatamente alle cronache come d.d.l. Gasparri⁴⁷.

L'*iter* legislativo di questo disegno di legge ha rappresentato uno dei punti di maggiore criticità della XIV legislatura, creandosi una situazione istituzionale del tutto peculiare, che ci si limita a descrivere: la Corte, con sent. n. 466 del 2002, ha fissato un termine finale per il passaggio delle reti eccedenti dall'analogico agli altri sistemi di irradiazione (via cavo o via satellite); in quel momento è Presidente del Consiglio e dirige una solida maggioranza parlamentare, proprio il proprietario del gruppo che sarebbe maggiormente danneggiato dall'«evaporazione» sul satellite o via cavo delle reti eccedenti; in tale contesto, il Presidente della Repubblica Ciampi invia alle Camere, in vista di una riforma legislativa del settore, un messaggio proprio per «ricordare» al Parlamento i precetti cui, in aderenza alle ormai numerose decisioni della Corte costituzionale, dovrebbe attenersi⁴⁸.

Come si capisce vi erano tutte le condizioni per aversi un clima istituzionale (per non parlare di quello politico e della pubblicistica) incandescente.

⁴⁷ Sul travagliato procedimento di approvazione della legge Gasparri (dal nome del Ministro delle Comunicazioni allora in carica), v., per una critica serrata all'intera impostazione della legge, che si estende all'azione del Governo e della maggioranza parlamentare, con ampi riferimenti anche alla posizione assunta dal Presidente della Repubblica e dai Presidenti dell'AGCOM e dell'autorità *antitrust*, A. Pace, *Legge Gasparri e Corte costituzionale*, in «Rassegna parlamentare», 2004, p. 849 ss.

⁴⁸ Il messaggio presidenziale, del 23 luglio 2002, contiene un forte richiamo alla Camere a tutelare, in vista dell'approvazione di una nuova legge di sistema, i principi del pluralismo, dell'imparzialità e della completezza dell'informazione, considerati quali elementi salienti della democrazia stessa, peraltro traendo prevalentemente spunto dal quadro della giurisprudenza costituzionale sul tema formatasi nel corso degli anni (di cui, in buona parte, si è trattato nel testo). Sul messaggio, che può essere consultato in A. Morrone, *Diritto costituzionale nella giurisprudenza e nelle fonti*, Padova, 2006, p. 380, v. il commento di P. Olimpieri, *Il messaggio del Presidente della Repubblica sul pluralismo e l'imparzialità*

In tale quadro si fa strada il disegno di legge Gasparri, che, d'altra parte, non si poteva ritenere peccasse di particolare ipocrisia: il fine principale – evidentemente non segreto – ancora una volta era legittimare l'esistente ed, effettivamente, l'esistente venne legittimato.

Di due elementi bisogna, tuttavia, dare conto prima di analizzare le norme, o meglio, il peculiare sistema «*antitrust*» della legge.

Il primo riguarda il rinvio presidenziale⁴⁹ della legge⁵⁰: al di là del merito, che, com'è ovvio, si coglie in trasparenza paragonando il testo legislativo con le preoccupazioni già espresse dal Presidente nel suo messaggio alle Camere del 2002, va rilevato che il rinvio avveniva a meno di un mese dallo spirare del termine fissato dalla Corte per l'emigrazione dall'analogico delle reti eccedenti⁵¹. Ciò evidentemente metteva a rischio, anzi, comprometteva la posizione di tali reti, le quali dal 1 gennaio 2004 rischiavano di trasmettere “in violazione dell'art. 195 cod. post. (e quindi in situazione di illiceità penale)”⁵².

Per tali ragioni il Governo – considerata l'«urgenza» - si vede «costretto» ad intervenire con decreto legge (n. 352 del 24 dicembre 2003, convertito in legge n. 43 del 2004) per disporre, in buona sostanza, un'ulteriore proroga⁵³.

dell'informazione. *Brevi considerazioni «a caldo»*, presso il sito dell'associazione dei costituzionalisti, www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁴⁹ Per una collocazione di questo rinvio presidenziale nella prassi, sia consentito rinviare a S. Calzolaio, *Il rinvio delle leggi nella prassi*, in «Quaderni costituzionali», 2006, p. 853 ss.

⁵⁰ Su cui è particolarmente ampio il dibattito in www.forumcostituzionale.it. Cfr. gli interventi di M.C. Grisolia, *Alcune osservazioni sul recente rinvio del Capo dello Stato della «legge Gasparri»*; A. Chimenti, *Il rinvio della legge «Gasparri»: un nuovo testo gravato da un vecchio vizio*; F. Biondi, *Legge «Gasparri» e rinvio presidenziale: un messaggio «sibillino» e un legislatore «furbo»*.

⁵¹ Va precisato che ciò è accaduto inevitabilmente: il d.d.l. Gasparri era stato approvato in via definitiva dal Senato il 2 dicembre (il rinvio è del 15 dicembre).

⁵² Così A. Pace, *Legge Gasparri, cit.*, p. 849 ss.

⁵³ Congeniata, peraltro, per porsi apparentemente in coerenza col rinvio presidenziale e con la sent. n. 466 del 2002: infatti, nel messaggio di rinvio si precisava che “il paragrafo 11, penultimo capoverso, delle considerazioni in diritto della sentenza n. 466, recita: «D'altro canto, la data del 31 dicembre 2003 offre

Anche il termine di fine anno 2003, disposto dal giudice costituzionale, aveva trovato in definitiva («la sua») proroga.

Comunque, pochi mesi dopo vedeva la luce la legge 3 maggio 2004, n. 112, nota come «legge Gasparri»⁵⁴.

marginari temporali all'intervento del legislatore per determinare le modalità della definitiva cessazione del regime transitorio di cui al comma 7 dell'articolo 3 della legge n. 249 del 1997». Ne consegue che il 1 gennaio 2004 può essere considerato come il *dies a quo* non di un nuovo regime transitorio, ma dell'attuazione delle predette modalità di cessazione del regime medesimo, che devono essere determinate dal Parlamento entro il 31 dicembre 2003. Si rende, inoltre, necessario indicare il *dies ad quem* e, cioè, il termine di tale fase di attuazione". Tutto ciò il Presidente della Repubblica rilevava sulla base dell'assunto che l'art. 25, c. 3, della legge assegnava un termine massimo di 12 mesi all'Autorità per effettuare un esame concernente, in sintesi, il grado attuale e la capacità prossima di penetrazione del mercato del digitale terrestre presso il pubblico, peraltro facendone derivare un ulteriore procedimento (entro i trenta giorni successivi al completamento dell'accertamento, l'Autorità invia una relazione al Governo e alle competenti Commissioni parlamentari, «nella quale verifica se sia intervenuto un effettivo ampliamento delle offerte disponibili e del pluralismo nel settore televisivo ed eventualmente formula proposte di interventi diretti a favorire l'ulteriore incremento dell'offerta di programmi televisivi digitali terrestri e dell'accesso ai medesimi» - così il testo dell'art. 25, c. 3, rinviato) alla conclusione del quale, in mancanza del verificarsi delle condizioni di sufficiente espansione del mercato del digitale terrestre, non si sarebbe avuta alcuna conseguenza certa rispetto alla fine del periodo transitorio per le reti eccedenti. In questo senso, il decreto legge n. 352 si limitava a: 1) prevedere un termine più ristretto (il 30 aprile 2004) per lo svolgimento dell'indagine da parte dell'Autorità; 2) lasciare intatta la (precedentemente descritta) procedura successiva, tuttavia aggiungendovi la previsione per cui in caso di mancato avveramento delle condizioni per l'espansione del mercato digitale, l'autorità poteva adottare i provvedimenti necessari (ai sensi dell'art. 2, c. 7, della legge Maccanico), essendo consentito di proseguire l'esercizio delle reti eccedenti (e alla società concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo di avvalersi di risorse pubblicitarie su tutte le proprie reti televisive analogiche e digitali) «fino alla data di adozione delle deliberazioni dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni».

⁵⁴ Il travaglio dell'*iter legis* è stato ben colto in dottrina con semplici dati: al momento della approvazione definitiva la legge Gasparri aveva dovuto affrontare, oltre al rinvio presidenziale, «nei sei passaggi fra Camera e Senato, oltre 14.000 emendamenti», «quasi 90 sedute in Commissione e 44 in Aula»; 410 «votazioni a scrutinio segreto» (così G. Gardini, *Le regole dell'informazione*, Bruno Mondadori, Milano, 2005, p. 140).

Rinviando a più approfondite e generali trattazioni⁵⁵, l'analisi della disciplina complessiva contenuta nella legge⁵⁶, quanto qui interessa – come già accaduto per i precedenti normativi descritti – è la parte dedicata ai meccanismi ed alle disposizioni anticoncentrazionistici e, ancor più in particolare, le disposizioni che regolano la sorte delle reti eccedenti.

Deve segnalarsi subito che la legge in parola è stata in parte abrogata ed alcune sue disposizioni sono state riprodotte⁵⁷ dal Testo Unico della radiotelevisione (d.lgs. n. 177 del 2005)⁵⁸ – emanato proprio in attuazione delle delega contenuta nell'art. 16 della legge stessa: per questo, in nota, si darà conto della nuova collocazione degli articoli della legge Gasparri cui nel proseguio ci si riferisce.

Si tratta, in buona sostanza, degli artt. 15, c. 1, 2 e 3; 23, c. 1 e 5; 25, c. 3, 4 e 8⁵⁹.

In primo luogo, la disciplina *antitrust* della legge si fonda sull'individuazione del SIC (sistema integrato delle comunicazioni), definito come “il settore economico che comprende le seguenti attività: stampa quotidiana e periodica; editoria annuaristica ed

⁵⁵ Per un quadro comparato della situazione europea, v. l'interessante rapporto, finanziato dalla Fondazione Soros, M. Dragomir (a cura di), *Television across Europe: regulation, policy and independence*, Open society institut, Budapest, 2005, reperibile presso il dominio <http://www.soros.org/initiatives/media/>. In particolare, per la parte concernente l'Italia v. G. Mazzoleni, G.E. Vigevani, *Television across Europe: regulation, policy and independence. Italy*, vol. II, p. 865 ss. E' previsto un aggiornamento del lavoro nel 2008, ma ancora non è reperibile, nel sito indicato, per la parte concernente l'Italia. Il materiale è reperibile in italiano in http://www.eumap.org/topics/media/television_europe.

⁵⁶ Cfr. R. Zaccaria, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova, 2007, p. 233 ss.

⁵⁷ Le abrogazioni espressamente individuate riguardano gli artt. da 1 a 6 (cfr. art. 54, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 177 del 2005 recante Testo Unico della radiotelevisione.

⁵⁸ Su cui v. V. Zeno Zencovich, *Motivi ed obiettivi della disciplina della televisione digitale*, in «Il Diritto dell'informazione e dell'informatica», 2005, p. 653 ss.

⁵⁹ Rispettivamente: T.U. della radiotelevisione, artt. 43, c. 7, 9, 10; 25, c. 1. L'art. 23, c. 5, e l'art. 25, c. 8, della legge Gasparri sono richiamati nel T.U., ma non mi risultano trasposti.

elettronica anche per il tramite di internet; radio e televisione; cinema; pubblicità esterna; iniziative di comunicazione di prodotti e servizi; sponsorizzazioni” (art. 2, c. 1, lett. g⁶⁰).

A tale definizione si collegano i limiti *antitrust*.

