



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER IL LAZIO
Sezione Seconda

N.
Reg. Sent.
Anno
N.
Reg. Gen.
Anno

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso 4819/2005 proposto da:

soc. Radio Telemolise s.r.l.

rappresentata e difesa dall'Avv. Marco Rossignoli ed elettivamente domiciliata in Roma, Via L. Mancinelli, 1, presso lo studio dell'Avv. P. Saolini;

contro

AUTORITA' PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato ed elettivamente domiciliata *ex lege* presso i suoi Uffici in Roma, Via dei Portoghesi, 12; per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,

- della Deliberazione dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni emessa in data 8.03.2005 con il numero 34/05/CPS recante "Modifiche al regolamento in materia di pubblicità radiotelevisiva e televendite" di cui alla Delibera n. 538/01/CSP del 26/07/2001", pubblicata sulla G.U. n. 72 del 29.03.2005, e relativo allegato "A" (specificamente l'art. 5 bis, commi 1, 2, 3 e 4 e l'art. 5 ter, commi 1, 2, 3, 4 5 e 6 della delibera n.

538/01/CSP del 26/07/2001, come introdotti dalla citata deliberazione n. 34/05/CPS);

- di ogni altro atto preordinato, connesso o consequenziale.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione del giudizio di

AUTORITA' PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

Visti gli atti della causa;

Vista la memoria conclusiva della società ricorrente;

Uditi, nella pubblica udienza del 9 Novembre 2005, relatore il consigliere R.Capuzzi, l'avv. M. Rossignoli per la parte ricorrente e l'avv. dello Stato De Stefano per l'Amministrazione resistente;

FATTO

La società ricorrente, titolare di concessione ai fini dell'emittenza radiotelevisiva locale, con il ricorso in epigrafe ha impugnato la delibera n. 34/05/CSP dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, nella parte in cui ha inserito l'art. 5-ter nel regolamento in materia di pubblicità radiotelevisiva approvato con la delibera n. 538/01/ CSP, lamentando plurimi vizi di legittimità.

Il nuovo art. 5-ter, in particolare, distingue tra trasmissioni di

televendita (offerta diretta al pubblico, secondo la definizione datane dal regolamento dell'Autorità), e trasmissioni pubblicitarie e di telepromozione: per le prime, viene introdotto il divieto di trasmissione nella fascia oraria tra le ore 7:00 e le ore 23:00 (comma 3), stabilendo inoltre che nel corso di dette trasmissioni non sia possibile mostrare in sovrimpressioni, o comunque indurre ad utilizzare, numerazioni telefoniche per la fornitura di servizi a sovrapprezzo (comma 1); per le trasmissioni di propaganda, invece, viene introdotto il divieto della loro trasmissione nella fascia oraria compresa tra le ore 7:00 e le ore 24:00 (comma 6); nel corso di tali trasmissioni è peraltro consentito utilizzare numerazioni telefoniche per la fornitura di servizi a sovrapprezzo, purché l'utente venga avvisato (mediante sovrimpressioni o annuncio vocale) circa la possibilità di attivare il blocco selettivo delle chiamate verso tali numerazioni, facendone richiesta al proprio operatore telefonico.

Secondo quanto indicato nella premessa alla delibera impugnata, la finalità perseguita è quella di "garantire un più elevato livello di tutela del consumatore-utente, ivi compresi i minori", nonché quella di "contrastare ogni forma di sfruttamento della superstizione e di credulità

dei cittadini, a tutela, in particolare, delle persone più vulnerabili psicologicamente".

La ricorrente ha dedotto in giudizio l'illegittimità della sopra indicata delibera n. 34/05/CSP dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, nella parte in cui ha inserito il descritto art. 5-ter nel regolamento in materia di pubblicità radiotelevisiva, per i seguenti motivi di diritto:

1) Incompetenza e violazione e/o falsa applicazione di legge, con particolare riguardo all'art. 1, comma 6, lett. b, della legge n. 249 1997, secondo il quale l'Autorità resistente potrebbe adottare, in materia di pubblicità e di televendite, solo regolamenti "attuativi delle leggi".

Mancherebbe del tutto, infatti, una disciplina legislativa concernente divieti orari così penetranti e categorici, riguardanti non solo la pubblicità ma anche i contenuti della programmazione editoriale radiotelevisiva.

Al contrario, anzi, il legislatore sarebbe recentemente intervenuto nella materia in esame con l'art. 7, comma 5, della legge 3 maggio 2004, n. 112, disponendo che il Ministro delle comunicazioni, di concerto col Ministro dell'economia e delle finanze e sentite le competenti Commissioni parlamentari, adotti un proprio regolamento per la revoca

dei contributi, provvidenze o incentivi per le emittenti che diffondono messaggi pubblicitari ingannevoli, con particolare attenzione alla diffusione reiterata di messaggi volti all'abuso della credulità popolare, anche in relazione alle violazioni riscontrate dal Comitato di controllo di cui all'art. 3 del "Codice di autoregolamentazione" in materia di televendite e spot di televendita di beni e servizi di astrologia, di cartomanzia, di servizi relativi ai pronostici ed assimilabili.

