

## INCENTIVI PUBBLICI PER I *DECODER*: ESISTE UN GIUDICE A ROMA?

di Roberto Bin  
(29 dicembre 2011)

La vicenda è nota. La legge finanziaria per il 2004 e quella per il 2005 avevano disposto incentivi all'acquisto da parte dei privati di *decoder* televisivi. La diffusione dei *decoder* era una condizione importante per il successo della "legge Gasparri", con la quale il secondo Governo Berlusconi intendeva superare la dichiarazione di illegittimità della legge 249/1997 (*Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*), nella parte in cui non prevedeva la fissazione di un "termine finale certo, e non prorogabile, che comunque non oltrepassi il 31 dicembre 2003", entro il quale i programmi di Rete4 avrebbero dovuto essere trasmessi esclusivamente via satellite o via cavo.

La norma suscitava critiche immediate, che venivano portate all'attenzione sia della Corte costituzionale che dell'Autorità garante della concorrenza.

La Corte costituzionale venne investita in via diretta dalla Regione Emilia-Romagna (sent. 151/2005), che contestava la competenza dello Stato: la norma contestava non poteva essere giustificata in nome della "tutela della concorrenza", perseguendo anzi la funzione obiettiva di prorogare il perdurante assetto anticoncorrenziale dell'emittenza televisiva con tecnologia tradizionale, quel duopolio sviluppatosi di fatto che tante volte la Corte stessa aveva dichiarato contrario ai principi costituzionali. Ma questa volta la Corte ragiona diversamente: il fatto che si privilegi solo una determinata tecnologia a scapito di ogni altra non impedisce di definire la norma "strumento di attuazione del principio del pluralismo informativo esterno, che rappresenta uno degli imperativi ineludibili emergenti dalla giurisprudenza costituzionale in materia di emittenza televisiva"; essa coinvolge una "pluralità di materie e di interessi (tutela della concorrenza, sviluppo tecnologico, tutela del pluralismo di informazione), appartenenti alla competenza legislativa esclusiva o concorrente dello Stato, senza che alcuna tra esse possa dirsi prevalente così da attrarre l'intera disciplina".

Come sempre quando sono le Regioni ad agire, la scure della Corte è implacabile. Mentre in Germania molte delle più importanti sentenze in materia di diritti fondamentali sono state pronunciate dal *Bundesverfassungsgericht* in sede di *abstrakte Normenkontrolle*, su ricorso dei *Länder* (così ad esempio la famosa sentenza sull'aborto oppure le recenti decisioni sulla detenzione preventiva o sull'ingegneria genetica), in Italia le Regioni non sono legittimate a difendere principi o diritti costituzionali, ma solo le proprie competenze, anche se si troveranno obbligate ad attuare o applicare leggi palesemente anticostituzionali. Basti citare il clamoroso contrasto che si è verificato tra la sent. 28/2010, che viene di solito salutata come una grande apertura della Corte al diritto europeo (perché ammette il sindacato delle *norme penali di favore* quando si tratti di evitare che l'attuazione delle direttive europee resti insindacabile), e la di poco precedente sent. 249/2009, che invece aveva rigettato il ricorso di molte Regioni contro la stessa disposizione di legge italiana in materia di rifiuti, perché non veniva addotta "una sufficiente motivazione circa le modalità attraverso le quali la dedotta lesione [delle norme europee] ridonderebbe sulle sfere di competenza regionale". Quindi, anche per la legge sui *decoder* basta pronunciare la parola magica "concorrenza" per paralizzare il ricorso regionale, anche se la legge impugnata a tutto mira, meno che a favorire l'instaurazione di un mercato concorrenziale, e anche se è evidente che norme di incentivazione come

questa difficilmente potranno in altro modo essere sottoposte al giudizio di legittimità costituzionale.