Dispone l’art. 15, c. 1, che “all’atto della completa attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze radiofoniche e televisive in tecnica digitale, uno stesso fornitore di contenuti (...) non può essere titolare di autorizzazioni che consentano di diffondere più del 20 per cento del totale dei programmi televisivi o più del 20 per cento dei programmi radiofonici irradiabili su frequenze terrestri in ambito nazionale mediante le reti previste dal medesimo piano”.

Prosegue il c. 2 sancendo che “fermo restando il divieto di costituzione di posizioni dominanti nei singoli mercati che compongono il sistema integrato delle comunicazioni, i soggetti tenuti all’iscrizione nel registro degli operatori di comunicazione costituito ai sensi dell’articolo 1, comma 6, lettera a), numero 5), della legge 31 luglio 1997, n. 249, non possono (...) conseguire ricavi superiori al 20 per cento dei ricavi complessivi del sistema integrato delle comunicazioni”.

Infine, il c. 3, precisa appunto quale sia il paniere di riferimento per il calcolo dei ricavi: “sono quelli derivanti dal finanziamento del servizio pubblico radiotelevisivo al netto dei diritti dell’erario, da pubblicità nazionale e locale anche in forma diretta, da televendite, da sponsorizzazioni, da attività di diffusione del prodotto realizzata al punto vendita con esclusione di azioni sui prezzi, da convenzioni con soggetti pubblici a carattere continuativo e da provvidenze pubbliche erogate direttamente ai soggetti esercenti le attività indicate all’articolo 2, comma 1, lettera g), da offerte televisive a pagamento, dagli abbonamenti e dalla vendita di quotidiani e periodici inclusi i prodotti librari e fonografici commercializzati in allegato, nonchè

⁶⁰ T.U. della radiotelevisione, art. 2, c. 1, lett. l).

dalle agenzie di stampa a carattere nazionale, dall'editoria elettronica e annuaristica anche per il tramite di internet e dalla utilizzazione delle opere cinematografiche nelle diverse forme di fruizione del pubblico”.

E' ben evidente l'impostazione di fondo: la soglia *antitrust* – che si trattiene nel limite del 20% “in omaggio formale al giudicato della Corte costituzionale”⁶¹ (sent. n. 420 del 1994) - è calcolata su di un paniere di attività estremamente vasto, così da scolorire la relazione col singolo mercato di riferimento, che dovrebbe essere quello specifico (salvo *ragionevoli* e *giustificabili* aggiustamenti), per quanto interessa, delle televisioni che trasmettono in analogico.

Ciò comporta che l'assetto attuale del duopolio televisivo (nell'analogico) non supera strutturalmente la soglia *antitrust* legislativamente prevista.

A tali disposizioni si connette direttamente l'art. 23, c. 1, il quale afferma che “fino all'attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze televisive in tecnica digitale, i soggetti esercenti a qualunque titolo attività di radiodiffusione televisiva in ambito nazionale e locale in possesso dei requisiti previsti per ottenere l'autorizzazione per la sperimentazione delle trasmissioni in tecnica digitale terrestre, ai sensi dell'articolo 2-bis del decreto-legge 23 gennaio 2001, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 marzo 2001, n. 66⁶², possono effettuare, anche attraverso la ripetizione

⁶¹ Così G. De Minico, *Due Sentenze della Corte di Giustizia sulle frequenze. Esiste un dopo?*, in corso di pubblicazione in «Quaderni costituzionali», n. 2 del 2008, ed attualmente in www.forumcostituzionale.it.

⁶² Si tratta della legge che avvia la sperimentazione della tecnica digitale (cfr. G. De Vergottini, *Il digitale terrestre: aspetti di diritto nazionale e comunitario*, in «Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni», 2001, p. 263 ss.). Per comprendere la portata di tale innovazione tecnologica v. G. Gardini, *Le regole dell'informazione*, Bruno Mondadori, Milano, 2005, p. 136-137: “l'affermarsi della nuova tecnologia digitale, quindi, modifica i presupposti stessi per la regolamentazione della trasmissione televisiva terrestre: grazie al digitale, lo spettro elettromagnetico, sebbene invariato, potrà veicolare un numero maggiore di canali, ridimensionando la “scarsità delle frequenze” posta alla base della legittimazione dei monopoli pubblici radiotelevisivi prima, e della disciplina antitrust di settore in

simultanea dei programmi già diffusi in tecnica analogica, le predette sperimentazioni fino alla completa conversione delle reti, nonché richiedere, a decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge e nei limiti e nei termini previsti dal regolamento relativo alla radiodiffusione terrestre in tecnica digitale⁶³ (...) le licenze e le autorizzazioni per avviare le trasmissioni in tecnica digitale terrestre”.

Chiude il cerchio la disposizione del c. 5: “A decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge, la licenza di operatore di rete televisiva è rilasciata, su domanda, ai soggetti che esercitano legittimamente l’attività di diffusione televisiva, in virtù di titolo concessorio ovvero per il *generale assentimento* di cui al comma 1, qualora dimostrino di avere raggiunto una copertura non inferiore al 50 per cento della popolazione o del bacino locale”⁶⁴.

Stabilisce, infine, l’art. 25, c. 8, che “ove, in base all’accertamento svolto dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, secondo quanto disposto dai commi 3 e 4, risultino rispettate le condizioni di cui al comma 3, lettere *a*), *b*) e *c*)”⁶⁵ e fino alla completa attuazione del

seguito. Ancora, le nuove tecnologie di trasmissione e ricezione mettono a disposizione nuove opportunità di offerta e spianano la strada a inedite modalità di fruizione: i nuovi operatori si discostano notevolmente dall’impostazione generalista della televisione tradizionale, per offrire servizi sempre più personalizzati (*pay-TV*, *pay-per-view*, *video-on-demand*), mirando a una progressiva interazione con l’utente finale”.

⁶³ Come precisa il nuovo testo unico (art. 25, c. 1): deliberazione dell’Autorità n. 435/01/CONS.

⁶⁴ Come efficacemente sintetizzato, “questa previsione consente, da un lato, di preservare lo *status quo*, realizzatosi con fenomeni di occupazione di fatto di frequenze più volte stigmatizzati dalla Corte costituzionale; dall’altro, di escludere gli operatori che, pur essendo in possesso della relativa concessione, non hanno potuto esercitare l’attività di radiodiffusione per insufficienza di frequenze” (così R. Mastroianni, *La disciplina in materia di televisione tra diritto interno e diritto comunitario*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *L’evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2005, spec. p. 96)

⁶⁵ Ecco le disposizioni, che per completezza si riportano, anche se sono già state individuate in precedenza, in nota, in sede di trattazione del rinvio presidenziale e

piano di assegnazione delle frequenze televisive in tecnica digitale, il limite al numero complessivo di programmi per ogni soggetto è del 20 per cento ed è calcolato sul numero complessivo dei programmi televisivi concessi o irradiati anche ai sensi dell'articolo 23, comma 1, in ambito nazionale su frequenze terrestri indifferentemente in tecnica analogica o in tecnica digitale. I programmi televisivi irradiati in tecnica digitale possono concorrere a formare la base di calcolo ove raggiungano una copertura pari al 50 per cento della popolazione. Al fine del rispetto del limite del 20 per cento non sono computati i programmi che costituiscono la replica simultanea di programmi irradiati in tecnica analogica”⁶⁶.

del decreto legge n. 352 del 2003. Art. 25, c. 3 e 4: “3. L’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, entro il 30 aprile 2004, svolge un esame della complessiva offerta dei programmi televisivi digitali terrestri allo scopo di accertare contestualmente, anche tenendo conto delle tendenze in atto nel mercato: a) la quota di popolazione coperta dalle nuove reti digitali terrestri che non deve comunque essere inferiore al 50 per cento; b) la presenza sul mercato nazionale di decoder a prezzi accessibili; c) l’effettiva offerta al pubblico su tali reti anche di programmi diversi da quelli diffusi dalle reti analogiche. / 4. Entro trenta giorni dal completamento dell’accertamento di cui al comma 3, l’Autorità invia una relazione al Governo e alle competenti Commissioni parlamentari della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica nella quale dà conto dell’accertamento effettuato. Ove l’Autorità accerti che non si siano verificate le predette condizioni, adotta i provvedimenti indicati dal comma 7 dell’articolo 2 della legge 31 luglio 1997, n. 249”.

⁶⁶ In riferimento a questa disposizione, il T.U. della radiotelevisione afferma all’art. 23, c. 1 e 2, che “il periodo di validità delle concessioni e delle autorizzazioni per le trasmissioni televisive in tecnica analogica in ambito nazionale, che siano consentite ai sensi dell’articolo 25, comma 8, della legge 3 maggio 2004, n. 112, (...) è prolungato dal Ministero, su domanda dei soggetti interessati, fino alla scadenza del termine previsto dalla legge per la conversione definitiva delle trasmissioni in tecnica digitale. Tale domanda può essere presentata entro il 25 luglio 2005 dai soggetti che già trasmettono contemporaneamente in tecnica digitale e, se emittenti nazionali, con una copertura in tecnica digitale di almeno il 50 per cento della popolazione nazionale” e che “fino all’attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze televisive in tecnica digitale, i soggetti non titolari di concessione in possesso dei requisiti di cui all’articolo 6, commi 1, 3, 4, 6, 8 e 9, della deliberazione dell’Autorità 1° dicembre 1998, n. 78, possono proseguire l’esercizio della radiodiffusione televisiva in tecnica analogica, con i diritti e gli obblighi del concessionario”.

In realtà, apparendo il dato normativo, a suo modo, estremamente chiaro nel perseguire l'obiettivo di «fotografare» – ancora una volta – l'assetto vigente (in attesa di sviluppi «digitali» futuri), non sembra necessario rimarcare ulteriormente il ruolo delle singole disposizioni citate⁶⁷.

Quanto questo assetto coincida con i principi enunciati – più volte – dal giudice costituzionale, è altrettanto inutile sottolineare⁶⁸: ci si limita a rinviare agli ampi stralci delle decisioni della Corte riferiti nel testo.

E' bene invece segnalare che, con la legge Gasparri, sul piano dell'ordinamento interno, all'ottenimento del «generale assentimento» da parte, in particolare, delle «reti (precedentemente) eccedenti», cessa la loro «occupazione di fatto» delle frequenze che – evidentemente salvo interventi «esterni» (della Corte costituzionale e/o della Corte di Giustizia) – si trasforma in «occupazione di diritto», fondata, all'esito delle procedure prescritte, su apposita «licenza di operatore di rete televisiva».

3. La recente normativa comunitaria.

Ai fini del presente lavoro, non rileva ricostruire le ragioni e la dinamica dell'espansione del diritto comunitario⁶⁹ verso una

⁶⁷ Tuttavia, v. le considerazioni di R. Mastroianni, *La disciplina in materia di televisione tra diritto interno e diritto comunitario*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2005, spec. p. 92 ss.

⁶⁸ Cfr., fra i numerosi commenti che ne rilevano l'incompatibilità costituzionale, F. Dal Canto, *La riforma della disciplina della radiotelevisione come sistematica violazione di regole costituzionali*, in AA. VV., *Il rispetto delle regole. Scritti degli allievi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2005, p. 99 ss.

⁶⁹ Cui in questo settore fa da sfondo l'art. 49, c. 1, del TCE, il quale stabilisce che «Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati

disciplina, tutt'altro che «generica», del settore della comunicazione elettronica⁷⁰.