Secondo quanto si afferma nel ricorso, il legislatore avrebbe, quindi, già individuato organi e procedure diversi al fine di evitare gli abusi paventati, limitando tuttavia l'intervento, correttamente, alla individuazione e repressione dei concreti comportamenti che abusino della credulità popolare e che costituiscano pubblicità ingannevole, senza disporre alcuna limitazione oraria.

L'impugnato provvedimento violerebbe, inoltre, i decreti del 28 febbraio 1996 e del 26 maggio 1998, con i quali il Ministro delle poste e telecomunicazioni avrebbe individuato i servizi audiotex di particolare utilità, inserendovi anche i servizi di astrologia, di cartomanzia e relativi a pronostici concernenti il gioco del lotto, enalotto, superenalotto, totocalcio, totogol, totip e lotterie nazionali.

2) Violazione di legge e difetto d'istruttoria, avuto riguardo all'affermata violazione dell'art. 3, commi 2 e 3, della citata legge n. 249/1997, secondo cui il potere regolamentare dell'Autorità potrebbe essere esercitato solo "dopo aver sentito le associazioni a carattere nazionale dei titolari di emittenti o reti private".

Il provvedimento impugnato sarebbe stato adottato, al contrario, senza seguire l'indicata procedura e senza, neppure, effettuare la consultazione pubblica prevista dall'art. 11 del D.Lgs. 1 agosto 2003, n. 259, in violazione dei principi di trasparenza e di partecipazione al procedimento amministrativo.

3) violazione e/o falsa applicazione di legge, per violazione degli artt. 21 e 41 della Costituzione, che sanciscono la libertà di manifestazione del pensiero e di iniziativa economica; dell'art. 1, comma 26, della legge n. 650/1996, sulla cui base erano già stati disciplinati, in modo divergente, i servizi audiotex e videotel; della direttiva 98/10/CE, che inibisce, si afferma, la possibilità di limitare il diritto dei fornitori di servizi liberalizzati di avvalersi della rete telefonica pubblica per le proprie offerte.

4) Difetto di motivazione, irragionevolezza e contraddittorietà, in quanto

la delibera impugnata introdurrebbe, secondo quanto si afferma con il ricorso, un divieto generale ed indiscriminato di svolgere e propagandare mediante il mezzo televisivo i servizi, peraltro del tutto leciti, di astrologia, cartomanzia, pronostici e assimilabili nella fascia oraria considerata, in modo del tutto incongruo rispetto alle finalità di tutela dei telespettatori dichiaratamente perseguite.

Un ulteriore profilo di irragionevolezza deriverebbe, si sostiene, dal fatto che la nuova disciplina introdotta con l'impugnata modifica regolamentare, gravando unicamente sul mezzo televisivo, genererebbe effetti discriminatori e distorsivi del mercato pubblicitario nei confronti degli altri mezzi di comunicazione.

Al contrario, si afferma, le dichiarate esigenze di tutela dei telespettatori più vulnerabili troverebbero già adeguata tutela nella vigente normativa. In particolare, l'Autorità tenterebbe di giustificare il suo intervento con la necessità di evitare lo sfruttamento della superstizione e della credulità popolare e di proteggere le persone più vulnerabili psicologicamente quali i minori, cioè con finalità di tutela e prevenzione che, peraltro, sarebbero già disciplinate da plurime disposizioni, con le quali, si sostiene, la nuova disciplina andrebbe a

sovrapporsi e ad interferire.

In sede cautelare, con ordinanza in data 25.5.2005, questo Tribunale ha ordinato all'Autorità la produzione di una "dettagliata ed analitica relazione in ordine alla procedura seguita, agli accertamenti effettuati ed alle modalità di coinvolgimento degli operatori e delle associazioni di utenti, svolte ai fini dell'adozione dell'impugnato regolamento", rinviando la trattazione del merito all'udienza del 9 novembre 2005 e disponendo, nelle more, la sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato in considerazione del danno grave ed irreparabile paventato dalle imprese istanti.

La ricorrente ha, infatti, sostenuto che la disciplina introdotta con il provvedimento impugnato determinerebbe una ingentissima riduzione degli introiti pubblicitari delle emittenti televisive locali relativi al settore in esame, al punto da mettere a repentaglio la sopravvivenza di moltissime imprese.

In data 29 settembre 2005 l'Autorità ha depositato la richiesta relazione, corredata dei documenti relativi all'iter di approvazione della delibera impugnata.

Dalla relazione si desume che l'Autorità ha adottato il

provvedimento de quo avvalendosi del disposto di cui all'art. 1, comma 6, lett. b), n. 5) della legge n. 249/1997, da intendersi come riconoscimento di una piena potestà regolamentare di attuazione delle norme di legge in materia di pubblicità e televendite. Per quanto attiene più specificamente all'iter di approvazione, la relazione indica che in data 21 maggio 2002 l'Autorità ha avviato una consultazione pubblica in materia di televendite, conclusasi con un documento di sintesi delle posizioni espresse dai partecipanti redatto il 20 settembre 2002. Una relazione del Servizio Affari Giuridici e Comunitari interno, redatta in data 29 febbraio 2002, ha inoltre esaminato la legislazione nazionale e comunitaria in materia di televendite. La Commissione servizi e prodotti dell'Autorità, in data 14 dicembre 2004 ha, dunque, dato incarico al Servizio giuridico di predisporre una delibera regolamentare in materia di televendite relative ai servizi di astrologia, cartomanzia e pronostici, che ha poi approvato l'8 marzo 2005.