Potrebbe però intervenire l'Autorità garante della concorrenza, sollecitata da alcuni esponenti dell'opposizione. Ma la decisione dell'Autorità (Prov. n. 15389/ 2006, relatore Catricalà) entra nel merito soltanto delle incentivazioni previste dalla finanziaria per il 2006, perché per gli anni precedenti vi è un ostacolo formale. La finanziaria per il 2004 era precedente all'entrata in vigore della "legge Frattini" (legge 215/2004) che ha attribuito all'Antitrust la competenza ad accertare i casi di conflitto di interessi; la finanziaria per il 2005 invece era sì successiva, ma la norma in questione era contenuta già nel disegno di legge deliberato dal Consiglio dei ministri prima che entrasse in vigore della disciplina di esecuzione, senza il quale la legge Frattini non avrebbe avuto "piena efficacia giuridica". Essa infatti dispone che le ipotesi di conflitto d'interessi abbiano effetto solo dopo l'emanazione della delibera con cui l'Autorità definisce le procedure istruttorie e i criteri di accertamento per le attività ad essa demandate legge. *"Tale regolamento – spiega l'Autorità - non presenta carattere meramente esecutivo della legge, ma integra la fattispecie delineata in termini generali dal legislatore... In mancanza delle previsioni integrative, pertanto, il titolare di cariche pubbliche non potrebbe con esattezza intendere il significato e la portata di alcune nozioni essenziali per delineare la fattispecie vietata, quali quelle di 'danno all'interesse pubblico' e 'incidenza specifica e preferenziale dell'atto sul patrimonio"*. L'artificiosità di questa argomentazione è del tutto evidente. Pure ammettendo che nel momento iniziale in cui il disegno di legge è stato deliberato il Presidente del Consiglio non disponesse di tutti gli elementi per percepire lo stato di conflitto di interessi, e che questi gli fossero noti solo a partire dalla data di pubblicazione del regolamento dell'Antitrust (1 dicembre 2004), allora la legge era ancora in discussione davanti alle Camere ed anzi, come al solito, è stato il Governo a forzarne l'approvazione attraverso la presentazione di un maxi-emendamento "assistito" dalla questione di fiducia (28 dicembre 2004): il tutto preceduto necessariamente da una deliberazione del Consiglio dei ministri.

La motivazione del provvedimento diviene schizofrenica. Essa entra nel merito del conflitto che sarebbe insorto in relazione alla finanziaria 2006, negandone la sussistenza *"per difetto di un vantaggio patrimoniale specifico e preferenziale e per assenza di un danno al pubblico interesse"*. In effetti gli incentivi del 2006 non favorivano soltanto il digitale terrestre, ma l'intera gamma digitale (e per lo stesso motivo essi verranno assolti anche dalla Corte di giustizia). Ma per giungere a questo risultato, il provvedimento affronta la questione se la disposizione incriminata sia riconducibile alla responsabilità del Presidente del Consiglio; e questa viene riconosciuta *"poiché sul maxi-emendamento al disegno di legge finanziaria 2006, è stata posta questione di fiducia... la riferibilità [della quale] al Presidente del Consiglio dei Ministri non può essere esclusa dalla sua assenza durante la deliberazione"*. Bene, se il Presidente è responsabile dell'atto su cui si è deciso (pur in sua assenza) di porre la fiducia nel 2005, lo era anche per le analoghe vicende del 2004. Ma di questo l'Antitrust non dà alcun conto.

Ma la Commissione europea apre una procedura d'infrazione contro l'Italia. La procedura si conclude con la decisione 2007/374/CE, in cui si qualificano i contributi previsti per il 2004 e il 2005 (non invece quelli per il 2006, ritenuti "tecnologicamente" neutri) come aiuti di Stato illegittimi perché distorcono la concorrenza: la Repubblica italiana è perciò invitata a procedere "senza indugio" al loro recupero. Ma recuperati da chi, visto che i contributi erano diretti ad incentivare gli acquisti da parte dei consumatori? La Commissione ritiene che *"né i consumatori né i produttori di decoder possono essere considerati i beneficiari dell'aiuto di Stato"*, per cui *"gli aiuti vanno recuperati presso i*

*beneficiari effettivi degli stessi, i quali, nel caso di specie, sono le emittenti digitali terrestri che offrono servizi di televisione a pagamento e gli operatori via cavo di televisione a pagamento*”: cioè Mediaset, unica impresa che ha tratto beneficio dalla legge.

