Dal disegno di legge Gentiloni alla sentenza della Corte di Giustizia: una storia infinita?[*]

di
Giovanna De Minico

SOMMARIO: 1. Per introdurre il tema. - 2. L'anticomunitarietà della L. 112/04 e la risposta del disegno di legge 1825. - 3. Le zone d'ombra del disegno di legge in esame (3.1. La normativa antitrust speciale. 3.2. La disciplina asimmetrica). - 4. La sentenza della Corte di Giustizia del 31 gennaio 2008. - 5. Il fatto e il diritto. - 6. Le conseguenze della sentenza rispetto ai soggetti (6.1. Rispetto al Consiglio di Stato. 6.2. Rispetto al Ministero delle Comunicazioni). - 7. Spunti per l'avvenire.

1. Un filo rosso lega il d.d.l. 1825[1] alla sentenza della Corte di Giustizia del 31 gennaio 2008 sulle frequenze radiotelevisive: la riscrittura delle regole di accesso all'etere in coerenza con gli imperativi comunitari, obiettivo al quale ciascun rimedio concorre per quanto di sua competenza e con effetti diversi.

Il disegno di legge ridefinisce i diritti di uso delle frequenze in tecnica digitale, la sentenza della Corte di Giustizia invece, per come è articolata la questione pregiudiziale, statuisce principalmente sui diritti di uso delle frequenze analogiche; in sintesi, i due atti ridisegnano il governo dell'etere indifferentemente dalle modalità trasmissive.

Partiamo dall'esame del disegno di legge. Con esso si voleva evitare all'Italia il deferimento dinanzi alla Corte di Giustizia per le censure di anticomunitarietà della L. 112/04 contestatale dalla Commissione Europea[2]. Se e in che misura l'atto in

---

[*] Il lavoro, di prossima pubblicazione in *Politica del Diritto* (n. 1/2008), e altresì destinato agli *Scritti in Onore di Michele Scudiero.*

[1] L'A.C. 1825, XV Leg., Disegno di legge, recante "Disposizioni per la disciplina del settore televisivo nella fase di transizione alla tecnologia digitale", si proponeva come la risposta alle censure di anticomunitarietà della legge 112/04, piuttosto che in termini di progetto teso al riordino complessivo del sistema audiovisivo (cfr.:la sua Relazione introduttiva), ne sia prova, tra l'altro, l'esistenza di un separato disegno di legge per la riforma della concessionaria pubblica. Questo obiettivo spiega perché ce ne occupiamo in questo lavoro, nonostante l'atto sia decaduto con lo scioglimento anticipato delle Camere.

[2] Cfr.: Commissione Europea, *Doc. IP/06/1019*, del 19 luglio 2006, con cui si invitava l'Italia, con lettera di costituzione in mora, a emendare la L.112 per allinearla alle prescrizioni europee sulle comunicazioni elettroniche, cioè al Pacchetto Direttive richiamate alla nota successiva. Al momento in cui si scrive, il d.d.l. Gentiloni - sul quale la Commissione Europea aveva espresso un parere sostanzialmente favorevole pur con puntuali osservazioni emendative – ha

oggetto fosse idoneo al fine propostosi, è una valutazione che ci riserviamo di esprimere dopo aver ricordato i motivi di contrasto della L. 112 con l'ordinamento comunitario.

a) Il primo rilievo mosso alla L. 112 riguarda l'avvio dell'attività radiotelevisiva in digitale: la legge equipara all'intrapresa *ex novo* del servizio di diffusione televisiva la sua prosecuzione, entrambi condizionati rispettivamente al rilascio (art. 23, co.5) e/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[3].

Il parametro di riferimento è la Direttiva Autorizzazioni[4], che ha liberalizzato l'attività di comunicazione elettronica, esonerando l'operatore dall'onere di procurarsi in anticipo l'atto 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 del titolo abilitativo (art. 23, co. 5, L.112): la titolarità pregressa di un analogo provvedimento concessorio o, in sua mancanza, l'esercizio di fatto dell'attività in esame, il "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 nei confronti alle *new entries*. La disposizione quindi, crea una barriera normativa all'ingresso delle nuove forze sul mercato, non gioca a favore della

---

da poco intrapreso un faticoso iter legislativo. Pertanto, permanendo l'inosservanza dell'Italia alle prescrizioni comunitarie, la Commissione (ex art.226 del TCE) si è pronunciata con un parere motivato (Commissione Europea, *Parere motivato-Infrazione 2005/5086 (PM226 CE*E), con cui, accertata la permanenza dell'illecito comunitario, ha invitato l'Italia a "prendere le disposizioni necessarie per conformarsi al presente parere, entro due mesi dal ricevimento del medesimo".

[3] In particolare, Direttiva "Accesso", 2002/19/CE, Direttiva "Autorizzazioni" 2002/20/CE, Direttiva "Quadro" 2002/21/CE e Direttiva "Servizio Universale" 2002/22/CE. Questo corpus comunitario è in corso di riesame; a tal fine la Commissione ha avviato una *Call for input* (25/11/05), nella forma del questionario ragionato, in particolare sui: a) criteri per l'individuazione dei mercati rilevanti; b) sulla ridefinizione in aumento o in riduzione dei 18 mercati listati nella Raccomandazione della Commissione del 11/02/03 ; c) e sull'introduzione di rimedi diversi da quelli dell'art. 8 della Direttiva accesso a correzione delle accertate deficienze della *lex mercatoria*. Il documento e le risposte nazionali, rispettivamente degli Stati e delle Autorità nazionali di regolamentazione, sono consultabili nel sito: *http://europa.eu.int/information-society*.

[4] Cfr. la Direttiva 2002/20/CE, art. 3, co.2.

competizione, bensì dei concorrenti attuali, proteggendoli dal confronto con i potenziali operatori[5].

c) Infine, anche il sistema allocativo delle frequenze, cioè la ripartizione dei diritti di uso dell'etere, risponde alla medesima logica: 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 *sine die*. Questo coacervo di disposizioni viola la legalità comunitaria, perché non libera le frequenze possedute in eccesso, non limita l'acquisizione di nuove, non obbliga alla restituzione di quelle analogiche a transizione completata, con effetto doppiamente negativo di amplificare lo *status quo* del dominante e di impedire la gestione efficiente dello spettro frequenziale, obiettivo questo, pur imposto dall'art. 9, co. 1, Direttiva Quadro.

La norma nazionale si presta a un ulteriore rilievo di incompatibilità comunitaria nella parte in cui crea diritti individuali di uso delle frequenze, risultato tendenzialmente vietato dalle Direttive Autorizzazioni (art. 5, co. 2) e Concorrenza (Dir. 2002/77/CE, in part. artt. 2 e 4)[6], a meno che un "interesse generale conforme all'ordinamento comunitario"[7] lo giustifichi.

Intanto, la norma nazionale potrebbe usufruire dell'esenzione legale in quanto favorisse la transizione al digitale grazie a una disciplina funzionale a detto obiettivo, e non con le mere affermazioni d principio. Ma ciò non è stato: infatti, i vantaggi riservati all'operatore analogico non sono stati circoscritti entro un tempo ragionevole, permanendo a *switch-off* avvenuto, né tanto meno sono stati commisurati al fine, consentendosi l'accumulo di frequenze oltre lo stretto necessario alla conversione degli impianti, prova ne sia la mancata previsione di un obbligo di resa delle frequenze analogiche a transizione conclusa.

La lista dei vizi di illegittimità comunitaria della L. 112 prima illustrati si completa con un ulteriore rilievo, quest'ultimo estraneo all'atto di costituzione in

---

[5] Questo rilievo era stato già anticipato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nel corso dell'Audizione disposta dalle Commissioni riunite VII e IX della Camera dei Deputati, XIV Leg., 8 gennaio 2004, in occasione dell'esame del Disegno di Legge n. 2175-B "Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della Rai-Radiotelevisione italiana S.P.A. nonché delega al Governo per l'emanazione del testo unico della radiotelevisione", reperibile in *www.agcm.it.*

[6] Direttiva 2002/77/CE della Commissione, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, in *GUCE*, 17/09/2002, L 249.