L'Autorità, rappresentata e difesa in giudizio all'Avvocatura Generale dello Stato, ha, altresì, difeso la legittimità dell'impugnata modifica regolamentare depositando, in prossimità dell'udienza di merito, un'ampia ed argomentata memoria difensiva.

Dopo la discussione orale svoltasi all'udienza del 9 novembre 2005, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe viene impugnata la delibera n. 34/05/CSP dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, nella parte in cui inserisce l'art. 5-ter nel proprio regolamento in materia di pubblicità radiotelevisiva, introducendo una regolamentazione oraria della messa in onda di programmi di televendita e di pubblicità e telepromozioni aventi ad oggetto servizi di astrologia, cartomanzia, pronostici ed assimilabili.

2. Il Collegio ritiene necessario premettere, ai fini del corretto inquadramento della controversia, che la disposizione in esame si inserisce in un corpo più ampio ed organico di modifiche del regolamento dell'Autorità in materia di pubblicità radiotelevisiva, volte a dare concreta attuazione ai generali principi di correttezza e di chiarezza delle televendite.

In particolare, dalla relazione trasmessa dall'Autorità in ottemperanza all'ordinanza istruttoria di questo Tribunale, si evince che l'esigenza di disciplinare unitariamente le vere e proprie "televendite",

le "telepromozioni" e tutte le altre forme di messaggio promozionale di beni e servizi è emersa, a seguito di una specifica istruttoria, in relazione al fenomeno, assai diffuso nella programmazione delle emittenti locali, di "televendite" spesso non rispondenti alla definizione di cui all' articolo 1 della direttiva 89/552/CEE (cd. "Televisione senza frontiere") e del regolamento in tema di pubblicità (in quanto prive dell'offerta diretta, trasmessa al pubblico attraverso il mezzo televisivo o radiofonico di beni o servizi), ma consistenti, in realtà, in messaggi di propaganda di servizi, frequentemente di astrologia, cartomanzia e pronostici, che presentano promiscuamente, per contenuti e durata, sia elementi propri della televendita (quali la prestazione del servizio in televisione, anche se pre-registrato), sia elementi che caratterizzano le "telepromozioni" (quali la promozione dei servizi audiotex o di altri servizi con numerazioni a sovrapprezzo) inseriti senza nessuna distinzione nella stessa trasmissione, così da potersi indebitamente svincolare, ai sensi dell'articolo 7, comma 5, della legge n. 112/04, dai limiti di affollamento pubblicitario previsti per l'emittenza locale dall'articolo 8, comma 9 *ter*, della legge n. 223/90.

3. In tale ambito, alla disciplina generale di cui all' articolo 5

bis, relativa a tutte le televendite, si aggiungono le impugnate disposizioni contenute nell'art. 5 *ter*, concernenti le televendite, la pubblicità e le telepromozioni di beni e servizi di astrologia, cartomanzia e pronostici concernenti il gioco del lotto e similari, introdotte, secondo quanto indicato nella premessa all'impugnata delibera, al fine di garantire un più adeguato livello di tutela del consumatore-utente, con particolare riferimento ai minori (per i quali il legislatore ha previsto una protezione rafforzata), per l'offerta di beni e servizi legati all'occulto, in relazione ai quali le esigenze di tutela dei consumatori e dei minori assumono una specifica rilevanza, tanto da essere state oggetto di un codice di autoregolamentazione *ad hoc* adottato nel 2002 e di una clausola di tutela generale contenuta nel codice di autodisciplina nazionale, oltrechè delle norme, penali ed amministrative, repressive di eventuali abusi richiamate dalla stessa parte ricorrente nel ricorso introduttivo o -negli ordinamenti di altri Stati membri dell'Unione europea come quello del Regno Unito.

Vengono specificamente colpite dalle numerose censure dedotte con il ricorso in epigrafe solo le prescrizioni dell'art. 5 *ter* che introducono il divieto di trasmissione delle televendite, per i predetti

servizi legati al mondo dell'occulto, nella fascia oraria compresa tra le ore 7:00 e le ore 23:00 (comma 3), nonché il divieto di trasmissioni pubblicitarie e di telepromozione per gli stessi servizi, nella fascia oraria compresa tra le ore 7:00 e le ore 24:00 (comma 6).

4. I numerosi ed articolati motivi di ricorso dedotti avverso le due citate disposizioni possono essere opportunamente distinti, ai fini del loro esame, in censure concernenti, da un lato, vizi di carattere sostanziale e, dall'altro, vizi di ordine formale o procedurale.

Le censure del primo tipo comprendono, in particolare, la dedotta assenza di potestà normativa dell'Autorità; la pretesa violazione dei principi costituzionali di libertà di manifestazione del pensiero e di iniziativa economica privata e della connessa riserva di legge e la contestata violazione della normativa di legge e regolamentare di riferimento e dei canoni di ragionevolezza, proporzionalità e non discriminazione che devono guidare l'attività amministrativa.

Il secondo gruppo di censure riguarda, a propria volta, i difetti di partecipazione e di attività istruttoria che avrebbero caratterizzato l'iter di adozione dell'impugnata delibera.

5. Il Collegio ritiene di procedere, in primo luogo, all'esame

delle censure di ordine sostanziale, il cui accoglimento, precludendo una eventuale rinnovazione della procedura, determinerebbe l'assorbimento delle ulteriori doglianze.

