

Due Sentenze della Corte di Giustizia sulle frequenze. Esiste un dopo?*

1. Il fatto.

Centro Europa 7 slr è titolare dal '99 di concessione all'esercizio dell'attività radiotelevisiva in ambito nazionale, ma non può trasmettere per difetto delle necessarie frequenze. Ricorre al TAR e al Consiglio di Stato, e da qui invoca il giudizio pregiudiziale della Corte di Giustizia sulla compatibilità della normativa italiana con il diritto comunitario.

2. Il diritto.

Il 31 gennaio 2008 la Corte interpreta la normativa comunitaria in materia (specificatamente gli artt. 49 TCE e l'art. 9, co. 1, Direttiva Quadro 2002/21, e gli artt.5, co. 2, e 7, co. 3 della Direttiva Autorizzazioni 2002/20) nel senso che essa “osta a una normativa nazionale (in particolare, la L.249/97, artt. 2, co.6, e 3, co.i 6 e 7;e la L.112/04, art. 25, co. 8) la cui applicazione conduca a che un operatore, titolare di concessione, si trovi nella pratica impossibilità di trasmettere” in mancanza delle necessarie frequenze, occupate invece *sine titulo* da chi esercita in via di fatto attività radiotelevisiva, benché non selezionato con procedura concorsuale. Quindi, i due sistemi normativi indicano criteri antitetici di selezione dell'avente titolo all'attività trasmissiva. Il livello comunitario conosce un'unica modalità di accesso al mezzo/etere: la procedura competitiva, ad evidenza pubblica, basata sul confronto tra più aspiranti sulla base di qualità obiettive, valutabili secondo discrezionalità tecnica; quello nazionale assume l'equivalenza tra il provvedimento concessorio e l'effettivo svolgimento dell'attività trasmissiva, promosso da fatto illecito a titolo legittimante in via definitiva l'esercizio esclusivo della rete eccedente, con l'effetto di esonerare l'operatore dall'obbligo di resa della medesima.

A nostro avviso il governo nazionale delle frequenze, non solo sostituisce alla regola comunitaria dell'*equal and diffused access* al mezzo trasmissivo la selezione discriminatoria e a beneficiari esclusivi, ma si espone a un'altra censura di incompatibilità comunitaria¹, che, in quanto estranea alla lista dei motivi delimitanti la questione pregiudiziale, non poteva essere oggetto di risposta della Corte: l'identificazione del mercato rilevante, base di calcolo per il cumulo delle frequenze. L'art. 25, co. 8, L. 112/04 consente a uno stesso soggetto di diffondere fino al 20% dei programmi irradiabili indifferentemente su frequenze analogiche o digitali.

La disposizione in esame è norma antitrust speciale, perché in deroga alla disciplina generale (L.287/90, art.3) costruisce l'illecito concentrativo su soli due elementi: mercato di riferimento e dominanza dell'operatore,

* Lo scritto approfondisce l'aspetto del “dopo” sentenza al quale si è accennato in un lavoro in corso di pubblicazione su *Quaderni costituzionali*, n. 2/08.

¹ Volendo per un esame completo della conformità comunitaria della L. 112 si rinvia alla lettura parallela tra la L.112 e il d.d.l. Gentiloni (A.C.1825): G. De Minico, *Chiaroscuri del disegno di legge Gentiloni*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

mentre la corrispondente figura dell'art. 3 l.287/90 richiede ai fini del perfezionamento anche l'esercizio abusivo del potere di mercato. Le diversità quantitative si integrano con le atipicità qualitative, quelle attinenti al modo di essere degli elementi costitutivi della condotta vietata: la disposizione speciale infatti, identifica la dominanza nella detenzione di una quota di mercato, definita *ex ante* dalla legge in una cifra numerica – il 20% delle risorse frequenziali – misura massima consentita tra il diritto dell'impresa alla crescita esogena e il diritto di ciascuno di noi a disporre di una pluralità di fonti informative riferibili a proprietari economicamente indipendenti. L'art.3 della L.287/90 invece, affida la definizione della posizione dominante alle dinamiche evolutive del mercato (andamento della domanda e dell'offerta, esistenza di barriere normative e tecnologiche all'accesso, concorrenza prospettica). La prima nel ricorrere a valutazioni legali tipiche sottende un concetto di dominanza come "male in sé", e nel reprimere la condotta prescinde dall'accertamento del danno al mercato, perché arretra la soglia della punibilità rispetto al punto in cui la collocherebbe la disciplina antitrust generale, rendendo così punibili condotte altrimenti consentite dalla seconda. Quest'ultima invece riserva all'autorità antitrust la definizione dei tre elementi incompiutamente consegnati nel dato normativo, preferisce gli accertamenti sul campo, identifica la soglia dell'antigiuridicità nel lesione dell'equilibrio competitivo, interviene a illecito consumato per reprimerlo, si avvale di rimedi ripristinatori e protegge *ex post* il grado di concorrenza esistente.