[7] Cfr. anche il *Considerandum* 12 della Direttiva Autorizzazioni nella parte in cui contempla la possibilità che il legislatore nazionale introduca restrizioni ai diritti garantiti dall'art. 49 del Trattato a condizione che tali limitazioni siano "oggettivamente giustificate, proporzionate e non superiori a quanto necessario per conseguire gli interessi generali definiti dagli Stati membri in conformità della normativa comunitaria".

mora dello Stato italiano, ma oggetto di specifico quesito sottoposto all'esame pregiudiziale della Corte di Giustizia delle Comunità Europee (art. 234 TCE [8]), e, come tale, elemento da tener presente nel giudizio complessivo della legge 112 col sistema comunitario.

Si preferisce trattare il vizio in questa parte del lavoro piuttosto che nella sezione dedicata alla sentenza della Corte, in quanto su questo motivo la Corte non si è pronunciata nel merito, dichiarandolo irricevibile perché irrilevante - per come prospettato dal giudice *a quo* - rispetto alla questione principale; noi invece riteniamo comunque opportuno esaminarlo sempre al fine di esprimere quella valutazione complessiva sull'idoneità del d.d.l. 1825 a rispondere alla totalità dei rilievi di anticomunitarietà 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 disegna l'illecito concentrativo, il cumulo *ultra vires* delle risorse economiche, ricorrendo alla tecnica della valutazione legale tipica: è dominante chi detiene più del 20% "dei ricavi complessivi del sistema integrato delle comunicazioni", ambito inedito che abbraccia dal canone Rai ai proventi delle opere cinematografiche. Si è dinanzi a un dividendo illegittimo, perché accorpa realtà merceologiche, contigue sulla carta, ma distanti nella scala delle preferenze dei consumatori[9]: 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 beni non siano affatto intercambiabili. La dilatazione illogica del paniere su cui calcolare la percentuale massima di risorse

[8] A. Pace - M. Manetti, *Rapporti Civili. Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. Branca - A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006, a pp. 662 ss., dove si riportano per intero i quesiti dell'ordinanza (in particolare ai nostri fini si veda il quesito n. 10), 19 luglio 2005, n. 10395, con cui il Consiglio di Stato, sez. IV, nel corso del giudizio di appello tra Europa7 e il Ministero delle Comunicazioni sollevò la questione pregiudiziale dinanzi alla CGCE, oggi risolta con la sentenza del 31gennaio 2008, di cui si dirà nel prosieguo.

[9] Tale criterio, di origine giurisprudenziale (a titolo meramente esemplificativo si vedano: CausaC-333/94 *P.Tetra Pak*/Commissione [1996] Racc. I-5951, §13; Causa 31/80 *L'Oral* [1980] Racc. 3775, par. 25; causa n.322/81 *Michelin*/Commissione [1983] Racc. 3461, par. 37), è ora recepito per rinvio negli artt. 14 e 15 della Direttiva quadro e poi specificato nelle *Linee direttrici della Commissione per l'analisi di mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*, elaborate dalla Commissione (Doc 2002/C 165/03). Tale metro di valutazione affida l'analisi dei mercati rilevanti al test economico della fungibilità dei prodotti dal lato della domanda e dell'offerta (la prima volta che la Corte di Giustizia impiegò questo criterio fu nella causa n. 6/72 *Europemballage* e *Continental Can*/Commissione [1973] Racc. 215, par. 32). Ne consegue che prodotti o servizi scarsamente intercambiabili tra loro non possono fare parte dello stesso mercato.

economiche consentite annacqua il tetto del 20%, privandolo "di qualunque efficacia"[10] repressiva; ne consegue l'irragionevolezza e quindi, inadeguatezza della disposizione speciale rispetto all'obiettivo di punire in anticipo e in misura più severa le concentrazioni sui media rispetto ai divieti della disciplina antitrust generale.

2. Ricordati i rilievi di "anticomunitarietà" della L.112, esaminiamo nel dettaglio il d.d.l. per giudicare se e in che misura sia adeguato al compito propostosi.

a.1.) Alla censura illustrata al punto *a*), il d.d.l. oppone una risposta congrua, consentendo (art. 3, co. 6) l'immediato avvio dell'attività di operatore televisivo in tecnica digitale; quindi, il titolo abilitativo non è più il fatto condizionante l'esercizio del servizio radiotelevisivo, quest'ultimo attratto alla regola della autorizzazione generale come convergenza impone.

b.1.) Quanto al rilievo sintetizzato al punto *b*), cioè la creazione di un diritto speciale di uso delle frequenze, che si risolve nel consentire al solo l'operatore dell'analogico la fornitura del servizio radiotelevisivo digitale, il d.d.l. risponde con una norma asimmetrica a destinatari ribaltati, perché esclude dalla prestazione del servizio proprio chi era dominante sull'analogico, ammettendovi invece le *new entries* in quanto intenzionate a offrire i servizi innovativi.

Si tratta, a nostro avviso, di una norma asimmetrica anticipatoria della *lex mercatoria*, una sorta di "pre-emptive competition law", perché sostiene il mercato creando condizioni di effettiva parità tra i concorrenti. Invero, una gara non è *fair* perché tutti hanno il medesimo diritto di intraprenderla, ma perché tutti hanno effettive possibilità di vincerla. La norma crea artificialmente la parità di *chances* tra i contendenti, raffreddando temporaneamente la corsa dell'*incumbent* in modo che il neo operatore possa muovere i primi passi. Qui la disciplina asimmetrica, operando a beneficiari invertiti, consegue un risultato indisponibile alla *lex mercatoria*, la quale infatti non potrebbe proibire all'operatore sull'analogico di acquistare le frequenze sul digitale.

---

[10] Così Autorità garante della concorrenza e del mercato, Prof. Giuseppe Tesauro, nel corso dell'Audizione 8 gennaio 2004, cit., a p. 8.

Cfr.. A. Pace – M. Manetti, *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit., a p. 700, dove Pace, nel ricordare la legittimità dei limiti *ex ante* alla libertà d'impresa, "soprattutto se operante nel settore della diffusione dei pensieri", condiziona la loro compatibilità col dettato costituzionale all'osservanza del principio di ragionevolezza. "Ciò che non è certamente il caso dell'art. 15 della legge n.112, il quale si espone a critiche di irrazionalità e lesione del pluralismo". Per una critica quasi unanime al SIC si veda la dottrina richiamata alla nota 111 del volume Pace-Manetti.

Per usare un linguaggio familiare al diritto comunitario, la previsione del diritto speciale in oggetto risulta giustificata da un vincolo di destinazione: il riequilibrio frequenziale e l'accelerazione del passaggio al digitale. Quindi, la norma del d.d.l., che prevede un'accresciuta capacità giuridica dell'operatore del digitale a fronte di una menomata capacità di quello dell'analogico, si allinea alle prescrizioni della Direttiva 2002/77/CE in tema di concorrenza sulle reti, sempre che il d.d.l. provvedesse a rendere esplicite le suindicate finalità, dimenticate invece nella penna del legislatore.

c.1.) Quanto al punto *c*), la risposta del d.d.l. all'accaparramento frequenziale si risolve nell'imposizione dell'obbligo di restituire le frequenze - detenute *sine titulo* o in esubero - alla libera negoziazione degli attori del mercato o alla potestà di imperio del Ministro. Tale progetto rimane però incompiuto nella parte in cui non prevede l'obbligo per l'operatore di liberare le frequenze analogiche a *swich off* completato, rimedio questo, necessario per allinearlo alla legalità comunitaria[11].

In sintesi, il *quid novi* del d.d.l. rispetto alla L. 112 è il regime di accesso dell'operatore televisivo al mezzo (cioè le modalità di avvio e le condizioni legittimanti l'esercizio dell'attività televisiva), nonché il sistema allocativo delle frequenze digitali.

3. Finora si è parlato solo dei pregi del d.d.l. 1825, ma l'atto non è immune da difetti. Le sue zone d'ombra rimandano a un atteggiamento di timida fiducia nella capacità dell'*economic regulation*[12] di compensare le insufficienze della disciplina antitrust. Si dice ciò in quanto il disegno di legge impiega la regolazione complementare alla *lex mercatoria*, cioè il diritto antitrust speciale o la disciplina asimmetrica, secondo un metodo errato, che compromette il conseguimento del risultato finale, la correzione dei *defeats* del mercato.

Ora dimostriamo questa affermazione.

---

[11] A tal fine sarebbe altresì necessario sostituire il soggetto obbligato a mettere a disposizione il 20% della propria capacità trasmissiva: non più il fornitore del servizio, di regola privo di una sua capacità trasmissiva, bensì l'operatore di rete.In proposito cfr: Commissione Europea, Direzione generale Concorrenza, *Doc. 6 aprile 2007*, in cui pur esprimendosi "una valutazione complessivamente positiva delle disposizioni del disegno di legge volte ad ovviare alle riserve [...] avanzate nella lettera di costituzione in mora del 19 luglio 2006", si invitava la Repubblica italiana a tenere presente alcuni dei rilievi da noi indicati nel testo.