Le censure in esame si rivelano non fondate, come risulta dalla seguente disamina.

6. In primo luogo, viene in esame la censura di carenza di potere normativo dell'Autorità (per incompetenza e violazione di legge), il cui accoglimento comporterebbe l'eliminazione in radice di tutta la disciplina regolamentare impugnata).

A giudizio del Collegio non può dubitarsi che la legge istitutiva dell'Autorità n. 249/1997, nell'attribuire al nuovo soggetto pubblico indipendente precipui compiti di regolazione e garanzia nel settore delle comunicazioni, abbia conferito anche i poteri regolamentari strettamente necessari ai fini della conformazione delle attività affidate alle esigenze, individuate dalla stessa norma quale ratio legis sottesa alla istituzione dell'Autorità, di corretto funzionamento del sistema delle comunicazioni e di tutela degli utenti, soprattutto se minorenni, con la conseguente creazione di un nuovo soggetto munito di potestà normativa secondaria, concorrente con quella governativa secondo un

principio di specialità, purchè nel rispetto delle norme e riserve di legge costituzionali e comunitarie e delle norme primarie non espressamente derogate dalla legge istitutiva.

7. In particolare, la determinazione impugnata trova espresso fondamento nell'art. 1, comma 6°, lett b, n. 5, della legge n. 249/97, che riconosce alla Commissione per i servizi e prodotti dell' Autorità un'ampia potestà regolamentare di attuazione delle norme di legge in materia di pubblicità e televendite.

Non vi è, poi, esorbitanza dai predetti poteri regolamentari, di attuazione di leggi, dell' Autorità, perché i primi tre commi dell'art. 5 *bis* ribadiscono e specificano le disposizioni già contenute nell' art. 10, comma 4, del D.M. n. 581/93, recante il Regolamento in materia di sponsorizzazioni di programmi radiotelevisivi e di offerte al pubblico, mentre il quarto comma dell' art. 5 *bis* trova la propria fonte nell' art. 18, quarto comma, del d.lgs. n. 114/98.

Le disposizioni del primo comma dell' art. 5 *ter*, che tendono ad impedire telepromozioni pubblicitarie simulate da televendite o mescolate ad esse, mirano, a propria volta, ad assicurare l'effettiva osservanza delle norme sull' affollamento pubblicitario di cui all'art. 8,

comma 9 *ter*, della legge n. 223/90.

I commi 2 e 4 dell' art. 5 *ter* costituiscono norme di attuazione del d.lgs. n. 74/92, relativo alla pubblicità ingannevole, e dell'art. 121 t.u. n. 773/1931, che vieta il mestiere di ciarlatano. Il comma 5 dell'art. 5 *ter*, che prevede un obbligo di informativa nei messaggi pubblicitari relativi a numerazioni telefoniche per la fornitura di servizi a sovrapprezzo, costituisce attuazione della normativa che consente agli utenti di attuare, su propria richiesta, il blocco selettivo delle chiamate.

In tale ambito, le disposizioni, impugnate con il ricorso in esame, che limitano a determinate fasce orarie l'attività di televendita di servizi di astrologia, cartomanzia e pronostici e la pubblicità di tali servizi mediante sistemi di tipo interattivo audiotex e videotex (commi 3 e 6 dell' art. 5 *ter* del Regolamento, introdotto con la delibera impugnata), costituiscono ugualmente espressione della potestà regolamentare espressamente riconosciuta all'Autorità, completando le descritte altre disposizioni regolamentari, nonché specificando ed integrando la disciplina espressa dalle vigenti fonti normative di rango primario, mediante disposizioni munite di forza ed efficacia normativa, pur di carattere secondario, ed in grado, quindi, di innovare, entro i limiti

assegnati, il sistema giuridico vigente (fra le altre, cfr. Cass., Sez. Unite, 28 novembre 1994, n. 10124; Cass., 5 luglio 1999, n. 6933; Cass., 22 febbraio 2000, n. 1972).

In particolare, le disposizioni che hanno ristretto in determinate fasce orarie le televendite di servizi di astrologia, cartomanzia e pronostici e la telepromozione di servizi di tal genere attraverso numeri audiotex e videotex risultano conformi, quanto al terzo comma dell'art. 5 *ter*, all'art. 15, ottavo comma, della legge 6 agosto 1990, n. 223, che vieta in assoluto le trasmissioni "che possono nuocere allo sviluppo psichico o morale dei minori", ed all'art. 3, quarto comma, del d.l. 29 marzo 1995, n. 97, convertito con modificazioni dalla legge 30 maggio 1995, n. 203, che ha riservato la fascia oraria dalle ore 23,00 alle ore 7,00 per particolari trasmissioni televisive che possano incidere sulla sensibilità dei minori.

Al riguardo l'Autorità riferisce di aver ritenuto, a seguito di idonee attività istruttorie, che le televendite e pubblicità connesse all'occultismo possano incidere negativamente sulla sensibilità dei minori, alla pari delle opere e dei telefilm che contengano immagini di sesso e di violenza, come espressamente previsto dal citato art. 3,

quarto comma, del d.l. 97/95, e che per esse si imponga, pertanto, quale alternativa ad un divieto totale, lo stesso divieto di trasmissione nella fascia protetta.