Mediaset ricorre, ma perde sia davanti al Tribunale (sent. del 15 giugno 2010, T177/07) che davanti alla Corte di giustizia (sent. del 28 luglio 2011, C403/10). Il Tribunale è chiarissimo: *“correttamente la Commissione ha qualificato la ricorrente come beneficiaria indiretta della misura di cui trattasi”* (punto 79), per cui ad essa deve rivolgersi il recupero; l'Italia è tenuta a procedere al recupero *“nel contesto più ampio dell'obbligo di cooperazione legale che vincola reciprocamente la Commissione e gli Stati membri nell'applicazione delle norme del Trattato in materia di aiuti di Stato”* (punto 183); *“il recupero di un aiuto dichiarato incompatibile con il mercato comune deve essere effettuato secondo le modalità previste dal diritto nazionale. Il contenzioso relativo a tale esecuzione rientra esclusivamente nella competenza del giudice nazionale”* (punto 182). E la Corte di giustizia conferma tutto ciò, punto per punto.

Ecco quindi la situazione: la Corte costituzionale ha basato *anche* sulla tutela della concorrenza il rigetto delle censure regionali alla legge; l'Antitrust ha ritenuto che, pur essendo indiscutibile la responsabilità del Presidente del Consiglio per l'approvazione della legge finanziaria 2006, ciò non valeva per la legge precedente, rifiutando di prenderla in esame. Le istituzioni europee, invece, hanno concluso che essa ha violato i principi della concorrenza e ha favorito un'unica specifica impresa, Mediaset.

Si può ancora negare lo stato di “conflitto d'interessi” dopo le decisioni della Corte europea, dato che l'impresa favorita è controllata – ce lo dice la stessa Antitrust – dal Presidente del Consiglio del tempo? Recenti notizie di stampa riferiscono che l'Antitrust, presieduta dal dott. Catricalà, ha respinto l'esposto dell'on. Gentiloni che, sentenza della Corte di giustizia alla mano, sollecitava l'applicazione della legge Frattini sul conflitto di interessi. Il motivo è sempre quello formale della non applicabilità della legge Frattini a fatti (la finanziaria 2005) precedenti alla “piena efficacia giuridica” della stessa, ossia all'emanazione del regolamento che meglio definisca le fattispecie legislative. Ma, oltre alle “incerte” norme della legge Frattini, esiste anche la norma penale sull'abuso d'ufficio (assai simile a quelle, ma la cui applicazione ai comuni mortali non è certo condizionata all'emanazione di ulteriori norme regolamentari); l'art. 323 c.p. punisce il pubblico ufficiale che *“nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto”*. Le sentenze della Corte di giustizia sembrano configurare un fatto facilmente sussumibile in questa fattispecie.

C'è poi la questione del recupero delle somme. Possibile che il Governo, impegnato nell'ennesima manovra d'emergenza per salvare il Paese dal tracollo finanziario, trascuri di recuperare (almeno in parte, cioè per quanto dovuto) i 220 milioni di euro illegittimamente donati ad un'impresa privata? Oltretutto, se l'Italia venisse meno agli obblighi di cooperazione con le istituzioni europee, non assicurando una pronta esecuzione delle sentenze, potrebbe subire sanzioni finanziarie che ricadrebbero ancora una volta sul pubblico erario. Il Governo deve perciò intervenire, anche per dare ai cittadini un messaggio chiaro: che in Italia esiste ancora il principio di legalità. C'è da sperare che non ceda anch'esso alla tentazione di schivare il problema, come hanno già fatto la Corte costituzionale e l'Autorità garante.