[12] Per tutti si consultino le chiare pagine di S. Breyer, *Regulation and its reform*, Harvard, 1982, pp. 156-161.

3.1. In termini generali, ricordiamo che si ricorre alla normativa antitrust speciale quando si protegge un bene diverso dall'equilibrio competitivo (valore affidato alla disciplina generale), ad esempio, il pluralismo informativo, declinato nel diritto fondamentale della persona di disporre di una molteplicità di fonti, riferibili a proprietari economicamente distinti.

A tal fine la norma speciale può fissare il limite massimo di risorse economiche cumulabili da uno stesso operatore in un valore numerico, superato il quale la posizione dell'imprenditore è valutata dominante *ex lege*, cioè indipendentemente dal verificarsi di un abuso o di un danno al mercato.

Dunque, detta specialità è una deroga alla fattispecie generale di illecito antitrust, in quanto ne modifica gli elementi costitutivi in quantità e qualità. Precisamente, la previsione generale richiede ai fini del perfezionamento la dominanza, l'abuso e il danno al mercato, situazioni accertabili caso per caso, e valutabili in ragione degli esiti delle analisi economiche, come la metodologia del diritto antitrust esige. Tale *modus procedendi* è conseguenza del tipo di bene protetto: l'equilibrio competitivo, la cui lesione dipenderà dal concreto atteggiarsi delle curve dell'offerta e della domanda, dall'esistenza di eventuali barriere all'ingresso e dalle prospettive di concorrenza futura.

La disposizione speciale invece, si perfeziona grazie alla sola forza di mercato, oggetto di valutazione *ex ante* del legislatore, che quantifica una volta per tutte la percentuale massima di risorse economiche detenibili da un unico operatore e con presunzione assoluta la equipara alla dominanza dello stesso. Questa cifra numerica è il limite estremo di compatibilità costituzionale tra i due valori in gioco: da un lato, la libertà di iniziativa economica, che potrà assorbire forze imprenditoriali esogene entro il limite di tolleranza; dall'altro, il diritto di ciascuno al pluralismo delle fonti, sacrificato se le fonti si sintetizzassero oltre la misura normativa dell'equo contemperamento. Quindi, la disciplina speciale rimanda a una filosofia che reputa la dominanza un "male in sé" in ragione del suo negare in radice la molteplicità delle fonti informative, valore da abbinare alla diffusione soggettiva e alla diversificazione economica dei competitors.

In conseguenza di quanto detto, la disciplina speciale costituisce una deviazione legittima da quella generale nella misura in cui è in grado di accordare al 'pluralismo informativo' protezione anticipata e rafforzata rispetto alla tutela repressiva propria della disciplina antitrust. Dunque, la regolazione speciale consegue l'obiettivo propostosi quando arretra la soglia dell'antigiuridicità, prescrivendo soglie concentrative più severe e stringenti di quelle proprie della disciplina antitrust. In sintesi, quelle condotte che secondo il diritto antitrust generale non sarebbero punibili, devono invece ricadere nel divieto della disciplina speciale, diversamente risulterebbe frustrata la tutela cautelare del bene affidato alle sue cure.

Riconduciamo ora le osservazioni di carattere generale all'art. 2 del d.d.l. 1825: la norma fissa nel 45% il limite massimo delle risorse economiche cumulabili da uno stesso soggetto. Questa percentuale risulta più blanda della misura limite ricavabile dalla disciplina generale; infatti, la giurisprudenza della Corte di Giustizia da tempo ha valutato sintomo di dominanza la detenzione stabile da parte di un'impresa del 40% del fatturato di settore, sempre che ricorrano ulteriori elementi di potenziamento della significatività della quota: vale a dire il numero dei concorrenti, le loro quote di mercato e l'esistenza di barriere all'ingresso.

La Corte ha poi raffinato questa affermazione iniziale, aggiungendo che quote (caso *Vitamine* o *United Brands*) comprese tra il 40 e il 45% si possono considerare dominanti nel caso che esse siano sensibilmente superiori a quella detenuta dal secondo concorrente meglio piazzato.

Ora non ci rimane che applicare queste conclusioni al nostro caso. La RAI detiene il 29% del mercato pubblicitario, mentre Mediaset il 55%[13]; se dovesse passare la regola del 45%, si consentirebbe a Mediaset di attestarsi su di una soglia di mercato sensibilmente superiore a quella del secondo meglio piazzato. Ancora un altro elemento potenzia la "significatività" della quota detenuta: l'esistenza di barriere all'accesso. Il nostro mercato di riferimento, cioè quello della raccolta pubblicitaria, si caratterizza proprio per un elevato grado di barriere all'accesso, perché risente, in quanto collegato, delle barriere istituzionali e normative del mercato televisivo[14]. Né si potrebbe assumere come attenuante il fatto che SKY abbia il 91% nella vendita dei contenuti a pagamento, perché il mercato della TV ad accesso condizionato va tenuto distinto dal quello della TV *free* in ragione dei noti criteri della sostituibilità del prodotto dal lato della domanda e dell'offerta. Pertanto, la posizione di SKY non è quella di un concorrente in senso giuridico di Mediaset o della RAI e, quindi non serve ad alleggerire la quota di Mediaset[15].

Quindi, proprio l'esame congiunto di questi elementi, desunti dalla giurisprudenza del giudice europeo (quota di mercato, posizione del secondo meglio piazzato, barriere all'ingresso) rende la quota del 45% indiscutibilmente significativa

---

[13] Dati tratti da: Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, *Relazione annuale al 2007, Presentazione del Presidente dell'Autorità Corrado Calabrò*, Roma, 2007, a p. 10.

[14] Cfr. in proposito Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Attività di segnalazione e consultiva. Assetto del sistema radiotelevisivo e della società rai-radiotelevisione italiana* (AS247), in *Boll*. 49 del 23 dicembre 2002, a pp. 52-53.

[15] Quanto a tale ultima distinzione tra mercati televisivi si leggano le chiare indicazioni rese nel caso RTL/*Veronica/Endemol*, 20/ 10/1995 dalla Commissione, che, richiamandosi appunto al criterio economico della fungibilità dei prodotti, distinse "il mercato della pubblicità televisiva, nel quale le emittenti concorrono per assicurarsi i proventi della pubblicità" da quello "della Tv a pagamento, nel quale i fornitori di Tv a pagamento concorrono per acquisire i nuovi abbonati".

di dominanza e, in quanto tale, inidonea a sanzionare anticipatamente la condotta concentrativa in campo; l'alleggerimento del limite ha regalato alle condotte a rischio l'impunità piuttosto che il deterrente di punirle preventivamente. In sintesi la norma del 45% posta dal d.d.l. 1825 è lesiva del pluralismo non meno di quanto lo sia il SIC della L.112[16], con l'unica differenza che la prima interviene sul divisore, il limite delle risorse elevandolo oltre misura; la L.112 sul dividendo, il mercato di riferimento, dilatandolo in eccesso, entrambe però hanno in comune l'effetto di annacquare la funzione repressiva della disciplina antitrust, vizio comune della loro illegittimità comunitaria.

Pertanto, qui si rifiuta la tesi di un'illegittimità *tout court* della disciplina speciale antitrust[17], posizione questa, contraddetta dallo stesso diritto dei Trattati e dalle sue fonti secondarie[18], che espressamente ammettono l'esistenza di deroghe agli artt. 81 e 82 TCE sempre che si proteggano valori diversi da quelli affidati alla *lex mercatoria*. Inoltre, queste parentesi di sospensione dall'operatività della disciplina generale da mera facoltà si convertono in obblighi[19] - ancorché di *soft law* - con la

[16] Disposizione già esaminata nel paragrafo n. 2.

[17] Autorità garante della concorrenza e del mercato, nella persona del Presidente Catricalà - udita nel corso dell'*Indagine conoscitiva sul disegno di legge A.C. 1825*, disposta dalle Commissioni riunite VII e IX della Camera dei Deputati, Leg. XV, *Audizione del 30/1/07*, a p. 12 - ha manifestato invece forti perplessità sulla legittimità comunitaria del limite anticoncentrativo fissato per legge. Per le ragioni indicate nel testo non si condivide la tesi dell'illegittimità del limite antitrust in quanto oggetto di valutazione legale tipica. Piuttosto si potrebbe trattare di un'illegittimità dovuta al criterio di quantificazione prescelto dal legislatore, ma in tal caso come detto sopra la questione si pone su di un piano concettuale del tutto diverso da quella dell'illegittimità *tout court*.