Quanto al sesto comma dell' art. 5 *ter*, che vieta la pubblicità dei servizi di astrologia, cartomanzia e pronostici prestati in audiotex e videotel, il Collegio osserva che si tratta semplicemente della conferma, con riferimento alla telepromozione dei servizi in esame, della previsione di carattere generale già contenuta nell' art. 1, comma 26, della legge 23 dicembre 1994, n. 650, che pone un divieto assoluto per i servizi audiotex e videotex che presentino forme o contenuti di carattere erotico, pornografico o osceno; che vieta alle emittenti televisive o radiofoniche di propagandare servizi di tipo interattivo audiotex e videotel quali "linea diretta", "conversazione", "messaggerie vocali", "chat line", "one to one" ed "hot line" fra le ore 7 ,00 e le ore 24,00 e che fa, infine, divieto di propagandare servizi audiotex in programmi televisivi e pubblicazioni dedicati ai minori.

8. Verificata l'infondatezza del motivo di ricorso concernente la potestà normativa dell'Autorità resistente, che è stata, viceversa, munita di uno specifico potere regolamentare dalla legge istitutiva e che

risulta essersi limitata a dare attuazione alla disciplina di legge di riferimento, occorre esaminare le connesse censure, secondo cui l'esercizio del potere regolamentare avrebbe violato i canoni di ragionevolezza e proporzionalità dell'attività amministrativa, determinando una ingiustificata disparità di trattamento in danno dei ricorrenti.

Viene innanzitutto in rilievo la riconduzione, operata dall'Autorità, dei servizi in esame alla più generale categoria dei servizi già assoggettati, dalla vigente legislazione sopra individuata, a limitazioni orarie.

L'equiparazione delle diverse tipologie di servizio sopra esaminate sotto il profilo dell'impatto sociale del mezzo televisivo, ai fini dell'approntamento di tutele in favore dei minori e dei telespettatori psicologicamente più deboli, costituisce, peraltro, espressione di una valutazione di merito, sindacabile da questo Tribunale solo sotto il profilo della manifesta irragionevolezza o della evidente disparità di trattamento.

Al riguardo, dall'esame della documentazione istruttoria allegata al giudizio, secondo il Collegio l'operato dell'Autorità resistente si

palesa non irragionevole, sotto il profilo delle esigenze di tutela dei minori e delle fasce di utenti più deboli di fronte alle eventuali speculazioni commerciali favorite dal potere altamente suggestivo del mezzo televisivo, e pertanto non sindacabile in questa sede.

Dalla predetta documentazione emerge, infatti, il concreto ed imminente rischio che la sensibilità ed il processo di maturazione dei minori (ancora privi di una autonoma capacità di valutazione e di discernimento) possa essere negativamente influenzata dalla continua presenza di maghi, astrologi, chiromanti e cartomanti che, con la forza suggestiva del video, inducano a credere, senza nessuna evidenza logica e razionale, che si possa acquistare la fortuna o si possa predire il futuro attraverso i servizi offerti, a pagamento, via etere.

A tale ultimo riguardo, appare altresì utile, a giudizio del Collegio, sottolineare, da un lato, la sostanziale omogeneità dei servizi accumulati dall'impugnata riforma regolamentare e, dall'altro, la loro ontologica diversità –anche quando si tratta di pronostici– dai giochi di sorte, (lotto, enalotto, superenalotto, totocalcio e simili) consentiti e regolamentati dalla legge dello Stato al fine di assicurare entrate al pubblico erario. Quelle in esame sono, infatti, attività che concernono

non una consapevole pattuizione, riguardante una vicenda (il gioco con estrazione a sorte) dichiaratamente aleatoria, bensì, l'offerta di tecniche e metodologie dichiaratamente volte a conoscere e guidare il futuro in favore del cliente, che potrebbe in tal modo "comprare" la propria fortuna futura, eliminando o quanto meno a riducendo, senza alcuna evidenza di fondamento scientifico, l'incertezza, e quindi l'angoscia, inscindibilmente connessa alla capacità di autodeterminazione propria dell'essere umano.

Sotto tale profilo, occorre ribadire, il collegamento con il lotto e gli altri giochi di sorte appare del tutto episodico e casuale, mentre un eventuale e non dimostrato effetto di induzione ad effettuare giocate, a beneficio del pubblico erario, assumerebbe, comunque, un mero rilievo di fatto, del tutto irrilevante ai fini della definizione del regime giuridico del servizio in esame in conformità alla vigente disciplina di tutela dei telespettatori, in particolare di quelli psicologicamente più deboli o meno maturi. E' appena il caso di ricordare, poi, che identiche considerazioni valgono per le paventate ricadute occupazionali della nuova disciplina, oltretutto niente affatto dimostrate e concernenti, per la maggior parte, rapporti di lavoro del tutto precari, e quindi privi di

ogni garanzia di stabilità per il futuro, degli addetti ai call-center e degli altri operatori del settore.

9. Parte ricorrente sostiene l'illegittimità dell'equiparazione in esame anche sotto il profilo della violazione dei decreti del 28 febbraio 1996 e del 26 maggio 1998 del Ministro delle poste e telecomunicazioni, che avrebbero individuato i servizi audiotex di particolare utilità, inserendovi anche i servizi di astrologia, di cartomanzia e relativi a pronostici concernenti il gioco del lotto, enalotto, superenalotto, totocalcio, totogol, totip e lotterie nazionali.