Chiarite le differenze tra il modello speciale e quello generale, passiamo ora a verificare se la nostra disciplina speciale, l'art. 25, co. 8, L. 112/04, sia in grado di tutelare in anticipo il pluralismo esterno. Domanda niente affatto teorica, se si considera che il diritto comunitario ammette le discipline nazionali speciali purché difendano beni diversi dal mercato e sempre che siano effettivamente in grado di farlo (Reg. CE 1/03, art. 3, co. 7).

La L.112 abbiamo detto che gioca su soli due elementi: la dominanza fissata al 20%, in omaggio formale al giudicato della Corte Costituzionale (sent. 466/02), e il mercato di riferimento, identificato nell'addizione delle frequenze analogiche con quelle digitali, in virtù di un'astratta equivalenza tra i due mezzi trasmissivi. Questa operazione di arbitrario assemblaggio contraddice il metodo antitrust di delimitazione del mercato, composto solo da beni intercambiabili, cioè indifferentemente idonei a soddisfare gli stessi bisogni dell'utente (Dir.Q., cit., artt. 14 e 15). Nel nostro caso invece, il legislatore ha costruito a tavolino il mercato di riferimento, equiparando per *fictio iuris* la disponibilità effettiva del segnale analogico alla promessa di fruizione futura di quello digitale. Dilatata la base di calcolo, il limite anticoncentrativo è risultato privo di ogni efficacia e la decisione normativa irragionevole, perché piuttosto che punire in anticipo condotte che il diritto generale avrebbe considerato lecite, ha coperto con l'impunità comportamenti, che la *lex mercatoria* avrebbe vietato. In sintesi, una disposizione speciale violativa del diritto comunitario per incapacità a conseguire il suo obiettivo.

Sostituita la fantasia alla realtà, l'operatore dominante viene esonerato nell'immediato dall'obbligo di dismettere la rete in eccedenza, in aperta violazione del giudicato della Corte Costituzionale, ed è legittimato per l'avvenire al *leverage*, cioè a trasferire la sua dominanza dal mercato ormai saturo ai nuovi scenari: in sintesi, sull'analogico si finge di cambiare

le regole per lasciare le cose come stanno e sul digitale si chiude alle *new entries*.

3. Le conseguenze.

Quali i possibili esiti della sentenza in ragione dei suoi destinatari nell'ordinamento interno?

Il Consiglio di Stato, giudice del rinvio della questione pregiudiziale, si dovrà attenere al criterio interpretativo posto dalla Corte per definire la causa principale. Il punto è in principio incontrovertibile. Ma può il giudice nazionale ancora scegliere tra la domanda principale avanzata dal ricorrente di condanna dell'amministrazione al rilascio delle frequenze e quella subordinata, di condanna al pagamento dell'equivalente in denaro delle frequenze negate?

Un chiarimento preliminare si impone quanto all'estensione della domanda principale, alla quale corrisponderà un *dictum* del giudice impositivo all'amministrazione del solo obbligo di *facere*: reperire le frequenze necessarie all'attività trasmissiva del ricorrente. La pronuncia quindi non potrà indicare anche il destinatario dell'atto privativo, nell'ipotesi Rete 4, perché quest'ultimo, terzo rispetto al giudizio, sarà terzo anche rispetto alla sentenza, inidonea a incidere direttamente sulle sue situazioni soggettive. Ciò però non impedirà al Ministero di rivolgersi proprio a Rete 4 nell'ottemperare al giudicato al fine di reperire le frequenze necessarie, e ciò perché la preferenza del diritto comunitario su quello nazionale difforme comporterà che la detenzione della rete eccedente, atto lecito in base al diritto nazionale, sia divenuto fatto illecito *ab initio* in ragione dell'applicazione preferenziale del parametro comunitario, come interpretato dalla Corte, su quello interno difforme.