[18] Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, il cui art. 3, comma 3, dispone che: "Fatti salvi i principi generali ed altre disposizioni di diritto comunitario, i paragrafi 1 e 2 non si applicano quando le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri applicano la legislazione nazionale in materia di controllo delle fusioni, né precludono l'applicazione di norme nazionali che perseguono principalmente un obiettivo differente rispetto a quello degli articoli 81 e 82 del Trattato".

[19] In proposito l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, prof. Giuseppe Tesauro, *Note* rese nel corso *dell'Indagine conoscitiva in merito al Disegno di legge n. 2175-B* "Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della Rai-Radiotelevisione italiana s.p.a nonché delega al Governo per l'emanazione del testo unico della radiotelevisione", disposta dalle Commissioni riunite VII e IX della Camera dei Deputati, Leg. XIV, Audizione del 8/01/04, si era soffermata sulla necessità che i legislatori nazionali adottassero strumenti specifici per accordare tutela rafforzata al pluralismo informativo, stante l'insufficienza degli strumenti ordinari a tutela della concorrenza.

Raccomandazione 2007/2 del Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa[20], che all'art. 1 contempla la doverosità per gli Stati membri di adottare misure antitrust specifiche, laddove l' "application of general competition rules in the media sector and access regulation are not sufficient to guarantee the observance of the demands concerning cultural diversities and the pluralistic expressions of ideas and opinions"[21].

All'illegittimità *tout court* – cioè in ragione della sua specialità - della disciplina antitrust di settore noi sostituiamo dunque un'anticomunitarietà per violazione del principio di proporzionalità, in quanto il legislatore nel giudicare "dominante" un dato assetto economico è ricorso a un criterio valutativo incongruo, se non addirittura contraddittorio, rispetto all'obiettivo di tutelare in anticipo il pluralismo delle fonti; ne è conseguita l'impunità delle condotte anticompetitive, le quali in assenza di disciplina speciale sarebbero invece ricomprese nel divieto generale.

Nella medesima linea argomentativa faremo qualche riflessione sulla sanzione che assiste la prescrizione del 45%: in caso di suo superamento, è previsto che l'operatore, che versa in una situazione di sovrabbondanza di risorse economiche, debba ridurre di due punti, non il cumulo delle risorse, bensì il limite di affollamento orario della pubblicità. Dunque, l'operatore potrà fare incetta di pubblicità oltre il 45%, ma l'affollamento pubblicitario orario scenderà solo per lui dal 18 al 16%. Questa sanzione a un attento esame risulta poco efficace e, quindi, non funziona da deterrente all'inosservanza del 45%, perché chi detiene oltre il 45%, disponendo di un potere economico incontestato, sarà in grado di determinare il prezzo orario del passaggio pubblicitario. Quindi, con ogni probabilità potrà aumentare il prezzo dell'offerta dell'inserimento pubblicitario in misura inversamente proporzionale alla riduzione dell'affollamento orario, e così non subire alcuna perdita economica. Siamo dinanzi a una sanzione priva di efficace meccanismo incentivante, perché il suo costo

---

[20] Raccomandazione CM/ Rec (2007)2 del Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa su "Media pluralism and diversity of media content", 31/1/07, in *https//wcd.coe.int/*.

[21] In tema cfr: Consiglio d'Europa, Consiglio dei Ministri, *Declaration of the Committee of Ministers on protecting the role of the media in democracy in the context of media concentration*, 31/01/07, in *https//wcd.coe.int/* "Acknowledging, in this respect, that most democratic society which are based on the rule of law, have adopted measures to sustain, promote and protect media pluralism, including through market regulation comprising competition law and, where appropriate, sector-specific rules taking into account democratic principles and values" […] Draws attention to the necessity of having regulatory measures in place with a view to guaranteeing full transparency of media ownership and adopting regulatory measures, if appropriate and having regard to the characteristics of each media market, with a view to preventing such a level of media concentration as could pose a risk to democracy or the role of media in democratic processes".

sarebbe minore del vantaggio che l'operatore conseguirebbe se violasse la norma, in ultima istanza si verrebbe a incoraggiare la trasgressione piuttosto che l'osservanza del precetto.

Inconveniente, questo, superabile se solo il disegno di legge avesse rinviato al sistema punitivo del T.U.R. 177/05[22] (in particolare all'art. 43), cioè alla sanzione civile della nullità dei contratti pubblicitari ultra quota e a quella amministrativa dell'ordine di *reductio in pristinum*, tipico rimedio deconcentrativo dell'Autorità di settore[23].

L'inefficacia del meccanismo sanzionatorio non solo è tale da consentire al soggetto di superare il limite, ma inibisce anche la funzione pro-competitiva della norma, consistente nella possibilità per l'operatore di oltrepassare il 45% in caso di dismissione di uno dei tre canali analogici. Considerata l'inefficacia della sanzione per il superamento del 45% anche la sua funzione pro-concorrenziale è di fatto congelata, nel senso che il soggetto, ritenendo più conveniente pagare la sanzione, oltrepasserà il 45% insensibile alla pressione coercitiva di liberare frequenze analogiche.

Il legislatore piuttosto avrebbe dovuto prevedere il limite frequenziale come elemento, non alternativo alla concentrazione delle risorse, bensì aggiuntivo, e cioè avrebbe dovuto vietare all'operatore sia il cumulo *ultra vires* che la detenzione della terza rete. Del resto, già altri diritti antitrust speciali – si pensi, ad esempio, al sistema anglosassone[24] - ragionano in termini di addizione degli elementi sintomatici della dominanza, e non di alternatività, come invece sembrerebbe avere scelto il d.d.l. 1825.

In conclusione, la debolezza del limite del 45 % e l'insufficienza del suo sistema sanzionatorio espongono la norma a fondati dubbi di legalità sia rispetto al parametro comunitario che costituzionale per violazione del comune principio di ragionevolezza: essa infatti, in quanto norma speciale pretende di accordare al pluralismo informativo una tutela rafforzata rispetto a quella accordata dalla disciplina generale, ma nel selezionare gli strumenti di protezione opta per i mezzi più deboli, con ciò autoannullando la ragione stessa della sua esistenza come disposizione in deroga.

---

[22] Decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, recante "Testo unico della radiotelevisione", in G.*U*., serie generale, 7 settembre 2005, n. 208.

[23] In proposito, si vedano i rilievi tendenzialmente adesivi al sistema sanzionatorio del disegno di legge di E. Cheli e R. Mostroianni nei rispettivi interventi al Seminario organizzato da Astrid, *Sul D.D.L. di riforma del sistema televisivo*, 3 maggio 2007, in *www.astrid-online.it.*

[24] In tema, si leggano le chiare osservazioni di sistema di G. Robertson Q.C. & A.Nicol, *Media law*, 5ª ed., Thomson , Londra, 2007, passim.

3.2. Il secondo rilievo che si muove al d.d.l. in esame, riconducibile come il primo a una adesione parziale alla teoria degli effetti benefici dell'*economic regulation*[25] sui meccanismi competitivi, interessa le modalità osservate dal legislatore nel disegnare la misura asimmetrica dell'obbligo di *carry*, imposto all'operatore del mercato dell'accesso all'ingrosso alla banda larga nei confronti dei fornitori di servizi televisivi. La misura intende equiordinare il titolare della rete a chi non dispone di una rete propria: il fornitore indipendente di servizi. Questa compensazione si realizza imponendo all'operatore dominante l'obbligo di messa a disposizione delle sue strutture aziendali a favore di chi dominante non è. Come ogni regola asimmetrica, la norma opera in riduzione e contemporaneamente in addizione per equiordinare posizioni di iniziale squilibrio.

Non vogliamo contestare la finalità compensativa del rimedio, la cui compatibilità col diritto comunitario è dunque assicurata, sempre che il legislatore presenti il riequilibrio tra le diverse posizioni economiche come *ratio* giustificatrice della riserva di diritti speciali al fornitore di servizi. Il nostro rilievo riguarda piuttosto l'autorità competente a decidere la misura asimmetrica più idonea al caso.