Quel che invece preme è rilevare la presenza di un nutrito e corposo quadro normativo comunitario che riguarda appieno il tema della regolazione del sistema radiotelevisivo⁷¹ e che, in particolare, offre una serie di disposizioni proprio – e immancabilmente – sul tema *antitrust*⁷².

Esso è costituito da un «pacchetto» di Direttive, emanato nel

membri stabiliti in un Paese della Comunità che non sia quello destinatario della prestazione”. Cfr. per un quadro su questa disposizione A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 403 ss.

⁷⁰ Sinteticamente v. P. Caretti, *Le fonti della comunicazione*, in «Quaderni costituzionali», 2004, p. 314 ss.: “L’attività radiotelevisiva è stata a lungo al di fuori del raggio d’azione della Comunità europea, rimanendo riservata al pieno dominio dei legislatori nazionali. E questo per tre ragioni: innanzitutto, per l’incertezza sull’esistenza di un’apposita competenza comunitaria in questo settore; in secondo luogo, per la tendenza ad intendere la materia soprattutto nell’ottica della libertà di informazione e dunque con accentuazione dei profili legati al contenuto dei messaggi informativi; in terzo luogo, per l’esistenza, in tutti gli Stati membri, di un regime di monopolio pubblico dei servizi radiotelevisivi”. Progressivamente, tuttavia, il diritto comunitario penetra anche questo settore. In particolare, secondo l’A., ciò avviene in tre fasi, scandite dalla normativa comunitaria: 1) la Direttiva cd. «Televisione senza frontiere» (dir. 552 del 1989, poi modificata nel con la direttiva 36 del 1997), in materia di pubblicità televisiva; 2) il Protocollo di Amsterdam sui servizi pubblici radiotelevisivi del 1997, che si iscrive nella tendenza ad assoggettare tutti i servizi di interesse economico generale “alle regole generali della libera concorrenza”; 3) il “secondo pacchetto di direttive adottate in tema di «comunicazione elettronica» (direttive nn. 19, 20, 21 e 22/2002)”: “Il dato più importante che attiene a questo secondo pacchetto è rappresentato dal fatto che in esso, per la prima volta, viene definito, nella logica della convergenza, un quadro normativo unitario sia per le reti e i servizi di telecomunicazioni, sia per le reti e i servizi di radio e telediffusione, accomunati sotto l’unica etichetta di «comunicazione elettronica» (art. 2 della direttiva «quadro»)” (p. 315).

⁷¹ In questo senso, afferma P. Caretti, *Le fonti, cit.*, che “sul piano comunitario, si può dire che esista oggi un «corpus» assai consistente di fonti che interessano il settore radiotelevisivo, che in parte appartengono al diritto comunitario primario (i trattati), in parte quello derivato (le direttive)”.

⁷² Sul punto v. M. Siragusa, S. Ciullo, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in «Mercato concorrenza e regole», 2002, p. 511 ss.

2002⁷³, che regolamentano il settore delle comunicazioni elettroniche in modo, come si dice, «convergente», ovvero disciplinando unitariamente tutte le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, ivi compresi, per quanto qui interessa, le reti ed i servizi utilizzati per la diffusione dei programmi sonori e televisivi.

Ciò emerge con chiarezza dall'art. 2, lett. a) e c), della cd. «Direttiva quadro», che definisce le «reti di comunicazione elettronica» 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”; ed il «servizio di comunicazione elettronica», in riferimento ai “servizi forniti di norma a pagamento consistenti 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

⁷³ Cfr. Direttiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002 «che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica» («Direttiva Quadro»); Direttiva la Direttiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002 «relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione alle medesime» («Direttiva Accesso»); Direttiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002 «relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica» («Direttiva Servizio Universale»); Direttiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002 «relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica» («Direttiva Autorizzazioni»). A questa «consecuzione» di Direttive va aggiunta la Direttiva 2002/77/CE della Commissione, del 16

diffusione circolare radiotelevisiva, ma ad esclusione dei servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti; sono inoltre esclusi i servizi della società dell'informazione di cui all'articolo 1 della direttiva 98/34/CE non consistenti interamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica”.

Dalla stessa «Direttiva quadro» emerge la *ratio* della disciplina comunitaria.

In premessa si riscontra che “l’attuale quadro normativo delle telecomunicazioni ha raggiunto l’obiettivo di creare le condizioni per una concorrenza effettiva nel settore delle telecomunicazioni nella fase di transizione dal monopolio alla piena concorrenza” e che la «convergenza» dei settori delle telecomunicazioni, dei media e delle tecnologie dell’informazione comportano l’esigenza di un “unico quadro normativo” di riferimento⁷⁴.

Per quanto qui interessa, i «considerato» della direttiva aggiungono: che le radio frequenze, per la loro essenzialità per i servizi di comunicazione elettronica, dovrebbero essere assegnate “secondo criteri trasparenti, non discriminatori ed obiettivi che tengano conto degli interessi democratici, sociali, linguistici e culturali connessi con l’uso della frequenza”; che in alcuni casi sussiste l’esigenza “di dettare obblighi *ex ante* allo scopo di garantire lo sviluppo di un mercato concorrenziale”.

In tal senso, è possibile ritenere che due o più imprese abbiano una posizione dominante “non soltanto allorché esistono interconnessioni

settembre 2002 «relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica».

⁷⁴ Cfr. i «considerato» n. 1 e 5 della direttiva quadro. Nel considerato 6 si aggiunge che “La politica audiovisiva e la regolamentazione dei contenuti perseguono obiettivi di interesse generale, quali la libertà di espressione, il pluralismo dei mezzi di informazione, l'imparzialità, la diversità culturale e linguistica, l'inclusione sociale, la protezione dei consumatori e la tutela dei minori”.

strutturali o di altro tipo tra di loro ma anche allorché la struttura del pertinente mercato è tale da comportare effetti coordinati, vale a dire tale da incoraggiare comportamenti anticoncorrenziali di parallelismo o allineamento sul mercato” e, tuttavia, è necessario che gli obblighi ex ante siano “imposti esclusivamente quando non esista una concorrenza effettiva, vale a dire sui mercati in cui una o più imprese detengono un significativo potere di mercato e quando i mezzi di tutela apprestati dal diritto nazionale e comunitario della concorrenza non siano sufficienti a risolvere il problema”⁷⁵.

In questo quadro si collocano gli art. 9, 14 e 28.

Infatti la direttiva demanda agli Stati membri la gestione efficiente delle radiofrequenze e, soprattutto, la garanzia che l’allocazione e l’assegnazione da parte delle autorità nazionali delle frequenze avvenga – si ratta di un *leit motiv* di tutte le direttive che stiamo analizzando – sulla base di “criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati” (cfr. art. 9, c. 1).

Sul piano *antitrust*, la disciplina quadro comunitaria afferma la presunzione in capo ad un’impresa di un significativo potere di mercato se “individualmente o congiuntamente con altri, gode di una posizione equivalente ad una posizione dominante ossia una posizione di forza economica tale da consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e, in definitiva, dai consumatori” (art. 14, c. 2).

Si aggiungono dei criteri per la valutazione da parte della preposta autorità nazionale della sussistenza di una posizione dominante (o equivalente ad essa)⁷⁶.

Peraltro la direttiva fissava il 24 luglio 2003 come termine di attuazione da parte degli Stati (art. 28).

⁷⁵ Cfr. i «considerato» n. 19, 25, 26, 27 della direttiva quadro

Di non minore interesse è la «Direttiva autorizzazioni».

La direttiva precisa che gli Stati membri devono garantire la libertà di fornire reti e servizi di comunicazione elettronica, prescrivendo, in linea tendenziale, l'assoggettabilità ad un'unica «autorizzazione generale» (art. 3, c. 1).

Solo in casi eccezionali gli Stati possono subordinare l'uso delle frequenze alla concessione di «diritti d'uso individuali», dovendosi normalmente includere le condizioni d'uso di tali frequenze nell'autorizzazione generale. In ogni caso è necessario seguire procedure pubbliche, trasparenti, non discriminatorie⁷⁷: in particolare qualora sia necessario concedere i diritti d'uso delle frequenze radio solo in numero limitato⁷⁸.

Anche questa direttiva fissava il termine del 24 luglio 2003 per l'attuazione (art. 18).

Aggiungeva l'art. 17, in riferimento alle «autorizzazioni preesistenti», testualmente, che *“al più tardi entro la data di applicazione indicata all'articolo 18, paragrafo 1, secondo comma,*

⁷⁶ Cfr. l'art. 14, c. 2, ultima parte; art. 15, e, soprattutto, l'allegato II della direttiva in cui si considerano una serie di parametri economici ricorrenti in situazioni di posizione dominante, che rappresentano tracce dell'esistenza di una tale fattispecie.

⁷⁷ Anche in tali casi eccezionali, comunque, l'art. 14, c. 2, precisa che: *“Qualora sia necessario concedere diritti individuali d'uso delle frequenze radio e dei numeri, gli Stati membri attribuiscono tali diritti, a richiesta, ad ogni impresa che fornisca o utilizzi reti o servizi in forza di un'autorizzazione generale, nel rispetto degli articoli 6, 7 e 11, paragrafo 1, lettera c), e di ogni altra disposizione che garantisca l'uso efficiente di tali risorse in conformità della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro). Fatti salvi criteri e procedure specifici adottati dagli Stati membri per concedere i diritti d'uso delle frequenze radio ai fornitori di servizi di contenuto radiofonico o televisivo, per il conseguimento di obiettivi d'interesse generale conformemente alla normativa comunitaria, tali diritti d'uso sono concessi mediante procedure pubbliche, trasparenti e non discriminatorie. Nel concedere i diritti gli Stati membri precisano se sono trasferibili su iniziativa del detentore degli stessi e a quali condizioni, nel caso delle frequenze radio, conformemente all'articolo 9 della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro). Qualora i diritti siano concessi dagli Stati membri per un periodo limitato, la durata della concessione è adeguata al tipo di servizio di cui trattasi”*.

⁷⁸ Cfr. art. 7 della direttiva autorizzazioni.

gli Stati membri allineano alle disposizioni della presente direttiva le autorizzazioni preesistenti alla data in cui essa entra in vigore”.

Infine, si deve descrivere la «Direttiva concorrenza».

In tal caso ci si riferisce, specificamente, agli artt. 2 e 4.

L’art. 2 vieta agli Stati membri di accordare o mantenere «diritti esclusivi o speciali» per “l’installazione e/o fornitura di reti di comunicazione elettronica, o per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica a disposizione del pubblico”, prescrivendo di adottare i provvedimenti necessari per garantire alle imprese la libertà di operare nel settore.

Decisiva la disposizione dell’art. 4, dedicato ai «diritti relativi all’uso delle frequenze», il quale “lasciando impregiudicati i criteri e le procedure specifici adottati dagli Stati membri per concedere l’uso di frequenze radio” dispone tuttavia che: “1) gli Stati membri si astengono dal concedere diritti esclusivi o speciali di uso di frequenze radio per la fornitura di servizi di comunicazione elettronica; 2) l’attribuzione delle frequenze radio per i servizi di comunicazione elettronica si fonda su criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati”.

Avendo riguardo al complesso delle direttive citate, non si può non notare una profonda differenza di impostazione rispetto alle norme interne che si sono esaminate in precedenza⁷⁹.