Spieghiamo ora perché riteniamo che lo *ius variandi* del giudice di rinvio rimarrebbe assorbito nella domanda di esecuzione in forma specifica, conclusione suggerita dall'iter argomentativo della Corte, che si concentra intorno [in specie nei nn. 85 e 86 e nella richiamata Comunicazione interpretativa dell'art. 49 TCE (COM) 2002/C 121/02] al concetto di effettività del bene della vita per il ricorrente: il concreto utilizzo delle frequenze. Orbene se il giudice accogliesse la domanda all'equivalente pecuniario, si produrrebbe l'effetto esattamente contrario, perché in ultima analisi si giungerebbe alla chiusura dell'impresa di informazione. E non solo il ricorrente non conseguirebbe affatto il bene della vita cui aspira, ma l'intera collettività sarebbe esposta al danno non risarcibile - per mancanza di una seria *class action* - dell'ulteriore riduzione del già esiguo pluralismo delle fonti informative. In questa prospettiva, una somma in denaro non potrebbe dunque essere egualmente soddisfattiva degli interessi lesi, soprattutto se questi sono riferiti alla collettività dei cittadini.

Infine, la domanda risarcitoria del ricorrente per i danni da inattività per il mancato rilascio delle frequenze sarà accoglibile nei limiti in cui sia configurabile una responsabilità per illecito aquilano dell'amministrazione ex 2043 c.c. Quindi, la condotta omissiva del Ministero dovrà integrare gli estremi dell'antigiuridicità oggettiva, cioè essere *contra ius*, ma è facile obiettare che l'omissione al momento in cui fu commessa era lecita perché giustificata dalla normativa interna vigente. La retroattività della sentenza interpretativa infatti, conosce il limite invalicabile della certezza del diritto

(già CGCE, 8 aprile 1976, C-43/75, *Defrenne*; da ultimo per un'apertura a favore della retroattività seppur condizionata: cfr. CGCE, 12 febbraio 2008, C- 2/06, nn. 37 e 39) e quindi non può rendere illecita una condotta in principio lecita. Questa regola, indiscutibile rispetto al privato (CGCE, 19 sett. 2003, punto 55, C-198/01, *CIF*), autore di condotte imposte dal diritto interno successivamente disapplicato per contrasto con la normativa comunitaria, si comunica invariata al soggetto pubblico? Oppure la sua maggiore competenza nella cura del diritto dovrebbero farlo desistere dal tenere comportamenti conformi alla legge nazionale ma contrari al diritto comunitario, ravvisandosi diversamente l'elemento psicologico della colpa almeno nei casi di evidente difformità dal parametro comunitario? Sul punto attenderemo la decisione del Consiglio.

Guardiamo ora agli effetti rispetto a un altro destinatario, il Ministero delle Comunicazioni, ed esaminiamoli in ragione di due variabili: il tempo e l'oggetto. Il tempo incide in quanto nelle more della decisione del Consiglio, si ritiene che il Ministero non debba – e anzi a rigore nemmeno possa - emettere un provvedimento di rilascio delle frequenze, perché l'alternativa tra l'esecuzione in forma specifica e il suo equivalente pecuniario è ancora in corso di definizione giudiziale e un suo provvedimento anticipato potrebbe addirittura compromettere l'esecuzione del giudicato.

Ad opposta soluzione si perverrebbe invece a sentenza emessa, ovviamente se fosse di accoglimento della domanda principale di rilascio delle frequenze, dalla quale scaturirebbe infatti per il Ministero un dovere giuridico di provvedere, al quale sarebbe tenuto anche un Governo dimissionario, cioè in carica per il disbrigo degli affari correnti, nonché degli atti urgenti o dovuti. In vista dei tempi necessari, è comunque probabile che la sentenza del Consiglio abbia come destinatario il nuovo Governo, formato dopo le elezioni, al quale dunque spetterà dare seguito agli obblighi derivanti.