---

[25] Volendo, cfr.: G. De Minico, *The 2002 EC Directives Telecommunications: Regime up to the 2008 Ongoing Revision. Have the goals been reached?* in *E.B.L.R.*, maggio 2008, in corso di pubblicazione.

Il metodo comunitario[26] riserva all'autorità nazionale di regolazione (A.N.R.) il potere di individuare le misure compensative della fisionomia di operatore verticalmente integrato, limitate nel tempo, indispensabili, e concretamente idonee a sanare lo specifico fallimento del mercato irrisolto dalla disciplina antitrust[27]. Questa opzione presenta i vantaggi di produrre regole a *enforcement* assicurato - perché la partecipazione dei regolati alla loro ideazione rende improbabile le resistenze in sede di attuazione dei precetti – di più agevole modificazione al mutare dei fatti disciplinati, rimanendo invariato il dato del diritto positivo grazie al ricorso alle clausole aperte. In altri termini, si viene a creare diritto endogeno, data l'inerenza delle regole alla logica interna di settore, risultato difficilmente conseguibile dall'eteronomia affidata al decisore politico.

Il nostro legislatore invece, con il d.d.l. 1825 mostra di preferire alla regolazione neutrale e flessibile delle A.N.R. la propria eteronormazione, assorbendo

---

[26] In occasione del dialogo aperto per la revisione della disciplina delle comunicazioni elettroniche la Commissione europea è stata irremovibile nel negare al legislatore nazionale il potere normativo sui rimedi, prova ne sia le numerose azioni di infrazione verso quegli Stati, da ultimo la Germania, le cui legislazioni nazionali avevano affidato il compito regolatorio al legislatore interno. Il progetto politico della Commissione invece, tende a svuotare la competenza decisionale delle autorità nazionali sui rimedi, rivendicando a sé il potere di decisione ultima e incontestabile su questi ultimi, attraverso il veto. Questa manovra centripeta è fortemente ostacolata dal Gruppo europeo dei regolatori (ERG), che rilancia le Autorità quale "best place" per la regolazione e, al tempo stesso, propone se stesso per la concertazione normativa uniforme. Per una lettura della vivace discussione tra la Reding - posizione della Commissione - e l'ERG, si veda: ERG, *Advice in the contest of the review of the Regulatory Framework ofr Electronic Communications Networks and Services, in response to the letter by Commissioner Viviane Redind of 30 november 2006, 27 february 2007*, in http://Erg.eu.int.

Da ultimo, cfr. Commissione Europea, Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, recante modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/Ce relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate.., COM(2007) 697 definitivo, il cui art. 7, par.i 5 e 6, sposta il baricentro regolatorio a vantaggio della Commissione. L'opzione di riservare all'Esecutivo comunitario il veto sui rimedi non è stata pacificamente accolta dagli Stati membri, in prima linea dal Regno Unito. Per una sintesi delle critiche alla riserva, seguita da una proposta alternativa, si veda: European Parliament, Committee on Industry, Research and Energy, *Towards a balanced reform of the telecom regulatory framework: the right rules to achieve information society leadership and maximise the value for citizens*, 28 Marzo 2008, (*Discussion paper*).

[27] Sia consentito il rinvio a G. De Minico, *Le Direttive CE sulle comunicazioni elettroniche dal 2002 alla revisione del 2006. Un punto fermo?* in P. Costanzo, G. De Minico, R. Zaccaria (a cura di), *I 'tre codici' della società dell'informazione*, Torino, 2006, in part. p. 169 ss., sul punto della regolazione asimmetrica come disciplina *reasonable*, ritagliata alle specificità del *defeat* da correggere, temporanea e, in ragione di tale attributi, preferibilmente affidabile all'ideazione endogena delle Autorità nazionali di regolazione.

nell'unicità della misura la variabilità di una scelta, che andrebbe modulata alle specificità del caso e affidata a una lettura lontana dai condizionamenti della politica .

Si è detto sin dall'inizio che queste due zone d'ombra del disegno di legge rimandano a un atteggiamento di timido affidamento nell'*economic regulation*, qui rappresentata dalla disciplina antitrust speciale e dalla normativa asimmetrica, rimedi che, se impiegati senza riserve, avrebbero potuto completare la *lex mercatoria*, conseguendo effetti ad essa indisponibili, cioè liberare risorse, correggere fallimenti strutturali, impedire degenerazioni di dominanze in abuso. Qui invece si corre il rischio di un esubero normativo non compensato dall'utilità promessa, su cui sarebbe opportuno tornare con qualche rimedio, semmai di quelli da noi qui indicati.

4. Il d.d.1. 1388 è decaduto con la fine anticipata della legislatura. I suoi meriti sono dunque rimasti sulla carta, e non ha sanato l'illegittimità comunitaria della L. 112, né ha sottratto l'Italia all'imminente condanna per infrazione. Rivolgiamo ora la nostra attenzione al secondo atto del filo rosso di cui parlavamo all'inizio: la sentenza della Corte di Giustizia del 31 gennaio 2008, ulteriore occasione allo stato che ci viene offerta per recuperare alla legalità comunitaria il nostro sistema di accesso all'etere analogico.

Ricordiamo brevemente il fatto: Centro Europa 7 slr è titolare dal '99 di concessione all'esercizio dell'attività radiotelevisiva in ambito nazionale in tecnica analogica, 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.

5. Esaminiamo dapprima la disciplina nazionale sull'uso delle frequenze analogiche, quindi quella comunitaria per poi valutarne la complementarietà o invece l'incompatibilità. Innanzitutto, va detto che i difetti del sistema di accesso alle frequenze digitali sopra rilevati sono in parte comuni a quello analogico.

Nel dettaglio, la normativa nazionale[28] subordina l'avvio dell'attività radiotelevisiva a due titoli abilitativi: la concessione allo svolgimento dell'attività radiotelevisiva e la concessione all'uso delle frequenze. Pertanto, si potrà verificare il caso in cui un operatore, abilitato allo svolgimento dell'attività, sia impossibilitato a trasmettere a causa del diniego all'uso dell'etere, cioè la situazione del ricorrente.

La normativa comunitaria invece, diversamente dal sistema italiano duale, ne adotta uno monistico, che sintetizza i due titoli nella sola abilitazione all'uso delle frequenze. Infatti, la Direttiva autorizzazioni (art. 5, coº. 2) ha previsto il libero e

[28] In particolare, la L.249/97, artt. 2, co. º 6, e 3, co.i 6 e 7;e la L.112/04, art. 23, co.º 8.

immediato avvio dell'attività di comunicazione elettronica, regola questa, che ha esteso anche al settore della radiodiffusione, consentendo pertanto all'operatore di intraprendere *sic et simpliciter* l'attività senza dover chiedere il preventivo assenso autoritativo.

Quindi, la prima censura di anticomunitarietà della L. 112 interessa le modalità di avvio dell'attività radiotelevisiva, sottoposta a vincolo contrariamente alla liberalizzazione disposta in sede comunitaria.

La seconda censura riguarda il sistema di accesso all'etere, che in quanto bene pubblico presente in natura in una quantità ancora limitata non è liberamente acquisibile. Infatti, anche il diritto comunitario prevede un sistema di selezione autoritativa dell'aspirante, basato su una procedura competitiva, ad evidenza pubblica, diretta a confrontare le diverse domande su indici obiettivi, comprovanti idoneità tecnica e finanziaria, accertabili secondo parametri tecnici in modo da assicurare l'uso efficiente dello spettro frequenziale, imperativo categorico della disciplina europea. Pertanto, il livello comunitario conosce un'unica modalità di accesso al mezzo/etere: la competizione guidata dai parametri legali della trasparenza, obiettività e pariordinazione.

La normativa nazionale anche su questo versante è più complessa, perché prevede un sistema duale di selezione dell'aspirante alle frequenze analogiche (art. 23, coº. 9 l. 112/04): la concessione o il generale assentimento.

La prima è distante dal modello europeo perché abbina all'accertamento tecnico sui requisiti obiettivi un momento valutativo del Ministro sulla programmazione pregressa e futura del richiedente. In quanto provvedimento discrezionale è il rovescio dell'atto vincolato europeo, con l'aggravante che qui si interviene sul contenuto del palinsesto, una sorta di sindacato preventivo sulla libertà di manifestazione del pensiero; mentre per il diritto europeo lo *screening* va parametrato su referenti di sicura acquisizione, incontrovertibili e, come tali, oggetto esclusivamente di accertamenti vincolati.