Elementi preponderanti nelle direttive comunitarie sono la tutela della concorrenza, la garanzia di non discriminazione, l’uniforme applicazione del diritto comunitario, il ruolo delle Autorità indipendenti⁸⁰.

⁷⁹ Cfr. G. De Minico, *Le Direttive CE sulle comunicazioni dal 2002 alla revisione del 2006. Un punto fermo?*, in www.forumcostituzionale.it

⁸⁰ Si vedano le considerazioni di M. Siragusa, S. Ciullo, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in «Mercato concorrenza e regole», 2002, p. 511 ss.; v. anche S. Amadeo, *La disciplina*

Si può ragionevolmente immaginare una certa fatica a ritenere la legge Gasparri come posta in continuità ed in attuazione di tali principi, ed in effetti la Commissione europea ha aperto una procedura di infrazione sul punto contro lo Stato italiano⁸¹.

comunitaria delle comunicazioni. Tra regolamentazione “decentrata” e liberalizzazione del mercato, in «Le istituzioni del federalismo», 2007, p. 39 ss.

⁸¹ Cfr. G. De Minico, *Chiaroscuri nel disegno di legge Gentiloni*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, la quale svolge una *summa* delle illeggimità comunitarie della legge Gasparri contestate dalla Commissione (cfr. Commissione Europea, Doc. IP/06/1019, del 19 luglio 2006): “a) Il primo rilievo interessa il sistema di accesso dell’operatore televisivo allo spettro frequenziale; la L. 112 equipara all’avvio *ex novo* di attività radiotelevisiva in tecnica digitale la prosecuzione del servizio audiovisivo già intrapreso, entrambi condizionati rispettivamente al rilascio (art. 23, co.5) o alla proroga (art. 25, co.12) di un titolo abilitativo discrezionale e *ad personam*. Valutiamo la compatibilità di questo profilo col diritto positivo comunitario, cioè col Pacchetto Direttive in materia di comunicazioni elettroniche. Il parametro di riferimento è la Direttiva Autorizzazioni, che ha liberalizzato l’avvio dell’attività di comunicazione, esonerando l’operatore dall’obbligo di procurarsi in anticipo il titolo autoritativo, comunque denominato. La lettura parallela delle due disposizioni evidenzia che la norma nazionale ha sottoposto nuovamente a vincolo ciò che la disciplina comunitaria aveva prima liberato. b) Il secondo rilievo riguarda i requisiti soggettivi legittimanti il rilascio dell’atto abilitativo di cui sopra, sintetizzati (art. 23, co. 5, L.112) nella titolarità pregressa di un analogo titolo concessorio o, in sua mancanza, nell’esercizio in via di fatto dell’attività in esame (c.d. generale assentimento). L’art. 23, co.5, è una disposizione asimmetrica *in malam partem*, perché riserva la nuova attività trasmissiva ai soli operatori analogici, i quali, complice la legge, estenderanno la loro dominanza sul digitale, blindato anche per l’avvenire alle *new entries*. La disposizione quindi crea una barriera normativa all’ingresso delle nuove forze sul mercato, non gioca a favore della competizione, bensì dei concorrenti attuali, proteggendoli dal confronto con i potenziali operatori. c) Anche il sistema allocativo delle frequenze risulta coerente con la logica di orientare l’evoluzione tecnologica nell’interesse esclusivo del dominante analogico, abilitato *ipso iure* alla sperimentazione sul digitale (art. 23, co.1), alla conversione dei suoi impianti (art. 23, co.2), e alla conservazione delle frequenze analogiche a transizione conclusa. Tale coacervo di disposizioni, piuttosto che liberare le frequenze possedute in eccesso, limitarne l’acquisizione di nuove, obbligare alla restituzione di quelle analogiche a trasferimento completato, amplifica lo *status quo* del dominante con effetti negativi in termini di gestione efficiente delle radiofrequenze, secondo quanto imposto dall’art. 9, co. 1, Direttiva Quadro”. A queste ipotesi l’A. aggiunge che “la norma nazionale si presta a un ulteriore rilievo di incompatibilità comunitaria: crea diritti individuali di uso delle frequenze, risultato tendenzialmente vietato dalla Direttiva Autorizzazioni (art. 5, co. 2), nonché da quella 2002/77/CE (artt. 2 e 4). Né

Il 13 settembre 2006 il Governo italiano ha risposto alle osservazioni della Commissione europea in merito alla compatibilità delle norme italiane con la direttiva quadro e la direttiva autorizzazioni ed ha riconosciuto che l'ordinamento vigente non consente di garantire una gestione efficiente dello spettro elettromagnetico e che la situazione normativa non è conforme: a) agli obblighi di concedere diritti individuali d'uso; b) al principio dell'assegnazione delle radiofrequenze mediante procedure pubbliche e trasparenti; c) al principio secondo cui l'esercizio di una rete di radiodiffusione può essere assoggettata solo ad una autorizzazione

la situazione in esame è scusabile in forza di un "interesse generale conforme all'ordinamento comunitario", unica giustificazione legale all'attribuzione differenziata di diritti, che però non ricorre rispetto all'art. 23, commi 1 e 2, L.112 (...). Ai motivi di illegittimità comunitaria già esposti si aggiunge un ulteriore rilievo, benché non menzionato nell'atto della Commissione di costituzione in mora dello Stato italiano, ma oggetto di specifico quesito sottoposto all'esame pregiudiziale della Corte di Giustizia delle Comunità Europee ai sensi dell'art. 234 TCE, e, come tale, rilevante ai fini del giudizio di conformità comunitaria della L. 112. La questione verte sulla compatibilità dell'art. 15, co.3, della L.112 con gli artt. 15 e 16 della Direttiva Quadro. La norma di legge ordinaria ha introdotto una figura di illecito concentrativo di specie, in quanto, in deroga alla disciplina antitrust generale, qualifica dominante il cumulo nelle mani di uno stesso operatore di risorse economiche superiori al 20% del fatturato complessivo del mercato di riferimento, normativamente identificato nel mercato integrato delle comunicazioni (SIC). Il suo contrasto con il diritto comunitario antitrust è nel criterio impiegato per delimitare la base su cui calcolare la percentuale massima consentita. Si è in presenza di un referente inedito, che mette insieme beni e servizi eterogenei per attributi e capacità di soddisfare i bisogni del consumatore. Ebbene questo parametro è illegittimo, non perché identifica il mercato in base a un procedimento astratto ed ex ante, naturale conseguenza dell'aver ammesso normative antitrust speciali in deroga alla disciplina generale degli artt. 81 e 82 TCE, ma piuttosto perché accorpa mercati solo sulla carta contigui, trattandosi invece di realtà merceologiche distanti nelle preferenze dei consumatori: si pensi, ad esempio, all'informazione acquisita da un giornale on line equiparata dal SIC a quella veicolata da una videocassetta, nonostante per il consumatore i due generi di beni non siano affatto intercambiabili. La dilatazione illogica del paniere sul quale quantificare la percentuale estrema di risorse porta ad annacquare il tetto del 20%, e con ciò priva "di qualunque efficacia il limite, e, al tempo stesso, rende del tutto irragionevole la disposizione speciale, incapace di

generale.

Il Governo ha anche precisato l'oggettiva difficoltà nella gestione dello spettro delle frequenze nazionali e l'impossibilità, nell'immediato, di modificarne la ripartizione.

Con riguardo al rapporto delle disposizioni di legge con la direttiva concorrenza, il Governo ha affermato inoltre di volere adeguare con una nuova proposta normativa l'ordinamento italiano alle disposizioni dell'art. 9 della direttiva quadro, degli articoli 3, 5 e 7 della direttiva autorizzazioni e degli articoli 2 e 4 della direttiva sulla concorrenza. In tal senso, il Governo dichiarava di operare per il superamento delle barriere all'ingresso nel mercato della televisione digitale, allo scopo di offrire la massima apertura ai nuovi soggetti interessati; per la limitazione dei fenomeni di sovrapposizione e ridondanza nell'utilizzo delle frequenze per un uso maggiormente efficace dello spettro radioelettrico; per rendere effettivo il divieto di posizioni dominanti nel mercato delle reti radiotelevisive, impegnandosi a fornire condizioni di obiettività, trasparenza e proporzionalità e non discriminazione nell'accesso e nell'uso delle risorse⁸².

4. Il caso (di scuola) *Europa 7*.

Il caso *Europa 7* è effettivamente un caso di scuola.

Con esso è possibile ripercorrere un decennio dell'evoluzione (o involuzione) normativa italiana in tema di radiotelevisione, in buona parte osservandolo dall'interno.

punire le condotte concentrative sui media più severamente di quanto farebbe la norma generale antitrust per l'errore iniziale di impostazione".

⁸² Tale avrebbero dovuto essere le linee guida della «legge Gentiloni» (dal nome del Ministro delle Comunicazioni del governo Prodi), che tuttavia, a quanto sembra, è progressivamente stata abbandonata. Cfr. proposta di legge A.C. 1825, presentata il 16 ottobre 2006.

E, va subito anticipato, il punto di vista «interno» è, se possibile, più «inquietante» di quello «esterno».

Procediamo per gradi (e cercando di evitare sovrapposizioni con quanto si è già espresso nel par. 2).

Si è visto che la legge Maccanico, per garantire il pluralismo del sistema dell'informazione (così come richiesto dalla Corte costituzionale), aveva previsto un sistema *antitrust* specifico, in cui nessun operatore avrebbe potuto (ottenere concessioni o autorizzazioni utili a) irradiare più del 20% delle reti televisive analogiche in ambito nazionale.

Tale limite avrebbe dovuto essere calcolato sulla base dell'approvando Piano nazionale delle frequenze.

Tale piano era approvato dall'AGCOM nel 1998 (delibera n. 68) e individuava 11 reti televisive a copertura nazionale⁸³, di cui 3 riservate al servizio pubblico per legge (delle 11 reti nazionali ciascun operatore – come detto – poteva esercitarne il 20%, cioè 2).

Sulla base del piano delle frequenze, previa adozione di un apposito regolamento da parte dell'Autorità (delibera n. 78 del 1998), andavano rilasciate le concessioni radiotelevisive private.

Veniva approvato l'apposito disciplinare di gara (cfr. D.M. delle Comunicazioni 8 marzo 1999 recante «Disciplinare per il rilascio delle concessioni per la radiodiffusione televisiva privata in ambito nazionale su frequenze terrestri»).

L'art. 5 del disciplinare prevedeva che le concessioni televisive

⁸³ Questo un'estratto esplicativo tratto dal sito dell'AGCOM (www.agcom.it), in cui è contenuta una sintesi del piano nazionale delle frequenze: "Il piano ha deciso l'utilizzo di soli 3 canali per ciascuna rete a copertura nazionale e dato che il numero dei canali utilizzati nell'elaborazione è stato di 51 (45 della gamma UHF e 6 della gamma VHF), il numero delle reti a copertura nazionale è risultato pari a 17. Di queste, 6 sono state destinate a soddisfare le esigenze della emittenza locale (in ottemperanza alla riserva in favore dell'emittenza televisiva in ambito locale di un terzo dei canali irradiabili per ogni bacino di utenza, prevista dall'art. 2, comma 6, lett. e) della legge n. 249/97) e 11 per l'emittenza nazionale".

nazionali private venissero rilasciate «sino ad un massimo di otto».

E qui s'impone di sottolineare tale previsione. Infatti, se si pone mente alla disciplina transitoria disposta dalla legge Maccanico (art. 3, c. 6 e 7) e la si raffronta col contenuto del piano delle frequenze, non può non rilevarsi una peculiarità.

