La sentenza della Corte di Giustizia 31 gennaio 2008, sulla assegnazione delle frequenze radiotelevisive. Esiste un dopo?

di Giovanna DE MINICO

(di prossima pubblicazione in "Quaderni costituzionali")

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 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 però 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 comunitaria[1], estranea alla lista dei motivi delimitanti la questione pregiudiziale: 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, 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,

[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, *Il disegno di legge Gentiloni sulla disciplina del settore televisivo: luci ed ombre*, in www.*associazionedeicostituzionalisti.it.*

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, secondo il quale solo i beni intercambiabili, cioè indifferentemente idonei a soddisfare gli stessi bisogni dell’utente (Dir.Q. cit., artt. 14 e 15) compongono un identico ambito merceologico. 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 è risultato privo di ogni efficacia anticoncentrativa. Ne è conseguito che la norma speciale, piuttosto che punire condotte che il diritto generale avrebbe considerato lecite, ha regalato l’impunità a condotte, che la *lex mercatoria* avrebbe vietato.

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. 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 inizio* 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 articola 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 prospettazione, una somma in denaro non potrebbe dunque essere egualmente satisfattiva degli interessi lesi, soprattutto se questi sono riferiti alla collettività dei cittadini.

Infine, la domanda risarcitoria del ricorrente per i danni da inattività dovuta al mancato rilascio delle frequenze sarà accoglibile nei limiti di 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 si trattò di un'omissione lecita perché giustificata dalla normativa nazionale 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, proc. C-198/01, *CIF)*, autore di condotte autorizzate 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 del tempo. Precisamente, 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 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.

Infine, una considerazione conclusiva. Vediamo che l'apertura del mercato all'effettiva concorrenza tra i media è perseguita dal giudice sopranazionale, e che l'effettività della misura di sblocco è rimessa al giudice nazionale. Ma non avevamo

creato l'Autorità indipendente per promuovere la concorrenza, e non per difendere i concorrenti già in campo?

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