Assumiamo ora come variabile della sentenza l'oggetto, cioè i rapporti definiti dalla pronuncia pregiudiziale, ma riferibili a soggetti diversi dalle parti del giudizio, perché in tale ultimo caso varrebbe quanto osservato prima. Si pensi, ad esempio, ai titoli abilitativi rilasciati a chi, in qualità di concessionario di fatto o di diritto sull'analogico, è dall'art. 23, co.5, della L. 112 legittimato in via esclusiva all'esercizio dell'attività trasmissiva sul digitale. Questa disposizione risulta ora incompatibile col parametro comunitario come interpretato dal giudice europeo, almeno limitatamente al concessionario di fatto, in quanto la Corte ha rifiutato l'equiparazione del generale assentimento al titolo selettivo concorsuale. Ne consegue il dovere per qualunque autorità pubblica, anche dunque per il Ministero, di congelare la norma interna a favore dell'operatività immediata di quella comunitaria, come prescrive il criterio di preferenza nel definire la vertenza tra norme antinomiche di ordinamenti distinti. Il dovere di disapplicazione e la natura dichiarativa dell'interpretazione comportano la riferibilità del diritto comunitario anche a situazioni maturate prima della pronuncia interpretativa, la quale infatti si limita a precisare "il significato della norma, quale deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata dal momento della sua entrata in vigore (già da CGCE 27 marzo 1980, C-61/79; 10 febbraio 2000, C-50/96; da ultimo, 12 febbraio 2008, cit.). Da qui l'illegittimità *ab initio* per violazione di norma di legge degli atti amministrativi emanati in forza di

norma interna incompatibile con quella comunitaria (CGCE, 13 gennaio 2004, C-453/00; ma vedi anche Cons. Stato, IV Sez., 21 febbraio 2005, n. 579), salvo il limite della definitività dell'atto amministrativo, deroga riconosciuta dal giudice europeo, secondo il quale la retroattività della sentenza interpretativa si arresta dinanzi al giudicato e all'atto amministrativo inoppugnabile a garanzia della stabilità delle situazioni giuridiche, ultimo baluardo alla preferenza del diritto comunitario.

Questo conflitto tra principi è stato in seguito ridefinito e ribaltato nei suoi esiti a favore della legalità comunitaria dalla nota pronuncia *Kühne & Heitz* (CGCE, 13 gennaio 2004, cit.), ora riconfermata dalla recentissima sentenza della Corte del 12 febbraio 2008. Pertanto una sentenza interpretativa del giudice comunitario può rendere illegittimo un atto amministrativo ancorché definito con sentenza passata in giudicato, emessa in forza di un'interpretazione erronea della norma comunitaria. L'illegittimità sopravvenuta dell'atto è però subordinata alla provenienza soggettiva del giudicato stesso, formatosi su pronuncia di ultimo grado, cioè emessa da un giudice che, pur essendo tenuto a sollevare la questione pregiudiziale dinanzi alla Corte, non lo abbia fatto. L'intento della Corte è di evitare che le conseguenze negative dell'inerzia del giudice possano ricadere sulla parte lesa dal provvedimento illegittimo, risultato evitabile se il giudice avesse adito la Corte ex. 234, co. 3, TCE. A compensazione del fatto che "ad un giudice nazionale sia sfuggita l'importanza di una questione di diritto comunitario" (CGCE 12 febbraio 2008, cit., punto 32), la Corte riconosce al cittadino l'inedito diritto al riesame amministrativo del provvedimento come se il giudicato *tanquam non esset*.

Questa pronuncia rispetto al caso in esame ci dice due cose: 1) che chi non era operatore dell'analogico ha diritto di chiedere al Ministero di riesaminare le concessioni rilasciate per il digitale agli operatori analogici abilitati dal generale assentimento, sempre che ricorrano le condizioni di cui alla sentenza *Kühne & Heitz*, ora puntualizzate dalla sentenza 12 febbraio 2008; 2) e che il Ministero a seguito dell'istanza di parte ha l'obbligo di riesaminare le concessioni emesse in violazione delle norme comunitarie ad effetti diretti, in quanto idonee a integrare il parametro di legittimità dell'atto amministrativo (art. 21- *octies*, co. 1, l.241/90). Qualche perplessità suscita invece la natura di questo potere di riesame, vincolato o discrezionale? Nonché la sua ricostruzione teorica: annullamento in sede di autotutela o inedito potere di sindacato amministrativo sull'atto definitivo?

Personalmente, ritengo che si tratti di un potere amministrativo non assimilabile all'annullamento in sede di autotutela per due considerazioni: una di ordine testuale, l'altra suggerita dall'interpretazione teleologica del riesame disegnato dal giudice europeo.

Partiamo dalla prima: si tratta di un riesame attivabile su iniziativa di parte, perché la sentenza parla "di diritto del cittadino al riesame", mentre il rimedio di cui all'art. 21 *nonies*, l. 241/90 è un procedimento d'ufficio, con tutto ciò che ne segue anche in termini, ad esempio, di configurabilità del silenzio sull'istanza di riesame, improponibile invece in caso di procedimento attivabile dall'Autorità decidente.