In verità, alla luce delle precedenti osservazioni circa l'attribuzione ex lege di un espresso potere normativo all'Autorità resistente, ai predetti decreti ministeriali, peraltro confliggenti con l'indicata normativa primaria, non può essere attribuita alcuna rilevanza, dovendosi ritenere che siano stati abrogati dalle nuove disposizioni regolamentari impugnate, secondo l'ordinario criterio della successione nel tempo di norme di pari grado incompatibili, ovvero derogati e privati d'efficacia relativamente alla fattispecie considerata, ove si ritenga di dover fare ricorso ad un criterio di specialità quanto alle materie specificamente assegnate all'Autorità garante.

10. Ancora sulla stessa linea, con il ricorso si contesta la indebita limitazione della nuova disciplina restrittiva al solo mezzo televisivo, che genererebbe effetti discriminatori e distorsivi del mercato pubblicitario, in danno dei ricorrenti, nei confronti degli altri mezzi di comunicazione.

Anche tale censura non ha pregio.

Le limitazioni in esame riguardano, infatti, solo gli orari di trasmissione televisiva dei servizi e delle pubblicità legate all'occulto, senza quindi precludere né l'esercizio delle medesime attività commerciali mediante altri mezzi, né l'utilizzo delle emittenti televisive ad altri fini, informativi o commerciali. L'applicazione della nuova disciplina alle sole trasmissioni televisive risponde, altresì, alle maggiori esigenze di tutela, in particolare dei minori, connesse al potere altamente suggestivo del mezzo televisivo, in grado di far irruzione nelle case e di catturare l'attenzione dei loro abitanti di ogni età in qualsiasi ora del giorno e della notte, ciò che, evidentemente, non accade per la carta stampata, che occorre volontariamente andare ad acquistare, e che accade in misura molto minore con radio ed internet, per i limiti intrinseci a tali mezzi.

11. Vengono, poi, in rilievo le censure che fanno riferimento all'affermata confliggenza con la preesistente disciplina legislativa e regolamentare delle medesime fattispecie, poste a tutela delle stesse finalità pubblicistiche. Tali censure sono in parte inammissibili, in quanto volte a sindacare scelte di merito dell'Autorità sotto il profilo dell'opportunità di approntare nuove o più specifiche tutele dei telespettatori, ed in parte infondate in punto di fatto, in quanto riferite, in realtà, a normative aventi oggetto e finalità diverse dalla disciplina qui in esame, mirando a reprimere singoli abusi anziché a tutelare in via generale gli utenti, con particolare riguardo alle fasce psicologicamente più deboli.

12. Precisamente, il sopravvenuto art. 7, comma 5, della legge n. 112/2004, affida al Ministro delle Comunicazioni, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze e sentite le competenti Commissioni parlamentari, solo l'adozione di un regolamento concernente una fattispecie del tutto particolare, niente affatto coincidente con quella in esame, ovvero la revoca di contributi, provvidenze e incentivi per le emittenti che diffondono messaggi pubblicitari ingannevoli, abusando delle credulità popolare.

E', infatti, evidente che tale regolamento, pur potendo prendere in esame lo stesso fenomeno della trasmissione di televendite e di spot di televendite di servizi di astrologia, cartomanzia e pronostici, ha oggetto e contenuti diversi, in quanto concerne solo la specifica materia della pubblicità ingannevole, già disciplinata dal d.lgs. 74/92 e rimessa alla competenza dell' Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, e non la più generale disciplina della pubblicità e delle televendite rimessa all' Autorità garante per le comunicazioni, collegandovi, inoltre, solo uno specifico possibile intervento, consistente nella revoca degli eventuali contributi, provvidenze ed incentivi.

Pertanto l'art. 7, quinto comma, della legge n. 112/04, quale norma speciale successiva concernente una materia non coincidente, non ha né abrogato l'art. 1, comma 6, lett. b, n. 5, della legge n. 249/97, né inibito all'Autorità garante la possibilità di adottare disposizioni in tema di pubblicità ingannevole, fatta salva la regolamentazione della revoca dei contributi eventualmente concessi, comunque già spettante, per principio generale, non all'Autorità resistente ma all'Amministrazione concedente il contributo.

13. Anche l'art. 1, comma 26, della legge n. 650/1996 ed il

decreto del Ministro delle poste e telecomunicazioni 13 luglio 1995, n. 385, avevano già disciplinato i servizi audiotex e videotel in modo parzialmente divergente dal provvedimento in esame, solo in quanto preordinati a finalità pubblicistiche in parte diverse e quindi non sovrapponibili, anticipando una serie di disposizioni volte a tutelare i minori ed a vietare la diffusione di informazioni o servizi volgari, indecenti, offensivi della dignità della persona o discriminatori, o pericolosi per la sicurezza e la salute (artt. 4 e 6 del regolamento citato), ma restando sul piano dei contenuti dello specifico servizio, mediante il divieto della fornitura di informazioni o prestazioni errate, inesistenti o non rispondenti alla realtà, o contenenti omissioni, ambiguità o esagerazioni (art. 3 del medesimo regolamento), senza occuparsi dell'impatto dell'indiscriminata offerta televisiva di tali servizi sugli utenti psicologicamente più deboli e, in particolare, dei minori.