La seconda modalità di selezione dell'aspirante, il generale assentimento, nasce dalla convinzione dell'equivalenza tra diritto e fatto: infatti, alla concessione legittimamente rilasciata viene equiparata la situazione di chi in sua assenza abbia occupato *sine titulo* le frequenze. Questo ultimo potrà per l'avvenire continuare ad esercitare l'attività sull'analogico, nonché sperimentare la tecnica digitale, convertire i suoi impianti, acquistare frequenze da terzi, e infine, anche avviare *ex novo* l'attività trasmissiva sul digitale con esclusione di chi sull'analogico non ha ancora messo piede.

Il generale assentimento, *status* inedito che l'aspirante si guadagna sul campo, è 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.

In sintesi, i due sistemi normativi - comunitario e italiano - indicano criteri antitetici di selezione dell'avente titolo all'attività trasmissiva: per il primo il metodo è monistico, competitivo, obiettivo ed equiordinato; per il secondo il metodo è duale, anticompetitivo, soggettivo e discriminatorio.

Date queste premesse, il 31 gennaio 2008 la Corte interpretava la normativa comunitaria in materia[29] nel senso che essa "osta a una normativa nazionale 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 da chi esercita *sine titulo* attività radiotelevisiva, benché non selezionato con procedura concorsuale.

La lista dei vizi di anticomunitarietà del nostro sistema analogico non si esaurisce nella violazione della regola dell'*equal and diffused access*, investendo altresì il metodo di identificazione del mercato rilevante, base di calcolo per il cumulo delle frequenze, cioè la norma sul divieto oltre una certa misura di concentrazione di risorse frequenziali. L'articolo in questione, il 25, co. 8º, della L. 112/04, consente infatti a uno stesso soggetto di diffondere fino al 20% dei programmi irradiabili indifferentemente su frequenze analogiche o digitali. Su questo presunto vizio la Corte di Giustizia però non si è espressa in quanto il carattere concreto del giudizio pregiudiziale, nonché il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato le hanno impedito di estendere il suo sindacato al di là delle specifiche domande sottopostole dal giudice *a quo*, perimetro invalicabile del suo giudizio.

Ciò però non ci esime da un'indagine ovviamente di tipo speculativo su quest'ultima censura. La disposizione in esame è norma antitrust speciale, la cui legittimità con l'ordinamento comunitario - come abbiamo già avuto modo di osservare al par. 3.1. - è condizionata all'effettivo conseguimento del fine *ad hoc*: punire in anticipo condotte anticoncentrative, impedendone la degenerazione in abuso.

La L.112 infatti costruisce l'illecito concentrativo speciale – il cumulo *ultra vires* delle risorse frequenziali - su due soli elementi: la dominanza fissata al 20%, in omaggio formale al giudicato della Corte Costituzionale (sent. 466/02), e il mercato di riferimento, somma aritmetica delle frequenze analogiche con quelle digitali in forza di un'astratta equivalenza tra le due tecniche trasmissive. Questa operazione di arbitrario assemblaggio contraddice il metodo comunitario di delimitazione del

[29] Specificatamente gli artt. 49 TCE e l'art. 9, co.º 1, Direttiva Quadro 2002/21, e gli artt.5, co. 2, e 7, co. 3 della Direttiva Autorizzazioni 2002/20.

mercato, composto solo da beni intercambiabili, come la scienza economica vuole, 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 beni che solo la finzione giuridica considera equivalenti: la disponibilità effettiva del segnale analogico alla promessa di fruizione futura ed incerta di quello digitale.

La disposizione - come abbiamo già visto per la norma sul SIC[30] - interviene sul dividendo di questa operazione aritmetica, lasciando invariato il divisore, cioè la percentuale massima di risorse frequenziali (o economiche) consentite: ne consegue che, dilatato a dismisura il mercato, il limite numerico, cioè il divisore, perde qualsivoglia efficacia anticoncentrativa. Queste riflessioni economiche sul piano del diritto si traducono nell'illegittimità della norma per irragionevolezza, in quanto l'errore nella valutazione dei presupposti determina una decisione normativa illogica, cioè incapace di conseguire il suo fine e, come tale, anticomunitaria. Essa infatti, piuttosto che punire in anticipo condotte che il diritto generale antitrust avrebbe considerato lecite, regala l'impunità a comportamenti, che la *lex mercatoria*, ove applicata, avrebbe vietato.

Sostituita la fantasia alla realtà, l'operatore dominante è nell'immediato esonerato dall'obbligo di dismettere la rete in eccedenza, in aperta violazione al giudicato della Corte Costituzionale, e per l'avvenire è legittimato al *leverage*, cioè a trasferire la sua dominanza dal mercato ormai saturo sui nuovi scenari: in sintesi, sull'analogico si finge di cambiare le regole per lasciarle nella sostanza inalterate e sul digitale si chiude alle *new entries*.

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

6.1. 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[31]. Ma può il giudice

[30] La norma sul SIC, esaminata al par. 1, e quella ora in esame sono affette dal medesimo errore di impostazione e differiscono solo quanto all'oggetto del divieto di cumulo: per il SIC le risorse economiche, per l'art. 15, co. 8, L.112 le risorse frequenziali. Data l'identità sostanziale tra le due fattispecie si rinvia anche per la dottrina sull'argomento alle note del par. 1.

[31] L'efficacia soggettiva delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia varia a seconda del destinatario. Al giudice del rinvio la sentenza impone anche in punto di diritto l'obbligo di attenersi all'interpretazione ivi dettata; nei confronti di un giudice diverso il vincolo si sposta sul piano della prassi, la quale difficilmente registra casi di disallineamento dei giudici nazionali dalla

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, in ragione del tipo di domanda prospettata dal ricorrente, sarà terzo anche rispetto alla sentenza, inidonea a incidere direttamente sulle sue situazioni soggettive. È indubbio invece che il Ministero si dovrà rivolgere proprio a Rete 4 nell'ottemperare al giudicato per reperire le frequenze necessarie, in quanto la regola della preferenza del diritto comunitario su quello nazionale difforme non conosce eccezioni e, come tale, si applica anche ai procedimenti amministrativi di ottemperanza al giudicato. Ne conseguirà che la detenzione della rete eccedente, atto lecito in base al diritto nazionale, diventerà un 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 [32] al concetto

---

nomofilachia della Corte. La stessa infatti (CGCE, 27 marzo 1963, casi 28 -30/62, *Da Costa en Schaake*) ha preferito parlare di "autorità" piuttosto che di vincolatività *erga omnes* delle sue decisioni interpretative. Anche in dottrina si opta per la tesi più *soft* dell'affioramento giuridico riflesso in considerazione del fatto che "ragioni di certezza giuridica conferiscono una notevole stabilità alle decisioni della Corte in materia pregiudiziale", così: V. Guizzi, *Manuale di diritto e politica dell'Unione Europea*, ES., Napoli, 2ª ed., 2000, a p. 200. Non sono mancate voci autorevoli (G. Tesauro, *Diritto Comunitario*, 2ª ed., Padova, 2001, a p. 284), che invece, hanno esteso anche agli altri giudici il dovere di dare "applicazione alle norme così come interpretate dalla Corte" perché "tale sentenza può e all'occorrenza deve essere considerata anche al di fuori del contesto processuale che l'ha provocata, proprio perché si pronuncia su punti di diritto".

La nostra Corte Costituzionale da tempo si è espressa sul tema, equiordinando quanto agli effetti giuridici la sentenza interpretativa alle norme comunitarie immediatamente applicabili, vedi le sent. nn. 113/85; 389/89; e da ultimo, 284/07 in cui si afferma che "Le statuizioni della Corte di Giustizia delle Comunità europee hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili cui ineriscono, operatività immediata negli ordinamenti interni".

[32] In specie nei nn. 85 e 86 della sentenza e nella richiamata Comunicazione interpretativa dell'art. 49 TCE: Commissione Europea, *Comunicazione della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, (*COM)* 2002/C 121/02.

Di medesimo avviso altresì l'Avvocato Generale, P.Maduro, *Conclusioni*, presentate 12 settembre 2007, relative alla suindicata causa C-389/05, in cui argomenta al cons. 43 che: "I giudici

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.