Infatti, il piano aveva calcolato fossero disponibili – al netto delle reti riservate alla Rai – 8 reti nazionali.

Tuttavia, la disciplina provvisoria ammetteva la permanenza nell'etere delle «reti eccedenti» non fino al rilascio delle nuove concessioni, ma in riferimento al ben più generico termine che l'AGCOM avrebbe dovuto fissare “in relazione all'effettivo e congruo sviluppo dell'utenza dei programmi radiotelevisivi via satellite e via cavo”.

Il che non poteva non significare – se non vado errato – che consentire di mettere a gara 8 concessioni postulava o che le «reti eccedenti» sarebbero speditamente finite esclusivamente sul satellite (o via cavo), ovvero che alcuni titolari di concessione sarebbero rimasti – si passi l'espressione - «a bocca asciutta».

In ogni caso la gara si tenne e, in data 28 luglio 1999, sulla base della graduatoria approvata dalla apposita Commissione, furono rilasciate le concessioni nazionali a: Canale 5, Italia 1, Tele+bianco, Tmc, Tmc2, Elefante telemarket, Europa 7⁸⁴.

Nella concessione ottenuta da Europa 7 – iscrivibile nella categoria «concessione che non concede» - si prevedeva che l'emittente avesse titolo ad installare ed esercitare una rete di impianti di radiodiffusione televisiva a copertura nazionale, si individuano le caratteristiche tecniche di irradiazione e, tuttavia, si ometteva di

⁸⁴ Se non erro, in pari data, il Ministro sospendeva il procedimento relativo al rilascio della ottava concessione e rimetteva gli atti relativi all'assetto societario di cui alle domande presentate per le emittenti Retemia e Rete A all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni per accertamenti (perlatro, salvo sviste, mi sembra che Retemia si fosse classificata ottava).

assegnare le specifiche frequenze ... oggetto della concessione, rinviandosi alla ultimazione del programma d'adeguamento stabilito di concerto dall'AGCOM e dal Ministero delle Comunicazioni, entro il termine di 24 mesi (dalla data del rilascio della concessione), prorogabili di ulteriori 12 mesi⁸⁵.

Europa 7 diffidava prontamente il Ministero ad integrare il titolo concessorio.

Il Ministero replicava affermando di aver “rilasciato la concessione a codesta Società, così come alle altre società destinatarie di provvedimento concessorio, secondo le prescrizioni tecniche sopra riportate” e di aver “stabilito che l'adeguamento degli impianti al piano dovrà avvenire secondo un programma concertato con l'Autorità, entro il termine di 24 mesi dalla notifica della concessione. *Per quanto riguarda la seconda delle contestazioni mosse, riguardante la motivazione per la quale codesta Società, pur avendo ricevuta la concessione, non è stata posta in condizione di dare inizio*

⁸⁵ Questo l'art. 1 della concessione, tratto dall'ordinanza del Consiglio di Stato, di cui in seguito: “Alla società Centro Europa 7 a r.l. con sede in Roma, con denominazione Europa 7, sono concessi l'installazione e l'esercizio di una rete d'impianti di radiodiffusione televisiva a copertura nazionale tra quelle individuate nelle deliberazioni dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni concernenti “Piano nazionale d'assegnazione delle frequenze per la radiodiffusione televisiva” citate nelle premesse. La rete d'impianti di radiodiffusione è costituita da impianti ubicati nei siti individuati dal Piano nazionale d'assegnazione delle frequenze, utilizzando un raggruppamento di tre canali di cui uno del gruppo A, uno del gruppo B ed uno del gruppo C, tra i 17 canali generici allocati in ciascun sito, con i quali la concessionaria deve assicurare la copertura di almeno l'ottanta per cento del territorio nazionale e di tutti i capoluoghi di provincia ...” (art. 1 co. 1). “L'adeguamento degli impianti alle prescrizioni del piano d'assegnazione dovrà avvenire, secondo il programma d'adeguamento stabilito dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni d'intesa con il Ministero delle comunicazioni, entro il termine di 24 mesi decorrenti dalla data di comunicazione del presente provvedimento. Il suddetto termine potrà essere prorogato di dodici mesi ove sussistano impedimenti di carattere oggettivo che dovranno essere valutati dal Ministero delle comunicazioni, d'intesa con l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni” (co.2).

*all'attività, si osserva che l'articolo 16, comma 2 del regolamento per il rilascio delle concessioni di cui alla delibera dell'Autorità n. 78/98, stabilisce che coloro che ottengono la concessione, nelle more della completa attuazione del piano, possano proseguire nell'esercizio dell'attività radiotelevisiva con gli impianti censiti ai sensi dell'art. 32 della legge n. 223/1990 legittimamente ed effettivamente eserciti alla data di presentazione della domanda. Si tratta di una facoltà che il regolamento attribuisce ai richiedenti che, al momento della presentazione della domanda, erano già titolari di una concessione per la radiodiffusione televisiva o comunque effettuavano tale attività sulla base di un legittimo titolo. La circostanza che codesta Società non possa ancora dare inizio all'attività per la quale ha ottenuto la concessione dipende, pertanto, dal fatto che non si è ancora pervenuti alla fase d'attuazione del piano e che codesta Società, non esercendo all'atto della domanda una rete di diffusione televisiva, non può usufruire della facoltà di cui all'art. 16, comma 2 del regolamento n. 78/98*⁸⁶.

Europa 7 impugnava la nota ministeriale, ottenendone, fra l'altro l'annullamento⁸⁷ (ma non, ovviamente, le frequenze).

⁸⁶ Tratto dall'ordinanza di rinvio del Consiglio di Stato.

⁸⁷ Cfr. Tar Lazio, sent. n. 9325 del 2004, in cui si afferma "che, giusta quanto disposto dal provvedimento concessorio, l'amministrazione era tenuta o ad adottare i provvedimenti necessari al fine di consentire al suddetto provvedimento di produrre i propri effetti tipici ovvero, a negare l'assegnazione delle frequenze, procedendo, pertanto, ad una sostanziale revoca della concessione la quale in assenza delle frequenze risultava essere totalmente inefficace, sulla base di una specifica e dettagliata illustrazione dei presupposti di fatto e di diritto che rendevano impossibile tale operazione. La contestata determinazione, invece, dopo aver richiamato il disposto della concessione a suo tempo rilasciata e le ragioni che hanno precluso l'individuazione in tale sede delle frequenze da assegnare, fa un rinvio ad un generico impegno del Ministero di attivarsi al fine di procedere, di concerto con l'AGCOM, alla definizione del programma di adeguamento, e, pertanto, per tale aspetto risulta in palese contrasto con l'obbligo assunto dalle competenti amministrazioni nel provvedimento concessorio, tenuto conto, altresì, che non è stata indicata alcuna ragione in base alla quale non era stato possibile procedere successivamente al rilascio di quest'ultimo alla definizione del programma di

Protraendosi, evidentemente, l'«inattuazione» della concessione (anche decorsi i complessivi 36 mesi ivi contemplati), l'emittente ricorreva al Tar Lazio, nel 2003, per ottenere la condanna (in forma specifica) del Ministero e della AGCOM ad adempiere alla concessione rilasciata (in particolare, ad assegnare le frequenze «promesse») ovvero ad assegnare canali idonei ad avere una copertura nazionale (in riferimento alle definizioni della legge Meccanico: cfr. art. 3, c. 5) e, in ogni caso, ad ottenere il risarcimento del danno subito per la mancata tempestiva assegnazione delle frequenze ovvero per la (definitiva) mancata assegnazione delle frequenze nonostante la concessione.

Tuttavia, il Tar del Lazio, in questo caso, respingeva la domanda, con motivazione estremamente secca (cfr. sent. n. 9315 del 2004).

Riteneva il giudice di primo grado inammissibile la domanda diretta alla condanna della p.a. all'assegnazione delle frequenze, in quanto la società, nonostante il rilascio della concessione, sarebbe stata titolare di un mero interesse legittimo pretensivo, laddove l'amministrazione avrebbe conservato (anche dopo il rilascio della concessione) un potere autoritativo, connotato da ampia discrezionalità, rispetto alla assegnazione delle frequenze.

Riteneva altresì infondata la domanda di risarcimento danni per equivalente, poiché dalla concessione, per come rilasciata, non sarebbe derivato un diritto soggettivo al conseguimento delle necessarie frequenze, ma appunto un interesse legittimo pretensivo – la decisione, del 2004, non tratta della pur complessa tematica della risarcibilità dell'interesse legittimo, peraltro talvolta «accolta» in

adeguamento. In tale contesto, quindi, deve essere sottolineato che con l'impugnata determinazione l'amministrazione non ha in alcun modo ottemperato all'obbligo facente capo alla stessa di pronunciarsi sulla diffida notificata nel 1999, e, conseguentemente la doglianza in trattazione è suscettibile di favorevole esame con accoglimento del proposto gravame e con assorbimento delle altre doglianze dedotte”.

giurisprudenza, a partire dal 1999.

In buona sostanza, dunque, dopo 5 anni dal rilascio della concessione, le «reti eccedenti», censite ai sensi dell'art. 32 della l. n. 223/1990, continuavano a trasmettere, laddove una legittima titolare di concessione non era posta in condizione – in attesa dell'attuazione del piano delle frequenze – di operare.

Peraltro, come si sarà notato, nel 2004, sul piano normativo e giurisprudenziale (e istituzionale: si rinvia al par. 2, ma il riferimento è ovviamente al rinvio presidenziale della legge Gasparri) erano cambiate molte cose: era intervenuta la sent. n. 466 del 2002 della Corte, il decreto legge cd. «salva reti» di fine 2003, la legge Gasparri del 2004.

Nel frattempo era stato emanato, essendo anche scaduti i termini per l'attuazione, il pacchetto di Direttive comunitarie in tema di comunicazione elettronica (di cui, sinteticamente, si è detto nel par. 3).

In ogni caso, Europa 7 decide di ricorrere in appello presso il Consiglio di Stato.

Con una ordinanza di ampio respiro (sez. VI, ord. n. 3846 del 2005), il giudice amministrativo d'appello rinvia alla Corte di giustizia per l'interpretazione pregiudiziale della normativa comunitaria e della compatibilità con questa della normativa interna concernente il gravame.

Trattandosi di ordinanza di pregevole fattura e di profonda chiarezza, sembra opportuno segnalarne i passaggi.

A partire, ovviamente, dai motivi di appello.

L'appellante denuncia⁸⁸ l'erronea qualificazione della situazione giuridica soggettiva vantata da Europa 7⁸⁹ e la fondatezza della domanda proposta già in primo grado.

⁸⁸ *In primis*, rileva la perdurante giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia, anche dopo la sent. n. 204 del 2004.

⁸⁹ Nell'ordinanza sono sintetizzati gli argomenti dell'appellante, fra cui, sul punto: “nella fase antecedente la stipula di una concessione (di beni o di servizi) la

Nel contestare gli argomenti difensivi proposti dalle Amministrazioni resistenti rileva, in sintesi (si rinvia alla approfondita ordinanza per considerazioni più dettagliate): a) che la legge n. 66 del 2001, rispetto alla controversia, è o inconferente o incostituzionale; b) che il decreto legge n. 353 del 2003 è incostituzionale per violazione del giudicato costituzionale e per contrasto con gli artt. 3, 21, 41 della Costituzione; c) che la legge Gasparri è, sotto molteplici profili (in particolare per il paniere considerato nella definizione della soglia *antitrust* e per il meccanismo di legittimazione - «generale assentimento» - delle «ex» «reti eccedenti») e in riferimento a numerose disposizioni costituzionali (artt. 3, 21, 24, 41, 97, Cost.), incostituzionale.

Si contesta altresì la legittimità comunitaria – in riferimento a diverse disposizioni del pacchetto di direttive sulle comunicazioni elettroniche – sia del decreto cd. «salva reti» che della legge Gasparri.

In conclusione si chiede, in via principale, la disapplicazione della legge Gasparri “nella parte in cui prevede una procedura per l’assegnazione delle frequenze non rispondente ai criteri delle direttive intervenute in materia” e, in subordine, “la rimessione alla Corte Cost. per violazione dell’art. 117 co. 1 Cost.”⁹⁰.

Il Consiglio di Stato, aprendo la parte «in diritto», immediatamente dichiara di dover rimettere la controversia, ai sensi dell’art. 234 del Trattato, alla Corte di giustizia europea per richiederne la pronuncia in via pregiudiziale sull’interpretazione del

situazione giuridica soggettiva vantata dal privato è effettivamente di interesse legittimo pretensivo; mentre lo stesso privato, dopo la concessione, vanta invece un diritto soggettivo perfetto a seguito dell’adozione o stipula dell’atto (concessione) che disciplina i diritti delle parti pubbliche e private (ex multis, da ultimo, Cons. Stato V, 15 marzo 2004 n. 1280)”.

⁹⁰ Praticamente l’intero «fatto» dell’ordinanza del Consiglio di Stato è dedicato alla descrizione del ricorso difensivo.

Trattato, e sulla validità ed interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni della Comunità.

Tuttavia – dopo un'accurata descrizione dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di radiotelevisione –, tornando all'analisi del gravame, precisa che “la controversia ha ad oggetto una domanda risarcitoria, sia in forma specifica che per equivalente, ma il Collegio, rilevato che la controversia pende in appello e che sono state evocate solo le Amministrazioni, e non i titolari delle “reti eccedenti” che, indubitabilmente, sarebbero incisi da una statuizione di condanna in forma specifica ritiene di doversi limitare a conoscere dell'unica domanda *allo stato procedibile* ossia la domanda di risarcimento per equivalente (riservando al prosieguo ogni ulteriore provvedimento in merito alla azione di reintegra in forma specifica)” (il corsivo è nostro).

Quindi rileva che “la mancata assegnazione delle frequenze al vincitore della gara per il rilascio delle concessioni radiotelevisive ai sensi della legge Maccanico è stata determinata da fattori essenzialmente normativi” e ne ricostruisce la casistica.

Sotto tale profilo, avendo rilevato che la domanda di risarcimento danni per equivalente è stata proposta “a partire dall'anno 2000 e fino alla data odierna”, sottolinea come, “alla luce del diritto interno, non sarebbe fondata, quantomeno fino al 31.12.2003, avendo la Corte Cost., con la sentenza n. 466 del 2002, «legittimato» fino a tale data il periodo transitorio previsto dalla legge n. 249/1997 (legge Maccanico)”. Di conseguenza, “per i danni subiti in conseguenza della mancata attribuzione delle frequenze, nel periodo dal 2000 al 31.12.2003, residua, quindi, solo la possibilità di una verifica della compatibilità comunitaria della disciplina di cui alla l. n. 249/1997”.

Ciò considerato, richiamando il “il principio secondo cui una volta pronunciatasi la Corte Costituzionale di uno Stato membro, non deve ritenersi improprio che lo scrutinio su di una legge possa essere effettuato anche dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, per

verificare eventuali contrasti con il diritto comunitario”, pone alla Corte di Giustizia europea ben 10 quesiti (riportati in nota)⁹¹, con cui

⁹¹ “1) se l’art. 10 CEDU, come richiamato dall’art. 6 del Trattato sull’Unione garantisca il pluralismo informativo esterno nel settore radiotelevisivo, con ciò obbligando gli Stati membri a garantire un pluralismo effettivo ed una concorrenza effettiva, nel settore, basata su un sistema antitrust che, in relazione allo sviluppo tecnologico garantisca accesso alle reti e pluralità degli operatori, senza possibilità di ritenere legittimi assetti duopolistici del mercato; 2) se le disposizioni del Trattato CE che garantiscono la libertà di prestazioni di servizi e la concorrenza, nell’interpretazione datane dalla Commissione con la comunicazione interpretativa del 29 aprile 2000 sulle concessioni nel diritto comunitario, esigono principi di affidamento delle concessioni capaci di assicurare un trattamento non discriminatorio, paritario, nonché trasparenza, proporzionalità e rispetto dei diritti dei singoli e se, con tali disposizioni e principi del Trattato contrastino le disposizioni del diritto italiano di cui all’art. 3, co. 7, l. n. 249/1997, di cui all’art. 1 del d.l. 24.12.2003 n. 352 conv. in l. n. 112/2004 (legge Gasparri) in quanto hanno consentito a soggetti esercenti reti radiotelevisive “eccedenti” i limiti antitrust, di continuare ininterrottamente ad esercitare la loro attività escludendo operatori come la società appellante che, pur in possesso della relativa concessione, assegnata a seguito di regolare procedura competitiva, non hanno potuto svolgere l’attività concessionata per mancata assegnazione di frequenze (dovuta alla loro insufficienza o scarsità, determinata dalla anzidetta prosecuzione dell’esercizio da parte dei titolari delle c.d. reti eccedenti); 3) se, a decorrere dal 25 luglio 2003, l’art. 17 della direttiva 2002/20/CE (direttiva autorizzazioni) imponesse l’efficacia diretta di tale direttiva nell’ordinamento interno ed imponesse l’obbligo, allo Stato membro che avesse rilasciato concessioni per l’attività di radio diffusione televisiva (comprehensive del diritto d’installare reti o di fornire servizi di comunicazione elettronica o diritto all’uso di frequenze), di allinearle alla disciplina comunitaria e se tale obbligo dovesse comportare la necessità di effettivamente assegnare le frequenze necessarie per svolgere l’attività; 4) se l’art. 9 della direttiva 2002/21/CE direttiva quadro e l’art. 5 della direttiva autorizzazioni prevedendo procedure pubbliche, trasparenti e non discriminatorie (art. 5) svolte in base a criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionali (art. 9) siano in contrasto con un regime di generale assentimento, previsto dal diritto nazionale (art. 23 co. 5 l. 112/2004), che, consentendo la prosecuzione delle “c.d. reti eccedenti” non selezionate a mezzo gare finisce per ledere i diritti di cui godono altre imprese in forza della normativa comunitaria (art. 17 co. 2 direttiva 7.3.2002 n. 2002/20/CE c.d. direttive autorizzazioni), le quali, pur vincitrici di procedure competitive si vedono preclusa la possibilità di operare; 5) se l’art. 9 della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro), l’art. 5, par. 2, co. 2 e 7 par. 3, direttiva 2002/20/CE (autorizzazioni) e 4 della direttiva 2002/77/CE imponessero agli Stati membri di far cessare, quantomeno a decorrere dal 25 luglio 2003 (v. art. 17 direttiva autorizzazioni) una situazione di occupazione di fatto delle frequenze (esercizio d’impianti senza concessioni o

in sostanza si chiede di valutare della legittimità comunitaria della normativa transitoria a partire dalla legge Maccanico e, quindi, della coerenza della normativa interna con le disposizioni comunitarie (e CEDU) in materia.

autorizzazioni rilasciate a seguito di comparazione degli aspiranti) con riferimento all'attività di radiodiffusione televisiva, quale quella svolta, così non consentendo uno svolgimento di tale attività al di fuori di qualsiasi corretta pianificazione dell'etere ed al di fuori di ogni logica di incremento del pluralismo oltre che in contraddizione con le stesse concessioni assegnate dallo Stato membro all'esito di una procedura pubblica; 6) se la deroga prevista dell'art. 5, par. 2, co. 2 direttiva 2002/20/CE (direttiva autorizzazioni) e dell'art. 4 direttiva 2002/77/CE fosse e sia invocabile dallo Stato membro solo a tutela del pluralismo informativo e per garantire la tutela della diversità culturale o linguistica e non a favore degli esercenti di reti eccedenti i limiti antitrust già previsto dalla normativa nazionale; 7) se, per avvalersi della deroga di cui all'art. 5 direttiva 2002/20/CE lo Stato membro debba indicare quali sono gli obiettivi effettivamente perseguiti con la normativa derogatoria nazionale; 8) se, tale deroga possa applicarsi al di fuori del caso dalla concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo (RAI in Italia) anche a favore di operatori privati non vincitori di procedure competitive ed a danno di imprese che abbiano invece regolarmente visto assentita una concessione a seguito di gara; 9) se, ancora, il quadro di regole derivanti dal diritto comunitario dei Trattati e derivato, improntato a garantire una concorrenza effettiva (*workable competition*) anche nel settore del mercato radiotelevisivo, non avrebbe dovuto imporre al legislatore nazionale di evitare la sovrapposizione della proroga del vecchio regime transitorio analogo collegata all'avvio del c.d. digitale terrestre, poiché solo nel caso del c.d. *switch-off* delle trasmissioni analogiche (con il conseguente passaggio generalizzato al digitale) sarebbe possibile riallocare frequenze liberate per vari usi, mentre, nel caso del mero avvio del processo di transizione al digitale terrestre, si rischia di ulteriormente aggravare la scarsità delle frequenze disponibili, dovuta alla trasmissione analogica e digitale in parallelo (*simulcast*); 10) se, in ultimo, la tutela del pluralismo delle fonti d'informazione e della concorrenza nel settore radiotelevisivo garantita dal diritto europeo sia assicurata da una disciplina nazionale – come la l. n. 112/2004 – che prevede un nuovo limite del 20 per cento delle risorse, collegato ad un nuovo paniere (il c.d. SIC: art. 2 lett. 9; art. 15 l. n. 112/2004) molto ampio che include anche attività che non hanno impatto sul pluralismo delle fonti d'informazioni, mentre il “mercato rilevante” nel diritto antitrust è costruito normalmente differenziando i mercati, nel settore radiotelevisivo, perfino distinguendo fra pay-tv e televisioni non a pagamento che opera via etere (si vedano *inter alios* i casi della Commissione NO. COMP/JV. 37-BSKYB/Kirch Pay TV Regulation (EEC) NO. 4064/89 Merger Procedure 21/03/2000 e NO. COMP/M.2876-NEWSCORP-TELEPIU' Regulation (EEC) NO. 4064/89 Merger Procedure 2/4/2003)”.

La Corte di giustizia, nella sentenza 31 gennaio 2008, C-380/05, «accoglie» la questione pregiudiziale e ritiene incompatibile col diritto comunitario *“una normativa nazionale la cui applicazione conduca a che un operatore titolare di una concessione si trovi nell'impossibilità di trasmettere in mancanza di frequenze di trasmissione assegnate sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati”*.

La Corte europea muove, anch'essa, da una accurata ricostruzione del quadro normativo comunitario e nazionale, ricostruendo i termini della controversia sottoposta.

Precisa, quindi, che non le spetta “pronunciarsi, nell'ambito di un procedimento pregiudiziale, sulla compatibilità di una normativa nazionale con il diritto comunitario, né interpretare disposizioni legislative o regolamentari nazionali”, tuttavia essendo “competente a fornire al giudice del rinvio tutti gli elementi interpretativi attinenti al diritto comunitario che gli consentano di pronunciarsi su tale compatibilità per la definizione della causa per la quale è adito”⁹².

Secondo la Corte (par. 95-99), “occorre rilevare che l'applicazione in successione dei regimi transitori istituiti dagli artt. 3, n. 7, della legge n. 249/1997 e 1 del decreto legge n. 352/2003 a favore delle reti esistenti ha avuto l'effetto di impedire agli operatori sprovvisti di frequenze di trasmissione l'accesso al mercato di cui trattasi”.

Infatti, “prevedendo un'autorizzazione generale ad operare sul mercato dei servizi radiotelevisivi a favore delle sole reti esistenti, l'art. 23, n. 5, della legge n. 112/2004 ha consolidato l'effetto restrittivo constatato al punto precedente”: “da un lato, limitando di fatto il numero di operatori che possono trasmettere sul mercato di cui trattasi, tali misure sono e/o sono state idonee ad ostacolare la prestazione di servizi nel settore delle trasmissioni radiotelevisive”;

⁹² Esclude – per assunta carenza di elementi forniti dal giudice del rinvio – di doversi pronunciare sui punti 9) e 10) proposti.

“dall’altro lato, tali misure hanno e/o hanno avuto l'effetto di immobilizzare le strutture del mercato nazionale e di proteggere la posizione degli operatori nazionali già attivi sul detto mercato”.

Da ciò consegue che “l’art. 49 CE e, a decorrere dal momento della loro applicabilità, gli artt. 9, n. 1, della direttiva «quadro», 5, n. 1, della direttiva «autorizzazioni» e 4, punto 1, della direttiva «concorrenza» ostano a tali misure”, non ricorrendo, fra l’altro, nel caso di specie i presupposti riguardanti il perseguimento di obiettivi di interesse generale (o meglio, non essendo stati perseguiti “sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati”: cfr. par. 100-107).

Al contrario, secondo la Corte, “in applicazione della legge n. 249/1997, l'attribuzione delle frequenze ad un numero limitato di operatori non è stata effettuata in base a criteri siffatti”: “da un lato, le dette frequenze sono state assegnate di fatto alle reti esistenti in applicazione del regime transitorio istituito all’art. 3, n. 7, della legge n. 249/1997, sebbene a talune di tali reti non fosse stata rilasciata la concessione ai sensi di tale legge (...) dall’altro lato, ad operatori come la Centro Europa 7 non sono state attribuite frequenze, sebbene fossero state rilasciate loro concessioni ai sensi della detta legge”.

Quindi, “indipendentemente dagli obiettivi perseguiti dalla legge n. 249/1997 con il regime di assegnazione delle frequenze ad un numero limitato di operatori, si deve considerare che l'art. 49 CE ostava ad un regime siffatto”.

La Corte estende la medesima valutazione al “regime di assegnazione delle frequenze ad un numero limitato di operatori in applicazione della legge n. 112/2004”, aggiungendo che – e si tratta forse dell’aspetto centrale della decisione, in quanto scardina l’asse su cui la legge Gasparri è stata costruita – “le restrizioni constatate *supra non possono essere giustificate dalla necessità di garantire una rapida evoluzione verso la trasmissione televisiva in tecnica digitale*”, in quanto la legge 112 “non si limita ad attribuire agli operatori

esistenti un diritto prioritario ad ottenere le frequenze, ma *riserva loro tale diritto in esclusiva*, senza limiti di tempo alla situazione di privilegio così creata e senza prevedere un *obbligo di restituzione* delle frequenze eccedenti dopo la transizione alla trasmissione televisiva in tecnica digitale” (corsi nostri).

Dalla soluzione appena esposta derivano anche le soluzioni successive, ritenendosi che osta all’applicazione del diritto comunitario che il titolare di una concessione si trovi nell’impossibilità di trasmettere in mancanza di frequenze di trasmissione assegnati sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati.

In tal senso – sottolinea la Corte – tale soluzione consente al giudice del rinvio di pronunciarsi sul risarcimento dei danni richiesto da Europa 7.

5. Alcuni spunti a partire dal «*caso Europa 7*».

Il presente testo viene redatto quando è ormai prossima la decisione della causa avanti al Consiglio di Stato, dopo la decisione pregiudiziale della Corte di Giustizia.

Naturale quindi l’interrogativo sui possibili esiti della vicenda giudiziale avanti al giudice amministrativo e doverosa la prudenza di fronte ad una situazione così complessa come quella sulla quale il Consiglio di Stato dovrà pronunciarsi.

Mi sembra, tuttavia, opportuno segnalare alcuni spunti che possono emergere dal caso Europa 7.

Un primo ordine di problemi riguarda le conseguenze dell’accertata incompatibilità con il diritto comunitario delle norme interne. E’ evidente che, se le disposizioni comunitarie saranno ritenute immediatamente applicabili, il giudice amministrativo

disapplicherà le norme interne e applicherà quelle comunitarie.

Nel nostro caso il quadro normativo che risulta dalla sentenza della Corte di Giustizia offre al Consiglio di Stato riferimenti sufficienti a fondare la decisione?

La Corte comunitaria sembra propendere per l'affermativa, come risulta in particolare dal paragrafo 121, nel quale espressamente afferma che la propria interpretazione già consente al giudice del rinvio di pronunciarsi sulla domanda di risarcimento del danno proposta da Europa 7.

Ad ogni modo compete al giudice del rinvio decidere al riguardo. Se il Consiglio di Stato andasse in contrario avviso, potrebbe rendersi necessaria la rimessione alla Corte Costituzionale ex artt. 11 e 117 comma 1 Cost, per rimuovere definitivamente dall'ordinamento le disposizioni interne ritenute incompatibili⁹³.

Vedremo quale percorso sul punto sarà prescelto dal Consiglio di Stato.

⁹³ In dottrina, in ordine alla utilità di un simile procedimento (che passa dal rinvio pregiudiziale al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale) vedi, R. Mastroianni, *Sanzioni nazionali per violazione del diritto comunitario: il caso del "falso in bilancio"*, in «Rivista Italiana di Diritto Pubblico comunitario», 2003, p. 621 ss.; per una tesi diversa v. V. Onida, *"Armonia fra diversi" e problemi aperti, la giurisprudenza costituzionale sui rapporti fra ordinamento e ordinamento costituzionale*, in «Quaderni Costituzionali», 2002, p. 549 ss.. Più in generale cfr. G. Gaja, *Introduzione al diritto comunitario*, Laterza, 2007, p. 127 ss.; T.F. Giupponi, *L'impatto del diritto comunitario sull'esercizio della funzione giurisdizionale e sul ruolo della Corte costituzionale*, in L.S. Rossi, G. Di Federico (a cura di), *L'incidenza del diritto dell'Unione europea sullo studio delle discipline giuridiche nel cinquantesimo della firma del Trattato di Roma*, ESI, Napoli, 2008; per la giurisprudenza della Corte Costituzionale possono vedersi, ad esempio, le ordinanze nn 268/2005, 125/2004, 63/2003, 255/1999 e le sentenze nn. 170/1984 e 102/2008; di recente tuttavia, come notato da attenta dottrina, la CGUE nella sentenza 22 novembre 2005, causa C-144/04, ha chiesto al giudice interno di disapplicare la normativa interna in contrasto con una direttiva comunitaria anche non direttamente applicabile, se questa si ponga quale strumento di esplicazione e applicazione di un principio generale del diritto comunitario. Cfr. Francesco Paterniti, *La Corte di Giustizia apre al "sindacato diffuso di legittimità comunitaria"?* in www.forumcostituzionale.it.

In secondo luogo, si pone il problema delle questioni di legittimità costituzionale, che la stessa ricorrente ha prospettato (par. 4.14 della ordinanza, su cui peraltro il Consiglio di Stato si è riservato di tornare), in subordine rispetto al prioritario rinvio pregiudiziale.

Da questo punto di vista, la questione dovrebbe profilarsi ormai in sé e per sé non rilevante, una volta avvenuto il rinvio pregiudiziale e conseguita una pronuncia della Corte di Giustizia in senso favorevole al ricorrente: avendo questi posto la questione di costituzionalità solo in via subordinata, il giudice non dovrebbe discostarsi da tale prospettazione delle proprie priorità, prescelta dalla parte attrice, pena altrimenti la ultrapetizione (art. 112 c.p.c.).

Ciò non toglie che il giudice potrebbe d'ufficio sollevare l'incidente di costituzionalità, nel caso testè accennato in cui esso si ponga ed, anzi, sia ritenuto ineludibile a seguito della stessa decisione del giudice comunitario.

Ai fini poi della pronuncia sul merito della domanda risarcitoria, occorre ricordare che il Consiglio di Stato al punto 4.4 della motivazione ha evidenziato che non sono stati evocati in giudizio i titolari delle reti eccedenti, la cui posizione sarebbe sicuramente e direttamente incisa da una statuizione di condanna in forma specifica⁹⁴.

⁹⁴ La reintegrazione in forma specifica è espressamente prevista nell'ambito della giurisdizione del G.A. dall'art. 7 comma 3 della legge 6 dicembre 1974 n. 1034, come modificato dalla legge 21 luglio 2000 n. 205; essa secondo un preciso orientamento della giurisprudenza assume anzi rilevanza preminente rispetto al risarcimento per equivalente: cfr. TAR Lazio Roma, sez. II, 03 luglio 2002, n. 6115 "la reintegrazione in forma specifica, ove possibile, rappresenta il rimedio naturale della tutela risarcitoria, essendo diretta ad assicurare l'effettiva soddisfazione dell'interesse inerente al rapporto fra amministrazione e titolare dell'interesse legittimo, tale da far coincidere il soddisfacimento dell'interesse del singolo con l'attuazione delle regole dell'azione amministrativa.". Va segnalato che nella controversia in oggetto non è affatto certo che la posizione della ricorrente sia di interesse legittimo, giacchè proprio sul punto la ricorrente censura la sentenza di primo grado; se la sua posizione soggettiva sarà qualificata come diritto soggettivo,

In effetti, i titolari delle reti eccedenti nel linguaggio usuale proprio del processo amministrativo potrebbero ritenersi come autentici controinteressati in un giudizio che, per dare soddisfazione in forma specifica al ricorrente, dovrebbe condurre ad affermare il suo diritto di ottenere le frequenze a lui spettanti, finora negategli in quanto occupate proprio dalle reti eccedenti in base ad una copertura legislativa (ora dichiarata) incompatibile con il diritto comunitario⁹⁵.

Tuttavia nel caso di specie si tratta di un giudizio risarcitorio e la nozione tradizionale di controinteressato, che si riferisce al giudizio impugnatorio degli atti, non vi si adatta perfettamente: si tratterebbe infatti di controinteressati non già alla pronuncia che afferma il diritto al risarcimento (che riguarda solamente la parte istante ed il ministero, non già i terzi), ma alla pronuncia che discettasse ed eventualmente ordinasse il risarcimento in forma specifica anziché quello per equivalente.

Si tratta – come si converrà – di problematiche piuttosto inusuali,

dovrà trovare applicazione anche la mitigazione di tale priorità ricavabile dall'art. 2058, c. 2.

⁹⁵ La tradizionale definizione dei controinteressati si riferisce a coloro che “avendo tratto un vantaggio dal provvedimento impugnato, hanno un interesse alla sua conservazione e conseguentemente a resistere alla domanda del ricorrente diretta all'annullamento dell'atto.(...) Il rispetto del principio del contraddittorio esige che questi soggetti siano chiamati in giudizio: l'art. 21 della l. tar stabilisce infatti che il ricorso deve essere notificato a pena di inammissibilità (...). Per quanto attiene alla individuazione dei controinteressati la legge dispone che sono tali i soggetti ai quali l'atto direttamente si riferisce. (...) il giudice amministrativo da tempo ribadisce che la posizione di controinteressato, di colui che può vantare un interesse qualificato alla conservazione dell'atto è configurabile quando un soggetto sia specificamente indicato nell'atto impugnato ovvero agevolmente identificabile dalla lettura dell'atto stesso”. Così V. Domenichelli, *Le parti del processo*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2003, tomo V, p. 4335-4339. Analoga è la giurisprudenza: “Nel processo amministrativo la qualità di controinteressato deve essere riconosciuta a colui che è portatore di un interesse analogo e contrario a quello che legittima la posizione del ricorrente (cd. elemento sostanziale) e che sia inoltre nominativamente indicato nel provvedimento impugnato o agevolmente individuabile aliunde (cd. elemento formale), e che vanta quindi un interesse

poste per un verso dalla relativamente recente attribuzione al Giudice amministrativo della giurisdizione in materia risarcitoria e per l'altro dalla peculiarità del caso di specie.

Comunque, li si qualifichi o meno come controinteressati, il diritto di difesa dei soggetti in questione non può essere vulnerato e quindi richiede la loro partecipazione in giudizio sin dal primo grado.

Giustamente la ordinanza accenna alla questione in termini di non procedibilità del giudizio, piuttosto che di inammissibilità, giacché è noto che in materia risarcitoria (se non connessa, come non lo è nel caso in esame, all'annullamento di atti) non si danno termini decadenziali ma solo termini prescrizionali, il che renderebbe possibile il rinvio al giudice di primo grado per la integrazione del contraddittorio⁹⁶.

qualificato alla conservazione dell'atto di cui il ricorrente chiede l'annullamento." Così Consiglio di Stato, sez. IV, 16 gennaio 2008, n. 74.

⁹⁶ Sul termine prescrizionale nelle azioni risarcitorie avanti al G.A. vedasi Consiglio di Stato, sez. V, 31 dicembre 2007, n. 6908. Non pare il caso neppure di trattare in questa sede la vessatissima questione della pregiudizialità amministrativa, che non si pone nel caso in esame. Basta dire che la giurisprudenza della Cassazione è chiarissima nell'escludere la necessità dell'annullamento degli atti come pregiudiziale alla domanda risarcitoria e la giurisprudenza amministrativa è tuttora oscillante. Basta accennare che le Sezioni Unite della Cassazione con le note ordinanze del 13. giugno 2006 nn° 13659 e 13660 le SS.UU., hanno statuito che il G.A., ove ritenga operante la pregiudiziale amministrativa, e quindi dichiari inammissibile la domanda risarcitoria non preceduta dall'annullamento dell'atto amministrativo presupposto, rifiuta di esercitare la giurisdizione, e la sua decisione, a norma dell'art. 362, primo comma, c.p.c., e subisce addirittura la cassazione da parte delle Sezioni Unite quale giudice del riparto della giurisdizione. Per converso il Consiglio Stato, sez. V, 25 luglio 2006, n. 4639 ribadì all'epoca la tesi opposta, ossia che è inammissibile il ricorso avente ad oggetto l'istanza di risarcimento danni conseguenti ad un atto illegittimo dell'amministrazione se non è stato previamente chiesto l'annullamento di detto provvedimento, ed ha confermato anche di recente tale avviso con le sentenze della Adunanza Plenaria, 22 ottobre 2007, n. 12 e della sezione V, 12 luglio 2007, n. 3922. Il dibattito è tuttora aperto anche fra i giudici amministrativi. Ad esempio Consiglio Stato, sez. V, 24 luglio 2007, n. 4136 ha sostenuto che la azione risarcitoria per il ristoro dei danni derivati da provvedimenti illegittimi può essere proposta anche indipendentemente dalla tempestiva impugnazione dei provvedimenti stessi, purché sia rispettato il termine di

Il Consiglio di Stato non ha tratto dalla mancata notifica ai controinteressati la conseguenza della inammissibilità della azione risarcitoria per due ordini di ragioni, uno esplicitamente dichiarato (ossia il fatto che essa riguarderebbe solo il risarcimento in forma specifica e non anche il risarcimento monetario) ed uno implicito, che è appunto quello delle limitate portate del problema, non preclusivo della ammissibilità del ricorso ed, a nostro sommo avviso, eventualmente risolvibile mediante la integrazione del contraddittorio.

Si ritiene, tuttavia, che proprio la questione processuale della integrazione del contraddittorio potrebbe assumere grande importanza nel prosieguo.

Essa è infatti preordinata ad affrontare l'ulteriore problema del risarcimento, se in forma specifica o meno.

Si è appena segnalato che il Consiglio di Stato ha affermato nell'ordinanza che non può trattarsi il problema del risarcimento in forma specifica se non in contraddittorio con i titolari delle reti eccedenti.

Ciò sull'assunto che gli interessi di Europa 7 e quelli dei titolari sono sul punto radicalmente e geneticamente antagonisti, il che in effetti la sentenza della Corte di Giustizia sembra confermare in più paragrafi. Il merito della interessante riflessione svolta in dottrina⁹⁷ è quello di evidenziare, da un lato, che solo il risarcimento in forma specifica soddisfa il perseguimento della effettività del bene della vita (mentre il risarcimento in danaro perpetuerebbe quello squilibrio di pluralismo informativo che costituisce il valore guida della sentenza

prescrizione del diritto al risarcimento del danno e da ultimo TRGA Trentino Alto Adige sez. Trento, sentenza 24 aprile 2008 n. 97 ha aderito parzialmente all'orientamento delle Sez. Unite della Cassazione, nel senso di ritenere che, nel caso di risarcimento del danno per equivalente monetario, non è necessario preventivamente ottenere l'annullamento dell'atto amministrativo lesivo, affermando invece che la pregiudiziale amministrativa sussiste nel caso di richiesta di risarcimento del danno in forma specifica.

della Corte comunitaria), ma, dall'altro, anche che tale soddisfacimento è tutt'altro che scontato, in quanto si rileva all'uopo necessaria una valutazione discrezionale, che richiama in qualche modo l'auto-annullamento (pur differenziandosene, nella tesi esposta⁹⁸).

Differentemente, l'assunto del Consiglio di Stato è che spetta alla competenza del giudice (e non direttamente della P.A.) pronunciarsi sul punto previa integrazione del contraddittorio. Se tale assunto sarà confermato dopo la sentenza della Corte di Giustizia, la conclusione dovrebbe essere quella che il giudice amministrativo accorderà o meno il risarcimento in forma specifica in base a quella che comunque sarà una valutazione discrezionale (riferibile anche all'art. 2058 c.c.), che potrà tener conto anche di altri principi comunitari e costituzionali, come ad esempio quello di tutela dell'affidamento.

D'altronde, se si giungesse a trattare il tema del risarcimento in forma specifica, previa integrazione del contraddittorio, emergerebbe una anomalia invero vistosa della materia in contesa.

La Corte comunitaria ha affermato che non può esservi concessione senza attribuzione delle frequenze.

Ma nella vicenda che abbiamo in precedenza descritto questo potrebbe configurarsi come un vizio della concessione stessa, perché essa sin dall'inizio fu accordata senza che fossero materialmente disponibili le frequenze, che il legislatore (a torto o a ragione) aveva voluto preservare a vantaggio delle reti eccedenti.

Dunque a ben vedere il principio affermato dal giudice europeo potrebbe implicare conseguenze singolari rispetto alla genesi stessa della concessione di Europa 7, della cui validità potrebbe dubitarsi ex art. 21 *septies* della legge 7 agosto 1990 n. 241 siccome

⁹⁷ G. De Minico, *Due sentenze della Corte di Giustizia sulle frequenze. Esiste un dopo?*, in www.forumcostituzionale.it

provvedimento privo dell'oggetto (le frequenze) che ne costituisce elemento tanto essenziale (come affermato dalla sentenza del giudice comunitario) quanto carente.

Un ultimo accenno, giacchè più di questo nella presente sede non pare possibile svolgere, va fatto ora al tema della riferibilità del danno alla P.A., ossia al tema che, con espressione sintetica, possiamo definire della colpevolezza dell'inadempimento.

Si comprende anzitutto che il Consiglio di Stato non lo abbia posto finora, in quanto (secondo l'*iter* motivazionale suggerito dalla fondamentale sentenza delle Sezioni Unite 22 luglio 1999 n. 500⁹⁹) l'accertamento della anti giuridicità del danno costituisce la fase iniziale del giudizio, mentre il tema della imputabilità va affrontato solo se la anti giuridicità (come avvenuto nel caso di specie) appare accertata.

Ebbene, non c'è dubbio che sono le norme delle leggi statali (legge Maccanico, legge Gasparri ed altre disposizioni transitorie) ad aver determinato la situazione conflittuale affrontata dalla sentenza della Corte di giustizia.

La anti giuridicità, nel senso della violazione delle norme comunitarie, sussiste certo, ma sembra appartenere più agli atti del legislatore (leggi in senso formale e sostanziale) che non agli atti ed alla attività della P.A.¹⁰⁰.

Per converso appare certo che non può aversi condanna risarcitoria se non viene accertata la colpevolezza della P.A.¹⁰¹.

⁹⁸ G. De Minico, *Due sentenze della Corte di Giustizia sulle frequenze. Esiste un dopo?*, in www.forumcostituzionale.it, p. 5-6.

⁹⁹ La motivazione di tale sentenza, che ha aperto la strada al tema della risarcibilità del danno in caso di lesione degli interessi legittimi, indica il percorso logico che deve essere seguito dal giudice del risarcimento nella sequenza evento di danno – danno ingiusto ossia anti giuridicità del danno – nesso causale – imputabilità ossia colpa o dolo dell'agente.

¹⁰⁰ Salva forse la previsione dell'art. 5 del disciplinare di gara, con cui si ammetteva la possibilità di rilasciare fino ad otto concessioni.

¹⁰¹ La nozione di colpa nella giurisprudenza amministrativa è ormai saldamente attestata nel riferimento non alla persona fisica dell'agente, ma alla persona

Ciò posto, il nodo da sciogliere risiede nel fatto che dovrebbe affermarsi una colpevolezza in capo alla P.A. per avere emanato atti che in realtà sono conformi alla diritto nazionale seppure poi risultati difformi dalla normativa comunitaria come successivamente interpretata dalla Corte di Giustizia; tema questo che può essere utile indagare, dopo la decisione del Consiglio di Stato, anche per le sue connessioni con la nota giurisprudenza comunitaria in materia di illecito dello Stato.

giuridica. Si parla anche di colpa di apparato. E la indagine viene svolta con rigore e caso per caso, anche quando si tratta di danno da ritardo, ossia di un profilo di danno che potrebbe assumere un ruolo importante nel caso in esame. Per una sintesi efficace dei principi da applicare in materia di colpa e per una loro articolata applicazione ad una casistica di danno da ritardo nelle autorizzazioni farmaceutiche, può vedersi Tar Lazio - Roma, sez. III *QUATER*, sent. 31 marzo 2008, n. 2704.