14. Non pertinente è, infine, il richiamo alla direttiva comunitaria 98/10/CE, che concerne una fattispecie del tutto diversa, in quanto garantisce il diritto dei fornitori di servizi liberalizzati di avvalersi anche della rete telefonica pubblica, al fine di evitare indebite limitazioni alla libertà di iniziativa economica derivanti da eventuali

assetto non concorrenziali della stessa rete, ferma restando la soggezione degli stessi fornitori alla disciplina generale in materia di telefonia pubblica.

15. Parte ricorrente argomenta la sussistenza di un vizio di eccesso di potere per violazione dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità anche con riguardo alla ingiustificata compressione dei principi costituzionali di libertà di manifestazione del pensiero e di iniziativa economica privata e della connessa riserva di legge.

16. A giudizio del Collegio, nessun pregio ha il richiamo ad una pretesa violazione e falsa applicazione del principio costituzionale di libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 della Costituzione, in quanto la fattispecie in esame non incide in alcun modo sui contenuti dei programmi che le emittenti televisive intendono mandare in onda (che restano del tutto estranei alla disciplina impugnata) e, quindi, sulla libertà di manifestazione del pensiero garantita dal citato art. 21 della Costituzione, limitandosi la delibera gravata a disciplinare le modalità, ed in particolare gli orari, dell'attività commerciale di televendita e di telepromozione di determinati servizi offerti al pubblico televisivo, ferma restando la possibilità, per le

emittenti locali, di affrontare in ogni momento della giornata il tema dell'occultismo mediante la messa in onda di programmi informativi, entro i soli limiti normativi volti a sanzionare, in via penale ed amministrativa, l'abuso della credulità popolare ed il mestiere di ciarlatano.

17. Il Collegio osserva che la delibera impugnata sembra che comporti, una limitazione della libertà di impresa sancita dall'art. 41 della Costituzione, confinando in determinate fasce orarie la possibilità di svolgere particolari attività commerciali mediante la messa in onda di programmi di televendita e di pubblicità e telepromozioni aventi ad oggetto servizi di astrologia, cartomanzia, pronostici ed assimilabili.

Si tratta, peraltro, secondo quanto emerge dalla documentazione allegata in giudizio dall'Autorità, di una limitazione delle attività economiche tendente a salvaguardare preminenti valori ed interessi della persona, con particolare riguardo alle persone più deboli, quali i minori, nell'ambito della indifferenziata categoria dei telespettatori, contro la diffusione della creduloneria, della superstizione e dell'illusione di vincite e guadagni "facili" realizzati attraverso il gioco.

A giudizio del Collegio, non appare manifestamente irragionevole

la conclusione istruttoria, posta dall' Autorità resistente a fondamento del proprio operato, che la libera fruizione dei servizi e della pubblicità in esame da parte di una platea indifferenziata, comprendente soggetti psicologicamente deboli o immaturi quali i minori, tramite un mezzo di comunicazione altamente suggestivo quale la televisione, possa recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana degli stessi soggetti, ovvero ai valori espressamente garantiti dall'art. 41, secondo comma, della Costituzione quale limite invalicabile alla libertà di iniziativa economica privata.

Il medesimo art. 41 Cost. precisa, infatti, che "l'iniziativa economica privata... non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da arrecare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana", delegando alla legge la possibilità di porre i conseguenti limiti al suo svolgimento.

Le limitazioni in parola concernono, a propria volta, non l'esercizio in assoluto di un'attività economica rimessa alla libera iniziativa imprenditoriale, bensì solo l'utilizzo, ai medesimi fini commerciali, del mezzo televisivo in determinate fasce orarie, in conformità alla vigente legislazione, che disciplina simili utilizzazioni a

tutela dei preminenti interessi pubblici concernenti la libertà e dignità della persona umana e la sicurezza sociale, attribuendo inoltre all'Autorità indipendente di settore una specifica potestà regolamentare attuativa.

Neppure risultano fondate le connesse censure, volte a far valere una pretesa violazione, da parte dell'Autorità, del necessario nesso di proporzionalità e del principio della parità di trattamento, in quanto, come si è precedentemente chiarito, la conseguente limitazione a determinate fasce orarie della messa in onda dei servizi e delle pubblicità in esame non risulta manifestamente illogica, discriminatoria o sproporzionata, rispetto alle preminenti finalità d'interesse pubblico affidate dalla legge al potere regolamentare della resistente Autorità;

Del resto, osserva il Collegio, nel vigente Ordinamento è pacificamente riconosciuta la legittimità di analoghe o più restrittive limitazioni, a tutela della dignità e libertà della persona e della fede pubblica, allo svolgimento ed alla pubblicità delle prestazioni connesse all'esercizio delle libere professioni, come quella medica, che pure sono state ricondotte, dal diritto comunitario e dalla stessa Autorità Antitrust, alle comuni attività imprenditoriali sotto il profilo economico.

18. Conclusivamente, alla luce delle pregresse considerazioni circa la sussistenza di un potere normativo dell'Autorità resistente, di un idoneo quadro normativo di riferimento di rango legislativo e di una preminente ragione di interesse pubblico, perseguita in modo non palesemente irragionevole e non manifestamente ingiusto, occorre concludere per la infondatezza delle censure in esame.