Un'ulteriore considerazione va fatta nel caso in cui il Consiglio di Stato optasse per la prima soluzione, cioè accogliesse la domanda di esecuzione in forma specifica, modificandone però l'oggetto: cioè se condannasse il Ministero al rilascio di frequenze in tecnica digitale. Questa soluzione, se ha il pregio della pragmaticità, perché quelle digitali sono allo stato le uniche risorse ancora disponibili[33], è criticabile in punto di diritto. Precisamente, il Consiglio di Stato deve, non diversamente dagli altri giudici, attenersi al principio della corrispondenza del chiesto al pronunciato, che ovviamente in questo caso sarebbe violato perché il ricorrente chiede A e il Consiglio, piuttosto che rispondergli si o no, gli accorda B, cioè un bene giuridico diverso da quello oggetto del *petitum.*

La seconda critica è più pertinente al settore in esame: questa soluzione rappresenterebbe l'ennesima violazione della regola comunitaria della fungibilità dei beni economici, perché allo stato il digitale non è affatto intercambiabile con l'analogico, in quanto il segnale copre al più il 50% del territorio contro un analogico diffuso sull'intero territorio, e poi perché solo una minoranza della popolazione è in possesso di apparecchi in grado di ricevere il segnale digitale. E siccome l'equiordinazione tra beni si deve stabilire sul piano dell'effettiva capacità degli stessi di soddisfare il medesimo bisogno, la frequenza digitale non è sostituibile a quella analogica perché l'una è un bene futuro e incerto, la seconda è già nella concreta disponibilità dell'utente. Tale tipo di sentenza riproporrebbe nella sostanza la *fictio iuris* della L. 112, già oggetto di censure di anticomunitarietà, comportando con ogni probabilità l'avvio dell'azione di infrazione contro lo Stato italiano per violazione

---

nazionali devono esaminare attentamente le ragioni addotte da uno Stato membro per ritardare l'assegnazione di frequenze ad un operatore che così ha ottenuto diritti di radiodiffusione televisiva in ambito nazionale e, *se necessario, ordinare rimedi appropriati per garatire che tali diritti non rimangano illusori*" (corsivo nostro).

[33] Per l'ultima ricognizione completa del piano frequenziale analogico si veda Direzione generale servizi di comunicazione elettronica e radiodiffusione, *Procedura competitiva per l'assegnazione/aggiudicazione delle frequenze di radiodiffusione televisiva*, in part. gli allegati A) e B), avviata il 5 ottobre 2007, in *www.comunicazioni.it.*

degli obblighi comunitari, questi ultimi aventi titolo nella sentenza della Corte di Giustizia, che per l'appunto aveva rivolto la sua attenzione alle disposizioni relative all'accesso analogico. Si tratterebbe di un'infrazione commessa da un giudice, ma ciò non è escluso dall'art. 226 TUE[34], il quale ai fini dell'imputazione di responsabilità allo Stato si limita a richiedere che l'autore della condotta illecita passibile di infrazione sia un soggetto autoritativo. Nel caso in esame lo Stato però al fine di evitare la condanna per violazione degli obblighi comunitari potrebbe intervenire unicamente con la legge sulla sentenza del Consiglio di Stato, perché il principio d'indipendenza dei giudici gli precluderebbe il ricorso a ulteriori mezzi correttivi, ad esempio, all'atto amministrativo. Da quanto detto emerge che questo tipo di sentenza di condanna è altamente sconsigliabile sia in punto di diritto, sia sul piano economico per il già magro bilancio dello Stato italiano.

6.2. Guardiamo ora gli effetti rispetto a un altro destinatario, il Ministero delle Comunicazioni[35], 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. A tale obbligo sarebbe tenuto anche un Governo, ancorché privo di fiducia e in carica per il disbrigo degli affari correnti, nonché per gli atti urgenti o dovuti.

---

[34] La norma non osta a che la responsabilità in oggetto consegua all' "emanazione di una sentenza da parte di una giurisdizione nazionale" solo che "l'esecuzione di una sentenza di condanna dello Stato per infrazioni commesse da organi pubblici indipendenti ed in particolare da tribunali interni incontrerà notevoli difficoltà", così: F. Pocar, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Padova, 2001, a p. 226. Sul tema vedi anche: F. Capotosti, *Processo comunitario*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, pp. 854 ss.

[35] Sull'ambito soggettivo dell'obbligo di disapplicare la normativa nazionale difforme a favore di quella comunitaria ad efficacia diretta ricordiamo per economia di discorso la giurisprudenza della Corte di Giustizia (CGCE, 22 giugno 1989, Causa 10/88 Fratelli Costanzo; CGCE 9 settembre 2003, punto 49) - che individuava i destinatari del principio di preferenza non solo nel giudice, bensì in "tutti gli organi dello Stato, comprese le p.a.," - alla quale corrispondeva quella della nostra Corte Costituzionale (sent. n. 389/89), che imputava tale obbligo "anche ai soggetti sforniti del potere di dichiarazione del diritto".

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.º 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 di Giustizia 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 il contrasto tra norme antinomiche dei due ordinamenti. 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[36]. 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[37], salvo il limite della definitività

[36] Già CGCE, 27 marzo 1980, Causa-61/79; 10 febbraio 2000, Causa-50/96; da ultimo, 12 febbraio 2008, Causa C-2/06.

[37] La norma comunitaria concorre a integrare il parametro di legittimità del provvedimento amministrativo, ne consegue che l'inosservanza della prima comporta l'annullabilità dell'atto per violazione di norma di legge (ex art. 21–*octies*, co.1º, L. 241/90). È stata in proposito avanzata anche la tesi della nullità, alla quale è però estraneo il vizio in oggetto, perché non ricompreso tra le figure tassativamente elencate nell'art. 21-*septies* della l. cit. Non è questione di poco conto ascrivere il vizio all'una o all'altra categoria al fine del trattamento giuridico sostanziale e processuale dell'atto. Infine, va ricordata la tesi dell'autonoma collocazione del vizio dell'anticomunitarietà rispetto alla categorie interne della nullità e dell'annullabilità, questa prospettazione presuppone il concetto di indipendenza dei due ordinamenti e conclude a favore della disapplicazione dell'atto amministrativo anticomunitario non diversamente da quanto accade per la norma interna difforme dal parametro europeo. Ne consegue infine la possibilità che il vizio sia rilevato senza alcuna preclusione temporale e peraltro, non solo dal giudice, ma anche dalla p.a. Per un raffronto delle tesi suesposte, si rinvia a: R. Giovagnoli, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, in *Giust. amm.*, 2004, pp. 93 ss.

In termini generali, sono intervenuti sull'argomento: G. Greco, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti - G. Greco, Milano, 2006, pp. 555 ss.; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, VIIª ed., Milano, 2005; F.Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005, pp. 124 ss; M. Chiti, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo*

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 poi ribaltato a favore della legalità comunitaria dalla nota pronuncia *Kühne & Heitz*[38], 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"[39], la Corte riconosce al cittadino l'inedito diritto al riesame amministrativo del provvedimento come se il giudicato non fosse intervenuto.

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). Non c'è invece con concordia in dottrina sulla natura di questo potere di riesame. In specie, si discute se debba configurarsi come vincolato[40] o discrezionale[41], e se si debba ricostruire

---

regime processuale, in *Dir. Amm*., 2003, pp. 687 ss.; da ultimo, V. Cerulli Irelli - F. Luciani, *Diritto comunitario e diritto interno. Tra Stato e Regioni*, in *Riv. It. Dir. Pubbl.Com*., 2007, a p. 872.

Per la giurisprudenza comunitaria per tutte si veda: CGCE, Sez.I, 13 gennaio 2004, Causa-453/00; per quella interna, cfr.: Cons. Stato, Sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579, anche per i richiami a precedenti pronunce.

[38] Così: CGCE, Sez. I, 13 gennaio 2004, cit; preceduta dalla sentenza della Sez. V, 7 gennaio 2004, Causa -201/02 (*Delena Wells*).

[39] Così: CGCE, Sez. G.,12 febbraio 2008, cit., punto 32.

[40] Sostengono la tesi della doverosità del riesame, nell'*an* e nel *quomodo*, perché lo distinguono dal potere di annullamento in autotutela: R. Carata, *Effettiva applicazione del diritto comunitario e*

nella chiave di un annullamento in sede di autotutela o di un inedito potere di sindacato amministrativo sull'atto definitivo.

Riteniamo 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 la prevalenza effettiva 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[42], distinguibile anche dall'interesse al ripristino della legalità interna violata, stante l'eterogeneità dei due concetti di "legalità", in quanto derivanti da ordinamenti giuridici differenti e non equiordinati. 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,

---

certezza del diritto, in *Urb e app.*, 10/04, pp. 1151 ss.; G. Gruner, *L'annullamento d'ufficio in bilico tra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, ed i principi della certezza del diritto e dell'autonomia procedurale degli Stati membri, dall'altro*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2007, in part. a pp. 255 ss.

[41] Sostiene la tesi della discrezionalità del riesame in oggetto, tanto nell'*an* che nel *quomodo*, perché lo identifica con il potere di annullamento in autotutela, la quasi totalità della dottrina amministrativistica, che si è occupata del tema, cfr.: D. U. Galetta, *I procedimenti di riesame*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Jovene, 2006, a pp. 400-401; V. Cerulli Irelli - F. Luciani, *Diritto comunitario e diritto interno. Tra Stato e Regioni*, cit., a p. 879; nonché i commenti di V. Antonelli, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/90 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di N. Paolantonio-A. Police - A. Zito, Torino, 2005; e di R. Depiero, in *L'azione amministrativa: commento alla l. 7 agosto 1990, n, 241 modificata dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35*, a cura di M. A. Sandulli, Milano, 2005.

[42] Così A. Tizzano, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, parte IV, 1995, in part. a p. 22, dove l'Autore arriva addirittura a configurare una patologia d'illegittimità a se stante, che comporterebbe la disapplicazione dell'atto senza limiti di tempo e a prescindere da considerazioni in merito all'affidamento dei terzi in buona fede.

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[43], il quale imponendo agli Stati membri, tra le altre cose, l'eliminazione delle conseguenze delle violazioni comunitarie - vale a dire nello specifico la cancellazione degli atti nazionali contrari al diritto comunitario - prevale sull'interesse interno alla conservazione degli atti in ragione della sua predominate forza giuridica. Mentre un suo eventuale attrito con altri valori di pari rango – quelli aventi titolo nell'ordinamento comunitario, quale, ad esempio, quello alla tutela dell'affidamento incolpevole del terzo[44] - non sarebbe componibile *ex ante* e una volta per tutte, perché l'equiordinazione dei due valori impone un bilanciamento *ex post* e caso per caso.

Riteniamo pertanto che le due pronunce della Corte (2004 e 2008) riservino spazi 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, esso 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 motivatamente reputato gli interessi individuali alla stabilità prevalenti nel caso di specie; si annulleranno, se sorrette dalle ragioni favorevoli all'esigenza obiettiva di attuazione del diritto comunitario.

La tesi che qui proponiamo ha anche il merito di salvaguardare l'autonomia procedimentale dei singoli Stati[45], perché le pronunce del giudice europeo si astengono dal conformare in termini esaustivi i procedimenti interni di riesame, il cui disegno quanto a presupposti e condizioni è affidato invece ai legislatori nazionali. Queste pronunce hanno però, al tempo stesso, vincolato l'autonomia normativa del decisore politico interno al rispetto delle seguenti condizioni.

a) Riconoscere al cittadino la facoltà del riesame quale situazione giuridica soggettiva, cioè pretesa ad attivare l'amministrazione a fronte di un atto

---

[43] In termini generali su questo obbligo vedi F.G. Pizzetti, *Il principio di leale cooperazione nell'ordinamento europeo*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo,* Milano, 2006, I, pp. 331 ss.

[44] 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.

[45] In tema molto significativa e, quindi, per tutte cfr. CGCE, 16 maggio 2000, Causa 78/98 (*Shirley Preston*).

amministrativo definitivo, emesso in forza di un'interpretazione del diritto comunitario contestata da successiva sentenza della Corte di Giustizia. Va sottolineato che qui si parla del solo diritto al riesame, non anche della pretesa a che l'amministrazione elimini l'atto illegittimo.

b) Sottoporre tale diritto a termini ragionevoli di decadenza o di prescrizione, perché solo una revisione tempestiva dell'atto non genererà nel terzo affidamento incolpevole sulla sua stabilità.

c) Rimettere all'amministrazione decidente il compito di bilanciare secondo proporzionalità la legalità comunitaria con la certezza del diritto, cioè con la pretesa alla conservazione dei rapporti consolidati, richiesta questa, coincidente con la preoccupazione del giudice comunitario a che l'autonomia procedurale non renda "impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto conferito dall'ordinamento giuridico comunitario". Il principio dell' "equivalenza di tutela interna/esterna" esclude dunque che l'amministrazione possa opporre alla *primautè* del diritto comunitario ulteriori ragioni di pubblico interesse ostative alla caducazione dell'atto - che pur rappresentano un valido argomento in sede di autoannullamento - perché se così fosse, l'attuazione dell'ordine europeo sarebbe subordinata all'interesse nazionale e con ciò si negherebbe in principio la supremazia del diritto comunitario. Inoltre, si perverrebbe alla conclusione assurda che mentre una norma, ancorché di rango costituzionale, sarebbe disapplicabile, se incompatibile con una norma europea, l'atto amministrativo definitivo avrebbe una capacità di resistenza al diritto europeo maggiore di quella delle fonti interne del diritto.

Quindi, l'unico valore capace di contrastare la prevalenza del diritto comunitario è la tutela dell'affidamento, interesse che il giudice europeo ha da sempre ritenuto degno di protezione almeno quanto il primo. Questo scontro tra valori fondativi dell'Unione vede le due giurisprudenze, quella comunitaria e quella interna, convergere sul terreno della dimensione temporale, nel senso che l'esistenza incontestata e protratta nel tempo dell'atto illegittimo rafforza l'aspettativa del privato in buona fede alla conservazione delle situazioni soggettive derivati dall'atto stesso; di converso, una richiesta di riesame tempestiva impedirebbe alle situazioni di consolidarsi.

In sintesi, riteniamo che dalle pronunce del giudice europeo possa trarsi la ricostruzione di una nuova figura di riesame, distante dall'annullamento in sede di autotutela data la diversità di scopi tra i due rimedi: il primo, di origine giurisprudenziale, risponde all'esigenza di assicurare la prevalenza effettiva del diritto comunitario coniugandola con la domanda di protezione delle situazioni giuridiche stabilizzatesi nel tempo, doveroso nell'*an* e a ridotta discrezionalità nel *quomodo*; l'autotutela invece, funzionale a interessi pubblici specifici, si muove

all’interno dei principi che governano l’attività amministrativa dello Stato membro, condividendone la natura fortemente discrezionale nell’*an* e nel *quomodo*.

7. Siamo giunti al termine del filo rosso che congiunge il d.d.l. 1825 alla sentenza della Corte di Giustizia, un percorso ideale che vedrà impegnati il Consiglio di Stato e il Legislatore nella correzione rispettivamente *ex post* e *ex ante* delle regole per l’accesso alle frequenze radiotelevisive secondo il dettato comunitario. Disegno di legge, rimasto incompiuto, e sentenza da eseguire rendono non più procrastinabile l’apporto del legislatore, se l’obiettivo è ridisegnare il nuovo governo dell’etere in discontinuità con il quadro normativo precedente e in coerenza con i principi riaffermati dal giudice europeo. L’introduzione di una disciplina di sistema completerebbe il progetto intrapreso dal giudice europeo a garanzia e della certezza del diritto, eliminando una volta per tutte la regolazione vigente difforme, solo disapplicata in giudizio, e dell’unitarietà del diritto comunitario, armonizzando le regole interne sulla ripartizione delle risorse frequenziali ed economiche agli imperativi europei.

Quanto ai rimedi per restituire efficacia preventiva alla depotenziata disciplina antitrust, cioè l’invenzione del SIC, il legislatore non dovrà solo disegnare il mercato secondo la metodologia del diritto antitrust e fissare il limite numerico al di sotto dei valori sintomatici di dominanza stabiliti dai giudici europei. Dovrà anche considerare la necessità che nel lungo periodo le regole per l’accesso impediscano a chi già detiene una posizione dominante su di un mezzo trasmissivo di trasferirla sulle nuove piattaforme, in quanto solo il rispetto di questa condizione eviterà il cumulo dei vecchi e nuovi mezzi nelle mani dei concorrenti già presenti sul mercato. In caso contrario, il pluralismo si ridurrà a una mera moltiplicazione numerica dei mezzi di trasmissione, alla quale non corrisponderà né un effettivo arricchimento dell'offerta informativa da parte di operatori indipendenti, né un aumento delle reali possibilità di scelta per noi utenti.

Se così accadesse, si cambierebbero le cose per lasciarle sostanzialmente inalterate.