La seconda considerazione muove dalla causa del riesame in oggetto: assicurare l'effettività della prevalenza del diritto comunitario su quello interno difforme. Se questa è la funzione del riesame, essa non potrà essere compromessa da un qualsivoglia interesse pubblico favorevole alla

conservazione dell'atto; o, se si preferisce, possiamo anche dire che l'interesse all'unitaria applicazione del diritto comunitario è di per sé quell'"ulteriore interesse pubblico" giustificativo dell'annullamento. Sappiamo bene invece che l'annullamento d'ufficio non può prescindere dall'esistenza di questa ulteriore ragione di pubblico interesse non identificabile nella rimozione dell'atto illegittimo, perché esso ha di mira la cura di quel medesimo interesse pubblico, che sta alla base dell'atto da riesaminare.

Alla medesima conclusione si perverrebbe peraltro se ragionassimo in termini di ottemperanza all'obbligo comunitario (ex art. 10 TCE) di collaborazione, il quale, imponendo agli Stati membri, tra le altre cose, l'eliminazione degli atti nazionali contrari al diritto comunitario, prevale *ipso iure* sugli interessi interni alla conservazione stante la sua natura sopranazionale. Mentre un suo eventuale attrito con altri valori comunitari, quali, ad esempio, quello alla tutela dell'affidamento incolpevole del terzo (CGCE 19 settembre 2006, C-392/04; Id., 13 gennaio 2004, C- 453/00, cit., nonché quella del 12 febbraio 2008, C- 2/06, cit.), non è componibile *ex ante* e una volta per tutte, perché l'equiordinazione dei due valori, entrambi di pari dignità europea, impone un bilanciamento all'occorrenza.

Ritengo pertanto che le due pronunce della Corte (2004 e 2008) riservino spazi decisionali discrezionali al Ministero, seppur limitatamente al confronto della legalità comunitaria con la stabilità delle posizioni acquisite dai terzi. Quindi, se il solo interesse privato alla conservazione delle concessioni anticomunitarie non è di per sé ostativo dell'annullamento, non è neanche a priori il valore recessivo, piuttosto è il bene da confrontare con gli argomenti a sostegno della supremazia del diritto comunitario, lasciando all'esito di questo bilanciamento il dispositivo del riesame. Si conserveranno le concessioni, se il Ministero avrà reputato gli interessi individuali alla stabilità prevalenti nel caso di specie e comunque dovrà motivarlo; si annulleranno, se sorrette dalle ragioni favorevoli all'esigenza obiettiva di attuazione del diritto comunitario.

In conclusione, riteniamo che il giudice europeo abbia disegnato una nuova figura di riesame, distante dall'annullamento in sede di autotutela per diversità di scopi tra i due rimedi: il primo, di origine giurisprudenziale, contribuisce all'effettività del diritto comunitario coniugandolo con l'esigenza di definitività delle situazioni giuridiche stabilizzatesi nel tempo, doveroso nell'*an* e a ridotta discrezionalità nel *quomodo*; l'autotutela invece, funzionale a interessi pubblici specifici, rivolta a un segmento particolare dell'ordinamento interno, quello della p.a., di cui condivide la natura ampiamente discrezionale nell'*an* e nel *quomodo*.

Forse queste due sentenze, quella del 12 febbraio e del 31 gennaio 2008, sempre che abbiano un seguito, restituiranno alla sana competizione il mercato digitale, reso asfittico dal cordone protettivo della L.112, che ha coartato il progresso tecnologico in un'unica direzione: a beneficio delle sole forze dominanti. Siamo ora posti dinanzi a una sfida, che ciascuno, per quanto di sua competenza, potrà raccogliere o no: la competizione come confronto tra operatori dello stesso mercato o come gara tra le diverse piattaforme trasmissive vecchie e nuove, purché quest'ultime siano indisponibili a riprodurre la dominanza degli *incumbent*.

Infine, una considerazione conclusiva. Vediamo che l'apertura del mercato alla concorrenza tra i media è perseguita dal giudice

sopranazionale, e che l'effettività della misura di sblocco è rimessa al giudice nazionale e al Ministero. Ma mi sia consentita una domanda finale: non avevamo creato l'Autorità indipendente per promuovere la concorrenza, non per difendere i concorrenti già in campo?

Giovanna De Minico
prof. Diritto Pubblico
“Federico II” - Napoli