19. La reiezione di tutte le censure di carattere sostanziale impone di passare all'esame dei motivi di ricorso volti a far valere vizi procedurali o formali.

Le numerose censure concernenti la violazione dei principi di trasparenza e di partecipazione degli operatori interessati nell'iter seguito dalla resistente Autorità si rivelano non fondate, in fatto ed in diritto.

In punto di diritto, in primo luogo, vengono invocate disposizioni normative, contenenti oneri procedimentali non applicabili, in realtà, alla specifica potestà normativa attivata dall'Autorità.

In particolare, premessa la non applicabilità delle disposizioni della legge n. 241/1990 in tema di trasparenza, motivazione degli atti e partecipazione al procedimento, trattandosi dell'adozione di un atto

avente natura regolamentare, analoghe considerazioni valgono per la dedotta violazione e falsa applicazione delle norme istitutive ed organizzative dell'Autorità, che prevedono consultazioni facoltative e consultazioni pubbliche nell'ambito di ricerche ed indagini conoscitive, al fine di acquisire elementi di informazione e documentazione nell'ambito di attività conoscitive ritenute necessarie per l'assolvimento dei compiti propri degli Uffici.

Non sono, inoltre, applicabili nel caso di specie le disposizioni di cui agli artt. 7, 9 e 13 del d.lgs. 259/03, recante il Codice delle Comunicazioni Elettroniche, essendo stato l'intero settore della regolamentazione dei programmi audiovisivi escluso dall'applicazione delle sue disposizioni.

Anche la specifica disciplina dell'art. 13 del Codice, che impone lo svolgimento dell'analisi di impatto della regolamentazione (prevista dall'ottavo comma), trova applicazione solo per i casi di cui al secondo comma, ovvero solo per la regolamentazione tecnologica delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica.

20. A giudizio del Collegio, peraltro, indipendentemente dall'applicabilità delle specifiche disposizioni invocate da Parte

ricorrente, è ben difficile sostenere che l'Autorità resistente possa svincolarsi dagli oneri di trasparenza dell'attività amministrativa e di partecipazione al procedimento amministrativo che pervadono in via generale l'intero Ordinamento giuridico italiano, e che devono, pertanto, trovare immediata applicazione all'Autorità indipendente in esame, in relazione ai precipui compiti di regolazione e garanzia previsti dalla legge istitutiva ed al richiamo del regolamento di organizzazione ai medesimi principi di trasparenza e partecipazione, anche ove la propria attività conduca all'adozione di atti aventi natura generale o regolamentare.

Al riguardo acquista tuttavia un rilievo determinante l'infondatezza in fatto della censura in esame, in quanto dalla documentazione acquisita in atti risulta che la delibera impugnata è stata preceduta da un idoneo procedimento istruttorio, cui sono stati invitati a partecipare tutti gli operatori interessati.

Con la relazione ottenuta dal Tribunale in sede istruttoria, l'Autorità resistente riferisce, in particolare, di avere avviato, con delibera n. *108/021CSP* del 21 maggio 2002, una consultazione pubblica in materia di televendite per acquisire elementi informativi e

documentali sulle prassi diffuse nel settore e per adottare i provvedimenti che si fossero rivelati opportuni per meglio disciplinare la materia.

L'Autorità ha, quindi, ricevuto sei contributi da parte dei soggetti interessati, ivi incluso quello espresso dall'unica vera e propria emittente di televendita che ha partecipato alla consultazione, giungendo per tale via alle considerazioni sopra riportate, anche quanto alla necessità di estendere la disciplina alle attività promozionali e pubblicitarie dei medesimi servizi ed alla loro erogazione mediante numerazioni telefoniche a tariffa differenziata.

Solo all' esito della consultazione, con l'impugnata delibera n. 34/05/CSP dell'8 marzo 2005 l'Autorità ha modificato il proprio regolamento in materia di pubblicità radiotelevisiva e televendite emanato con delibera n. 538/01/CSP, inserendovi le disposizioni impuginate con il ricorso in esame.

A fronte della corretta documentazione e verbalizzazione della predetta istruttoria pubblica, aperta alla partecipazione di tutti gli operatori interessati, non possono assumere rilievo decisivo né la considerazione, meramente formale, relativa alla mancata menzione in

premesse alla delibera impugnata, né la valutazione del periodo di tempo decorso dalla conclusione dell'istruttoria, in quanto non sorretta da alcuna specifica doglianza di Parte ricorrente volta a contestare l'attualità delle conclusioni istruttorie rispetto ad eventuali sopravvenienze temporali.

21. Sulla base delle pregresse considerazioni, il ricorso in epigrafe deve essere respinto, in quanto tutte le censure dedotte risultano non fondate.

Sussistono, tuttavia, giustificati motivi per compensare fra le parti le spese di giudizio.

P. Q. M.

Il T.A.R. del Lazio, (Sez. II), definitivamente decidendo sul ricorso n. 4819/2005 proposto da *soc. Radio Telemolise* come in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 9 novembre 2005 dal T.A.R. del Lazio, Sez. II, in camera di consiglio, con l'intervento dei Signori:

- DOMENICO LA MEDICA Presidente

- ROBERTO CAPUZZI Consigliere relatore

- RAFFAELLO SESTINI Primo Ref.

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE