

LEGGE GASPARRI E CORTE COSTITUZIONALE (*)

Sommario: 1. Cronaca di una legge annunciata. Dalla presentazione del d.d.l. all'emendamento Giulietti. - 2. Segue. La prima approvazione delle Camere e il rinvio presidenziale. - 3. Segue. Il d.l. n. 352/2003, le osservazioni dell'AGCom e dell'Antitrust e l'approvazione definitiva della legge. - 4. La «definitività e ineludibilità» del termine del 31 dicembre 2003, secondo la sentenza n. 466/2002. - 5. Le due letture del messaggio presidenziale e la scelta del Governo in violazione della sentenza n. 466/2002. - 6. L'illegittimità del prolungamento della fase transitoria dell'analogico terrestre. Il cd. «giudicato costituzionale». - 7. Segue. Le sentenze d'incostituzionalità «prive di rilevanza» nel giudizio a quo. - 8. Ulteriori profili d'illegittimità costituzionale della fase d'avvio delle trasmissioni in digitale terrestre come espediente per l'ulteriore prolungamento della fase transitoria dell'analogico terrestre.

1. Cronaca di una «legge annunciata». Dalla presentazione del d.d.l. all'emendamento Giulietti

«*Cronaca di una morte annunciata*» è, come tutti sanno, il titolo di un racconto di Gabriel García Márquez. Questo titolo è già stato utilizzato, in dottrina, proprio in materia televisiva, per esprimere, icasticamente, il senso della sentenza n. 826/1988 della Corte costituzionale, la quale, pur evidenziando a chiare lettere i vizi di legittimità costituzionale che inficiavano il d.l. n. 807/1984 - meglio conosciuto come il II decreto Berlusconi -, non ne pronunciò l'incostituzionalità, poiché la Corte ritenne che tale decreto avesse «natura chiaramente provvisoria». Ebbene, in quell'occasione si parlò appunto di «*una incostituzionalità annunciata (ma non ...dichiarata)*»⁽¹⁾.

Il titolo del bel racconto di García Márquez mi è tornato alla mente ordinando le idee per questo mio contributo. Mi è parso, infatti, che anche a proposito della legge Gasparri (l. 3 maggio 2004, n. 112) si possa ripetere che la sua approvazione - nella misura in cui essa perseguiva il mantenimento dello *status quo* televisivo (e

(*) Relazione introduttiva all'Incontro di studi su «*Il sistema radiotelevisivo italiano e la legalità europea*», tenuto a Napoli il 2 luglio 2004, organizzato dall'ELSA, dalla Regione Campania e dall'Università "Federico II".

(1) **R. Borrello**, *Cronaca di una incostituzionalità annunciata (ma non ...dichiarata)*, in *Giur. cost.*, 1988, parte I, p. 3950 ss.

quindi anche la prosecuzione dell'operatività di *Retequattro* in tecnica analogica)⁽²⁾ - appariva già ineluttabile, e pertanto poteva dirsi «annunciata» come tale, sin dalla presentazione del relativo d.d.l. alla Camera dei deputati, avvenuta il 25 settembre 2002.

Già nella stesura iniziale, il Governo aveva infatti mostrato, col d.d.l. n. 3184, di non voler tener in alcun conto né i numerosi richiami informali del Capo dello Stato, dei primi mesi del 2002, in favore del pluralismo nei *mass media*⁽³⁾, né il successivo messaggio rivolto alle Camere in data 23 luglio 2002 in materia di pluralismo e di imparzialità dell'informazione⁽⁴⁾.

La determinazione del Governo non era stata poi minimamente scalfita dalla pubblicazione della sentenza 20 novembre 2002, n. 466, nella quale la Corte costituzionale aveva esplicitamente ritenuto non rilevante (n. 5, *cons. in dir.*) il d.l. 23 gennaio 2001, n. 5, conv. nella l. 20 marzo 2001, n. 66 per la soluzione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 7, l. 31 luglio 1997, n. 349, con ciò volendo affermare che l'introduzione del sistema trasmissivo in digitale terrestre non esplicava di per sé alcun effetto significativo sull'assetto duopolistico delle trasmissioni in analogico terrestre. Una commistione, quella dell'«attuale» analogico col «futuro» digitale, sulla quale, come è noto, si basava il d.d.l. n. 3184

⁽²⁾ Significative in proposito sono le parole del Presidente del Gruppo Mediaset, F. Confalonieri, il quale, nell'introdurre un incontro svolto a Orvieto il 16 aprile 2004, dedicato al mutato rapporto tra televisione e spettatore, così si è espresso: «Ciò che si legge sul digitale, purtroppo, è frutto del dibattito politico che in Italia è quello che è; e così, l'investimento di Mediaset nel digitale è stato presentato come un *escamotage* per tenere una rete in più - *Retequattro* - e non come un fiore all'occhiello; fiore di cui, tra l'altro, poteva farsi vanto il precedente Governo perché il digitale terrestre è stato lanciato dal Governo di centrosinistra...», con il che Confalonieri non fa altro, che qualificare - freudianamente - la legge Gasparri come ... un investimento di Mediaset nel digitale. (La presentazione e le relazioni svolte in tale incontro sono pubblicate in una autonoma *brochure* distribuita insieme con *Prima comunicazione*, n. 341, giugno 2004).

⁽³⁾ V. gli interventi del Presidente Ciampi in occasione della visita alla sede del quotidiano «*Il secolo XIX*» di Genova (8 febbraio 2002), dell'incontro con la direzione e con i redattori del quotidiano «*Il Tirreno*» di Livorno (15 febbraio 2002), degli incontri istituzionali con le autorità, a Padova (19 marzo 2002) e a Campobasso (25 marzo 2002), dell'incontro con la direzione de «*Il mattino*» di Napoli in occasione dell'inaugurazione della nuova linea metropolitana (27 marzo 2002), della cerimonia di consegna, al Quirinale, dei diplomi di prima classe con medaglia d'oro ai benemeriti della cultura e dell'arte (19 aprile 2002), dell'incontro con la direzione e con la redazione del quotidiano «*Il messaggero veneto*» di Udine (3 maggio 2002).

A tutti questi interventi, ancorché spesso assai brevi o puramente incidentali, la stampa quotidiana del giorno successivo dette grande spazio.

⁽⁴⁾ Il messaggio presidenziale può leggersi in *Giur. cost.*, 2002, p. 2333 ss.

Atti Cam. (e si basa la l. n. 112/2004) al dichiarato scopo di prorogare nel tempo lo *status quo*.

Tanto meno, poi, il Governo aveva ritenuto di prendere in considerazione le perplessità sollevate dal Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (o AGCom), nell'audizione del 12 dicembre 2002 davanti alle Commissioni riunite VII e IX della Camera dei deputati⁽⁵⁾, e quelle, ancor più radicali, espresse dal Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (o Antitrust), il 19 dicembre 2002 in un'apposita segnalazione ai Presidenti delle Camere, al Presidente del Consiglio e al Ministro delle Comunicazioni ai sensi dell'art. 22 l. n. 287/1990⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Il Presidente dell'AGCom, Enzo Cheli, esaminò, nella sua audizione, tanto il d.d.l. 3184 (Gasparri) quanto il d.d.l. n. 3286 (Maccanico). Con riferimento al primo il Presidente dell'AGCom, innanzi tutto sottolineò, richiamando la sent. n. 466/2002, che «il digitale costituisce ancora il futuro e non il presente», laddove il d.d.l. n. 3184 dedicherebbe «molta attenzione alla possibilità offerte da questa nuova tecnologia».

Sottolineò poi l'arbitrarietà con la quale erano state incluse nel SIC «settori diversi, non sempre facilmente quantificabili nella loro dimensione economica» nonché settori, quali l'editoria libraria e l'industria fonografica, «non riconducibili ai tradizionali mezzi di comunicazione» e per i quali «non vige alcuna soglia per la raccolta di risorse economiche», laddove erano state invece escluse altre voci, in settori collegati (come la telefonia). Sottolineò che i limiti per l'editoria erano rimasti immutati, con conseguente possibile squilibrio tra i due media, all'atto della realizzazione di eventuali incroci. Il Presidente dell'AGCom evidenziò inoltre l'opportunità che, nel corso della fase transitoria, fossero lasciati in vigore i limiti specifici relativi ai singoli mercati che compongono il SIC.

Quanto al servizio pubblico radiotelevisivo il Presidente dell'AGCom rilevò la necessità - già prospettata dal Presidente della Repubblica nel messaggio del 23 luglio 2002 - di «rivedere la disciplina della concessionaria pubblica alla luce del sistema politico maggioritario al quale l'attuale normativa non risulta più adeguata»; conseguentemente riteneva condivisibile l'esigenza di coinvolgere la Commissione parlamentare di vigilanza nelle procedure di nomina del Consiglio d'amministrazione della concessionaria. Esprimeva poi perplessità sulla scelta della privatizzazione nel momento cruciale del passaggio dell'analogico al digitale terrestre. Per altro verso manifestava dubbi sulla soluzione della privatizzazione, per la quale occorrerebbe «maggiore certezza sulle diverse fasi di svolgimento del processo nonché sul termine per la sua conclusione» e sulla «sulla reale efficacia della soluzione della public company (con una limitazione del possesso azionario dell'1% delle azioni) rispetto all'esigenza di garantire l'assenza di controlli o influenze politiche, anche solo indirette».

⁽⁶⁾ Il Presidente dell'Antitrust, Giuseppe Tesoro, lamentò il vantaggio concorrenziale degli *incumbents* rispetto ai *new entrants* per quanto riguarda l'utilizzazione delle frequenze occupate di fatto (art. 21, comma 1, d.d.l.) e la violazione delle direttive comunitarie (art. 9 dir. «quadro», 2002/21, CE e art. 7 dir. «autorizzazioni» 2002/20/CE) quanto al rispetto dei rigorosi criteri, da esse disposti, per l'assegnazione e l'uso delle risorse frequenziali; sottolineò la natura assai poco realistica della fissazione del 1° gennaio 2006, come data prevista per il definitivo passaggio delle trasmissioni televisive dalla tecnica analogica a quella digitale, con conseguente irrazionalità della proroga, fino a tale definitivo passaggio, dell'utilizzo, da parte di Retequattro, di impianti trasmissivi in analogico terrestre (art. 22, comma 6, d.d.l.).

Il prof. Tesoro denunciò inoltre l'irrazionalità dell'inclusione nel SIC di mercati così distanti tra loro, da apparire privi di giustificazioni economiche, ritenendo oltre tutto difficile ipotizzare forme di collegamenti concorrenziali tra prodotti e servizi di natura così diversa, quali le sponsorizzazioni televisive e la vendita di prodotti musicali (art. 13 d.d.l.); sottolineò la disparità di trattamento a danno delle imprese che avessero, nel settore delle telecomunicazioni, un ricavo superiore al 40 %: per le quali non sarebbe stato consentito, per il tramite di imprese da esse controllate, un ricavo maggiore del 10 % del SIC (anziché il 20% come gli altri) (art. 13 d.d.l.); denunciò l'assenza di un limite, a tutela della concorrenza, per ciò che attiene agli operatori di rete, paventando che gli attuali duopolisti, nonostante il limite del 20 % sulla fornitura di contenuti televisivi, avrebbero potuto controllare la futura evoluzione della struttura competitiva del settore (art. 12), conseguentemente auspicando che lo stesso limite del 20 % fosse esteso agli operatori di rete; evidenziò il pericolo dell'assenza di un limite alla raccolta delle concessionarie di pubblicità, con conseguente forte dipendenza dei fornitori di contenuti dai maggiori operatori che controllano in proprio delle

Né le cose cambiarono dopo l'inaspettata approvazione, alla Camera, dell'emendamento Giulietti al cruciale art. 15 del d.d.l.⁽⁷⁾. La determinazione della maggioranza di ribaltare in Senato l'esito della votazione della Camera del 3 aprile 2003 fu subito esplicitata da parlamentari del centrodestra. Pur dopo il voto contrario della Camera, era perciò facile prevedere che la soluzione finale sarebbe stata quella «annunciata», nonostante il motivato avviso contrario convergentemente espresso dal Capo dello Stato, dalla Corte costituzionale, dall'AGCom e dall'Antitrust. E ciò, alla luce di tre ragioni esposte in un articolo sul quotidiano *Europa* del 29 giugno 2003⁽⁸⁾, che qui mi permetto di ricordare.

In primo luogo, la maggioranza di governo - con la legge sulle rogatorie internazionali, con la legge sul falso in bilancio, con quella sul legittimo sospetto (cd. legge Cirami) e con quella sull'immunità processuale del Presidente del Consiglio dei Ministri e delle altre quattro alte cariche (cd. lodo Schifani) - aveva già ampiamente

concessionarie di pubblicità; prospettò il pericolo per un ulteriore riduzione della concorrenza e del pluralismo dell'informazione conseguente all'eliminazione dei limiti all'integrazione tra editoria e televisione, auspicando perciò il mantenimento di limiti alla detenzione di partecipazioni azionarie incrociate.

Quanto alle proposte di modifica del servizio pubblico radiotelevisivo, il Presidente dell'AGCM sottolineò la riduzione della capacità competitiva della RAI conseguente agli ulteriori oneri su di essa gravante, la contraddittorietà della creazione di una società quotata in borsa, sottoposta a regole di *corporate governance* che non garantiscono un controllo stabile sul *management* da parte degli azionisti, con il perseguimento dei fini di servizio pubblico generale radiotelevisivo.

⁽⁷⁾ L'art. 15 del d.d.l. n. 3184 (*Divieto di posizioni dominanti*), risultante dall'approvazione dell'emendamento proposto dal dep. Giulietti (gruppo DS), era il seguente: «1. L'emittenza radiotelevisiva via etere terrestre in tecnica analogica è sottoposta alla disciplina sul divieto di posizioni dominanti di cui alla legge 31 luglio 1997, n. 249. All'articolo 2, comma 6, della medesima legge è soppresso il secondo periodo.

«All'articolo 2, comma 8, lettera d), della medesima legge le parole: «destinata al consumo delle famiglie» sono sostituite dalle seguenti: «destinata al consumo». In nessun caso un soggetto privato può essere destinatario di più di due concessioni televisive nazionali in tecnica analogica.

«2. Dalla data di completamento della transizione del sistema in tecnica analogica a quello in tecnica digitale uno stesso fornitore di contenuti, anche attraverso società controllanti, controllate o con esso collegate, ai sensi dell'articolo 2, commi 17 e 18, della legge 31 luglio 1997, n. 249, non può essere titolare di licenze che consentano di diffondere più del 15 per cento del totale dei programmi televisivi irradiati su radiofrequenze terrestri in tecnica digitale in ambito nazionale. Ai fini della individuazione di posizioni dominanti e di posizioni di controllo si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla legge 31 luglio 1997, n. 249, e successive modificazioni.

«3. I destinatari di concessioni televisive nazionali che controllano una quota pari al 20 per cento o superiore delle risorse economico-finanziarie del settore televisivo via etere terrestre in tecnica analogica non possono controllare, direttamente o indirettamente, quotidiani ed emittenti radiofoniche.

«4. Le concessionarie di pubblicità che raccolgono pubblicità per non più di due emittenti televisive nazionali in tecnica analogica ovvero per emittenti in tecnica digitale che non superino il 20 per cento dei proventi come descritti all'articolo 2, comma 8, lettera a), secondo periodo, della legge 31 luglio 1997 n. 249, possono raccogliere pubblicità anche per emittenti radiotelevisive locali di cui non siano controllanti, da cui non siano controllate o con esse collegate, ai sensi dell'articolo 2, commi 17 e 18, della legge 31 luglio 1997, n. 249».

⁽⁸⁾ A. Pace, *Il pluralismo televisivo in Italia è un ossimoro*, in *Europa*, 29 giugno 2003, p. 1.

dimostrato di avere una scarsissima sensibilità costituzionale, e quindi mi sembrava inutile sperare che essa avrebbe rispettato la sentenza n. 466/2002.

In secondo luogo, il pregiudizio economico derivante al gruppo mediatico del Presidente del Consiglio dall'eventuale trasferimento di *Retequattro* sul satellite, in adempimento del disposto della sentenza n. 466 della Corte, era troppo ingente (il fatturato *Retequattro*, nel 2002, era ammontato a 353 milioni di euro), per non ipotizzare che in Senato la maggioranza avrebbe fatto di tutto per approvare i limiti di cumulo dei programmi radiotelevisivi nella loro formulazione originaria, consentendo così a Mediaset di continuare ad operare in tecnica analogica con tutte e tre le sue reti televisive nazionali.

Infine c'era una ragione squisitamente politica. Secondo i dati del 36° Rapporto Censis, relativi al 2002, diffusi pochi mesi prima, almeno otto milioni di cittadini italiani (e cioè circa il 20 per cento di potenziali elettori) dovevano ritenersi «completamente dipendenti dalla televisione dal punto di vista comunicativo». Di qui la seguente ovvia conseguenza: se nel 1995 due tecnici di valore, quali Livolsi e Volli, avevano valutato in una misura oscillante tra il 5 e il 10 per cento il condizionamento del voto popolare da parte dei *media* televisivi⁽⁹⁾, e se con l'introduzione dell'attuale sistema elettorale tendenzialmente maggioritario, la capacità di condizionamento anche del solo 5 per cento rappresenta un fattore decisivo per il successo elettorale, era (ed è) evidente l'importanza politica ed elettorale di avere tre, anziché due, reti televisive nazionali per poter tentare di condizionare il voto di quel 20 per cento di elettori integralmente teledipendenti⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Ebbe a ricordarlo e sottolinearlo L. **Paladin**, *Quale pluralismo televisivo dopo le sentenze della Corte costituzionale?* In **AA.VV.**, *La comunicazione del futuro e i diritti delle persone*, Atti dell'incontro di studio del 16 marzo 1999, a cura di L. Carlassare, Cedam, Padova, 2000, p. 17. Paladin si chiedeva, in quel suo intervento: «Fino a che punto contano i media televisivi nel condizionare il voto? Reggono ancora i calcoli di Livolsi e Volli, che nel 1995 valutavano tale incidenza in una misura oscillante tra il 5 e il 10 %?».

⁽¹⁰⁾ E' nota la duplice l'obiezione, generalmente rivolta ai difensori della cd. *par condicio* televisiva (nei periodi elettorali): da un lato, tale disciplina non terrebbe conto della maturità dell'elettore medio italiano, dall'altro essa conterrebbe «una svalutazione e dell'uguaglianza e della dignità della persona» (per tutti, in questo senso, v. S. **Niccolai**, *Una critica alla par condicio*, in **AA.VV.**, *Par condicio e Costituzione*, a cura di F. Modugno, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 342, 349: «E' la stessa idea di chi ha sostenuto (...) che Tizio ha vinto le elezioni perch' ha le televisioni»).

Ebbene tale obiezione è stata, una volta per tutte, destituita di fondamento proprio dal *leader* politico il cui partito e il cui gruppo televisivo hanno sempre sostenuto l'anzidetta obiezione. Ciò è avvenuto l'11 luglio 2004 quando - come ha riportato tutta la stampa quotidiana del giorno successivo - l'on. Silvio Berlusconi ha minacciato un suo alleato di governo, e cioè il segretario dell'UDC on. Marco Follini, di «scatenargli contro» le «sue televisioni», qualora questi non avesse desistito dalle critiche rivolte ai metodi e ai contenuti della politica del II governo Berlusconi. Assai

2. *Segue. La prima approvazione delle Camere e il rinvio presidenziale.*

Le vicende successive, e cioè le votazioni del Senato del 22 luglio 2003 e della Camera del 2 ottobre 2003, confermarono l'ineluttabilità della prosecuzione dell'operatività di Retequattro e del mantenimento dello *status quo*.

A nulla infatti servirono gli ulteriori, e ancor più dettagliati, interventi critici del Presidente dell'AGCom⁽¹¹⁾ e del Presidente dell'Antitrust⁽¹²⁾ nelle audizioni del 10 settembre 2003. Unica novità di un certo rilievo, in tale ottica, fu la modifica dell'art. 15, comma 1, e il conseguente spostamento «all'atto della completa attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze radiofoniche e

significativo, per quanto sopra detto, è poi che l'on. Berlusconi rimproverasse, tra l'altro, all'on. Follini di essersi opposto, prima delle elezioni europee ed amministrative del 12 e 13 giugno 2004, all'abrogazione della l. 22 febbraio 2000, n. 28 (sulla *par condicio*): mancata abrogazione alla quale Berlusconi addebitava l'insuccesso del centro-destra in entrambe tali tornate elettorali. In particolare v. **M. Tito**, *E il premier sparò sull'alleato: «Ti scatenò contro le mie TV»*, ne *La Repubblica*, 12 luglio 2004, pp. 1 e 3.

⁽¹¹⁾ Nell'audizione del 10 settembre 2003 il Presidente dell'AGCom, prof. Enzo Cheli, osservò, in primo luogo, come le nuove direttive comunitarie in materia di comunicazione elettronica, entrate in vigore il 25 luglio 2003, costituissero ormai, ai sensi del nuovo art. 117, comma 1, Cost., uno specifico parametro costituzionale di legittimità, con la conseguenza di rendere giuridicamente discutibile il SIC, alla luce degli artt. 15 e 16 della direttiva «quadro» 2002/21/CE e della raccomandazione della Commissione dell'11 febbraio 2003, nella misura in cui esso configura, come mercato rilevante, un mercato artificiosamente ampliato rispetto a quello dei «servizi di diffusione radiotelevisiva per la trasmissione di contenuti agli utenti finale».

Osservò inoltre come, ai fini dell'assegnazione delle frequenze, non si potesse ignorare l'art. 9 della cit. dir. 2002/21/CE, in forza del quale, dovendo l'assegnazione delle frequenze rispettare «criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati», essa non può tener conto delle preesistenti occupazioni di fatto delle radiofrequenze (il che costituisce una barriera all'ingresso di nuovi operatori). Sottolineò la doverosità, per il legislatore, di precisare il contenuto del diritto d'accesso di terzi soggetti alla piattaforma unitaria satellitare, doverosità conseguente alla situazione di monopolio derivante dal subentro di Sky a Telepiù e a Stream (ancorchè temperato dai condizionamenti della Commissione).

Oltre a lamentare, ancora una volta, la perdurante scarsità di mezzi a disposizione dell'AGCom, il Presidente Cheli evidenziò infine le perplessità derivanti dalla disamina del capo V della legge, in quanto, mentre la sent. n. 466/2002 della Corte costituzionale prevedeva come termine finale del periodo transitorio il 31 dicembre 2003, il d.d.l. Gasparri - così come modificato dal Senato - consentiva il superamento di tale termine in considerazione dell'arricchimento del pluralismo derivante dall'avvento del digitale terrestre. Un arricchimento che, secondo il presidente Cheli, avrebbe già dovuto essere effettivo prima del 31 dicembre 2003, per rispettare quanto deciso dalla Corte.

⁽¹²⁾ La nota dell'Antitrust al d.d.l. n. 3184, predisposta per l'audizione del 10 settembre 2003, pur non si discostandosi nella sostanza dalla segnalazione ex art. 22 l. n. 287/1990 del 19 dicembre 2002, sopra riportata e sintetizzata, appare ulteriormente argomentata. Importanti sono le citazioni di giurisprudenza comunitaria (p. 13 nota 6), alla luce delle quali viene dimostrata l'illegittimità comunitaria del SIC nella composizione anteriore al rinvio presidenziale, posto che, secondo la CGCE, «il mercato rilevante comprende tutti quei prodotti o servizi che siano sostituibili non soltanto in termini di caratteristiche tecnologiche, ma soprattutto in relazione alla loro capacità di soddisfare, allo stesso modo, le preferenze dei consumatori; i prodotti o servizi che sono solo scarsamente o relativamente intercambiabili tra loro, sulla base delle preferenze espresse dalla domanda, ossia dai consumatori di un dato bene o servizio, non fanno parte dello stesso mercato».

Nella nota dell'AGCM si sottolineava, ancora una volta, con maggior dovizia di dati, la differenza della disciplina del d.d.l. Gasparri rispetto alle legislazioni tedesca, britannica, spagnola e francese, quanto alla determinazione dei limiti alla concentrazione delle imprese nel settore radiotelevisivo (p. 13 ss.).

televisive in tecnica digitale» del termine iniziale di operatività dei nuovi limiti di concentrazione per le imprese fornitrici di contenuti (e cioè più del 20 per cento dei programmi televisivi o radiofonici su frequenze terrestri in ambito nazionale).

Il rinvio presidenziale della legge Gasparri alle Camere è del 15 dicembre 2003. In esso, com'è noto - ma come è qui opportuno ricordare - il Presidente Ciampi, richiamandosi alla giurisprudenza della Corte (sentenze nn. 231/1985, 826/1988, 420/1994 e 466/2002) nonché al proprio messaggio del 23 luglio 2002, chiese alle Camere una nuova delibera di tale legge, esponendo i seguenti motivi:

- 1) l'art. 25 della Gasparri prevede un procedimento, da parte dell'AGCom, finalizzato ad accertare il grado di sviluppo del pluralismo che conseguirebbe dall'introduzione del digitale terrestre. Poiché tale procedimento dovrebbe concludersi entro il 31 dicembre 2004 con riferimento alla situazione esistente al 31 dicembre 2003, ciò costituirebbe un'evidente violazione di quanto previsto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 466/2002, secondo la quale la proroga della situazione preesistente non avrebbe dovuto superare il 31 dicembre 2003 (termine già previsto dalla delibera AGCom del 7 agosto 2001, n. 346 - come data del «probabile» trasferimento sul satellite di *Retequattro* e di *Prima TV* ⁽¹³⁾ -, sulla quale la Corte era ortopedicamente intervenuta allo scopo di «costruire» il contenuto del dispositivo della decisione additiva di accoglimento);
- 2) nell'art. 25 non vengono altresì previste le conseguenze di un eventuale esito negativo di siffatto accertamento dell'AGCom;
- 3) l'art. 15, comma 2, potrebbe dar luogo alla formazione di posizioni dominanti, data la dimensione del Sistema integrato delle comunicazioni (SIC) e la mera previsione del 20 per cento come limite per le concentrazioni consentite ai soggetti tenuti all'iscrizione nel registro degli operatori di comunicazione, previsto dall'art. 1, comma 6, lett. a), n. 5, l. 31 luglio 1997, n. 249;
- 4) suscita, infine, perplessità la disciplina della raccolta pubblicitaria, potendo in pratica determinare l'inaridimento di «una tradizionale fonte di finanziamento della libera stampa».

⁽¹³⁾ Prima TV è la società proprietaria di *Telepiù nero* (ora *D-free*) che, nel 1999, pur essendo stata inclusa nella graduatoria, non ottenne la concessione perché eccedentaria ai sensi dell'art. 3, comma 11, l. n. 249/1997.

3. Segue. Il d.l. n. 352/2003, le osservazioni dell'AGCom e dell'Antitrust e l'approvazione definitiva della legge.

Con riferimento ai primi due punti del messaggio di rinvio, il Governo - per evitare che con il 1° gennaio 2004 *Retequattro* si trovasse ad operare in violazione dell'art. 195 cod. post. (e quindi in una situazione di illiceità penale) - adottava il d.l. 24 dicembre 2003, n. 352, intitolato «*Disposizioni urgenti concernenti modalità di definitiva cessazione del regime transitorio della legge 31 luglio 1997, n. 249*».

A tal fine, allo scopo - dichiarato nelle premesse - di dare asserita attuazione a quel passaggio della sentenza n. 466/2002, nel quale - a tutt'altri fini - la Corte aveva affermato che «la data del 31 dicembre 2003 offre margini temporali all'intervento del legislatore per determinare le modalità della definitiva cessazione del regime transitorio di cui al comma 7 dell'art. 3 della legge n. 249» (*cons. in dir.*, n. 11, primo e terzo cpv.), il Governo disponeva l'anticipazione 30 aprile 2004 della data rilevante ai fini della verifica dell'eventuale «arricchimento del pluralismo» derivante dall'avvento del digitale terrestre, e l'anticipazione al 30 maggio 2004 del termine entro il quale l'AGCom avrebbe dovuto effettuare la relativa verifica.

La disciplina del decreto (lievemente modificata, in sede di conversione, dalla l. 24 febbraio 2004, n. 43) risulta ora inglobata nella versione definitiva dell'art. 25, commi 3 e 4, della legge Gasparri. In forza della disciplina della l. n. 43/2004, l'AGCom, entro il 30 aprile 2004, avrebbe dovuto svolgere «un esame della complessiva offerta dei programmi televisivi digitali terrestri allo scopo di accertare *contestualmente, anche tenendo conto delle tendenze in atto nel mercato*: a) la quota di popolazione *coperta* dalle nuove reti digitali terrestri *che non deve comunque essere inferiore al 50 per cento*; b) la presenza sul mercato *nazionale* di decoder a prezzi accessibili; c) l'effettiva offerta al pubblico su tali reti anche di programmi diversi da quelli diffusi dalle reti analogiche». (*Le parole in corsivo sono state aggiunte in sede di conversione*).

Nelle audizioni dell'8 gennaio 2004 dinanzi alle Commissioni riunite VII e IX della Camera dei deputati, relative sia al testo della legge (che verrà approvato in commissione in una versione leggermente modificata rispetto al testo rinviato, e che

tale rimarrà, tranne minimi ritocchi prevalentemente formali apportati in sede di coordinamento finale), sia al d.d.l. di conversione del d.l. n. 352/2003, i Presidenti dell'AGCom e dell'Antitrust ribadivano le precedenti perplessità sulla legittimità costituzionale e comunitaria già prospettate con riferimento all'originario d.d.l. n. 3184 Atti Cam.

A dimostrazione della scarsa entità delle variazioni apportate, il Presidente dell'AGCom riconfermava, in linea preliminare, tutte i precedenti rilievi critici⁽¹⁴⁾ concernenti la disciplina *antitrust* (capo II), le modalità di privatizzazione della concessionaria (capo IV) e il regime transitorio (capo V). Inoltre, con riferimento al SIC, ribadiva l'eccessiva disomogeneità dei mercati inclusi nel sistema integrato, la conseguente difficoltà di quantificare il complesso delle risorse riconducibili a tale sistema e la scarsa coerenza anche del d.d.l. Gasparri *bis* con le raccomandazioni comunitarie in tema di mercati rilevanti e con le direttive comunitarie del 2002, di cui, già nella precedente audizione del 10 settembre 2003, aveva sottolineato la natura di norme interposte, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., ai fini del sindacato di costituzionalità.

Con specifico riferimento alla disciplina contenuta nel d.l. n. 352/2003 il Presidente dell'AGCom, pur affermando che essa appariva «allineata» ai rilievi espressi nel messaggio presidenziale, ne evidenziava le difficoltà interpretative circa le condizioni da verificare e i provvedimenti da adottare. Relativamente alle prime il Presidente dell'AGCom poneva degli interrogativi su quale dovesse essere la quota di popolazione che le nuove reti digitali avrebbero dovuto raggiungere, e quale dovesse essere il livello di diffusione dei nuovi *decoder* sul mercato (e cioè se la relativa copertura dovesse riguardare almeno il 50 per cento della popolazione - come appunto nel d.d.l. in discussione, ma ancora privo di forza giuridica - oppure l'80 per cento, così come previsto per le reti nazionali dall'art. 3, comma 5, della legge Maccanico, ancora in vigore). Il prof. Cheli si chiedeva poi «quando l'offerta al pubblico su reti digitali di programmi diversi da quelli diffusi dalle reti analogiche» potesse considerarsi effettiva.

⁽¹⁴⁾ V. *supra* le note 5 e 11.

I restanti dubbi del Presidente dell'AGCom riguardavano sia il contenuto dei provvedimenti da adottare dall'AGCom sia l'estensione del periodo transitorio, in caso di esito tanto positivo quanto negativo⁽¹⁵⁾.

Dal canto suo, il Presidente dell'Antitrust ribadiva, ancora una volta⁽¹⁶⁾, quanto al regime dell'assegnazione delle frequenze, l'illegittimità comunitaria dello stesso, in quanto implicante l'ulteriore cristallizzazione dell'assetto duopolistico (derivante dall'assenza di un meccanismo centralizzato di allocazione efficiente delle risorse e dal contestuale accaparramento dello spettro delle radiofrequenze) e la conseguente costituzione di forti barriere all'ingresso di terzi operatori. Il Presidente dell'Antitrust criticava poi, con estrema decisione, sia il provvedimento di «generale assentimento» all'operatività di impianti esistenti in violazione della dir. 2002/21/CE, sia la gravità della scelta legislativa, connessa alla precedente, di consentire agli operatori - ancorché esercenti «a qualunque titolo» attività televisiva - di convertire le attuali reti analogiche in reti digitali (art. 23, commi 5 e 1, avente effetti sull'applicazione dell'art. 2, commi 1, lett. l] e m] che individua le reti operanti in ambito nazionale). Il che escluderebbe «un efficace meccanismo di riassegnazione delle risorse frequenziali» e determina «un ulteriore rafforzamento del potere di mercato dei maggiori operatori».

Quanto al SIC il Presidente Tesauro ribadiva l'eterogeneità dei mercati che lo compongono e la nessuna contiguità degli stessi già alla luce di «un'analisi economica elementare». Una siffatta aggregazione (estranea «ad ogni tipo di valutazione o obiettivo di tutela antitrust») era pertanto ritenuta, dal Presidente dell'Antitrust, «del tutto inadeguata rispetto al fine di contenere il potere di mercato delle imprese, atteso che questa è la *ratio* dichiarata della norma». Il Presidente dell'Antitrust rilevava inoltre come il concetto di posizione dominante venisse dal d.d.l. «utilizzato in modo improprio», posto che «la posizione dominante può aversi soltanto in relazione ad un "mercato", la cui individuazione deve essere effettuata

⁽¹⁵⁾ Tali dubbi saranno riproposti dal Presidente dell'AGCom anche nell'audizione del 20 gennaio 2004 dinanzi alla Commissione VIII del Senato e nell'audizione del 5 febbraio 2004 dinanzi alle Commissioni riunite VII e XI della Camera.

⁽¹⁶⁾ V. *supra* le note 6 e 12.

sulla base di preciso percorso analitico, che segue regole e principi giuridici ed economici applicati uniformemente in tutti i Paesi da tutte le Autorità antitrust». Conseguentemente il Presidente dell'Antitrust sottoponeva sia il SIC, così come strutturato nella legge, sia la soglia del 20%, ad un approfondito esame critico alla luce delle *Linee direttrici della Commissione europea per l'analisi del mercato* dell'11 luglio 2002, della giurisprudenza nazionale e comunitaria (sia le une che l'altra già inutilmente richiamate nell'audizione del 10 settembre 2003), nonché delle considerazioni del Commissario europeo per la Concorrenza del 14 ottobre 2002 e del 10 dicembre 2003.

Il Presidente Tesauro concludeva formulando l'auspicio, «al fine di assicurare un corretto funzionamento del mercato televisivo, che sia riconsiderato il capo II, con particolare riguardo all'inalterata applicazione delle norme a tutela della concorrenza previste dalla legge n. 287/90 agli operatori televisivi e riconducendo il SIC almeno ad un insieme di mercati economicamente contigui sotto il profilo della domanda e dell'offerta; e che siano rivisti i criteri di assegnazione delle licenze e delle risorse frequenziali, per lo sviluppo della diffusione delle trasmissioni in tecnica digitale terrestre, prevedendo l'eventuale ri-assegnazione delle frequenze eccedenti attualmente utilizzate degli operatori radiotelevisivi, mediante il ricorso a meccanismi di selezione pubblica, ispirati ai principi di obiettività, trasparenza, proporzionalità e non discriminazione».

Con specifico riferimento al d.l. n. 352/2003, il Presidente dell'AGCom riteneva anch'egli tendenzialmente superate le preoccupazioni precedentemente espresse con riferimento alla fase d'avvio del digitale. Tale favorevole apprezzamento partiva però dal rilievo - che sarà smentito nella pratica attuazione dell'accertamento - secondo il quale l'AGCom avrebbe dovuto verificare, entro il 30 aprile 2004, «l'effettiva ricezione da parte degli utenti del segnale televisivo digitale, anziché la mera copertura».

Nonostante il messaggio presidenziale di rinvio della legge Gasparri alle Camere e le forti critiche rivolte al d.d.l. Gasparri *bis* dall'AGCom e dall'Antitrust, le modifiche apportate rispetto al testo fatto oggetto del rinvio presidenziale sono assai modeste. Tralasciando le modifiche relative al servizio pubblico radiotelevisivo

(peraltro anch'esse poco rilevanti), risulta, in definitiva, che dal SIC risultano eliminati soltanto l'editoria libraria e le imprese fonografiche (art. 2, comma 1, lett. g) (ma l'ambito del SIC viene poi esteso anche ai prodotti librari e fonografici se commercializzati in allegato e alle opere cinematografiche nelle diverse forme di fruizione del pubblico: art. 15 comma 3)⁽¹⁷⁾; la soglia massima *antitrust* è individuare nel 20% dei «ricavi» complessivi del SIC (anziché, come prima, nel 20% delle «risorse» complessive del SIC: art. 15, comma 2); l'acquisizione di giornali quotidiani e la costituzione di imprese editrici di giornali quotidiani, da parte di soggetti che esercitano l'attività televisiva in ambito nazionale attraverso più di una rete, è vietata fino al 31 dicembre 2010 (anziché fino il 31 dicembre 2008) (art. 15 comma 6).

Infine, per venire incontro al messaggio del Capo dello Stato, là dove il Presidente Ciampi paventava l'inaridimento di una tradizionale fonte di finanziamento della libera stampa, l'art. 25, comma 6 della legge, innovando al testo del dicembre 2003, dispone che nella fase di transizione al digitale...il 60 per cento delle somme destinate dalle amministrazioni pubbliche all'acquisto di spazi su mezzi di comunicazione di massa, per finalità di comunicazione istituzionale, deve essere impegnato in favore dei giornali quotidiani e periodici (*sic!*).

In definitiva, esclusa, *ope constitutionis*, la possibilità di un nuovo rinvio presidenziale, i rischi di non approvazione del d.d.l. Gasparri *bis* non potevano derivare - né sono derivati - dai rilievi critici dell'ACCom e dell'AGCM, né, tanto meno, dalle diffuse critiche apparse in dottrina e sulla stampa⁽¹⁸⁾. Rischi di non

⁽¹⁷⁾ Secondo l'art. 15, comma 3, della l. n. 112/2004, «(i) ricavi di cui al comma 2 sono quelli derivanti dal finanziamento del servizio pubblico radiotelevisivo al netto dei diritti dell'erario, da pubblicità nazionale e locale **anche in forma diretta**, da televendite, da sponsorizzazioni, **da attività di diffusione del prodotto realizzata al punto vendita con esclusione di azioni sui prezzi**, da convenzioni con soggetti pubblici **a carattere continuativo** e da provvidenze pubbliche **erogate direttamente ai soggetti esercenti le attività indicate all'articolo 2, comma 1, lettera g)**, da offerte televisive a pagamento, **dagli abbonamenti e dalla vendita di quotidiani e periodici inclusi i prodotti librari e fonografici commercializzati in allegato, nonché dalle agenzie di stampa a carattere nazionale, dall'editoria elettronica e annuaristica anche per il tramite di INTERNET e dalla utilizzazione delle opere cinematografiche nelle diverse forme di fruizione del pubblico**». (Le parole riportate in corsivo sono quelle introdotte nella versione definitiva della legge Gasparri).

⁽¹⁸⁾ Numerosi sono stati i convegni, anche di un certo livello, nei quali il d.d.l. Gasparri è stato sottoposto a vivaci critiche, ma i cui atti non sono stati pubblicati. Tra i tanti, v. il convegno (18 marzo 2003) su «*Concorrenza e pluralismo (reti e contenuti) nella televisione digitale terrestre*», organizzato dall'Osservatorio della proprietà intellettuale presso la LUISS - Guido Carli, di Roma, con relazioni di **A. Pace, G.M. Roberti, F. Graziadei, V. Zeno Zencovich, G. Moglia, E. Lambert, G. Zappa, A. Preta, R. Viola**, e con interventi degli on. **G. Innocenzi, P.**

approvazione sono stati, semmai, soltanto politici, avendo la Lega esplicitamente minacciato di non votare a favore del testo governativo se, prima del voto finale sulla Gasparri, non fosse stata approvata, in prima lettura, la *devolution*, e cioè, la modifica costituzionale del titolo V della Parte seconda. E così è stato.

Il nuovo testo del d.d.l. Gasparri veniva approvato dalla Camera il 24 marzo 2004. Prima di votare definitivamente la Gasparri (29 aprile 2004), il Senato approvava però (25 marzo 2004), in prima lettura, il d.d.l. n. 2544 di modifica costituzionale proposto dal Governo Berlusconi.

In un articolo, apparso su *Repubblica* il giorno successivo, Andrea Manzella lamentava - ed è difficile dargli torto - la «riduzione» della Costituzione «a oggetto di un baratto esclusivo al gruppo di governo. Un mercanteggiamento con poste che non erano idee e tesi sul costituzionalismo, ma assestamenti interni alla coalizione prevalente: con un fortissimo potere di ricatto da parte del piccolo partito di “governo e di secessione”»⁽¹⁹⁾.

Devo confessare che nove mesi prima, quando scrissi l'articolo che poco sopra mi sono permesso di richiamare, non immaginavo, neppure lontanamente - pur essendo consapevole dell'ineluttabilità dell'approvazione del d.d.l. Gasparri nei suoi punti essenziali per il mantenimento dello *status quo* - che la stessa Costituzione sarebbe stata degradata a merce di scambio, per consentire a *Retequattro* di

Romani, C. Rognoni, A. Maccanico, C. Petruccioli nonché dei Presidenti dell'AGCom e dell'Antitrust, **E. Cheli** e **G. Tesauero**, e con le conclusioni di **G. Ghidini**.

Gli atti della *Giornata di studio* (29 maggio 2003) su *La riforma del sistema radiotelevisivo*, organizzato dalla Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Siena, con introduzione di **M. Manetti** e relazioni di **A. Pace, P. Caretti, O. Grandinetti, R. Mastroianni, R. Niro** e **R. Borrello**, sono invece pubblicati nella rivista *Rass. dir. pubbl. europeo*, 2004.

Tra i molti contributi critici al d.d.l. Gasparri, v. , in ordine di tempo, **R. Zaccaria**, *Scacco matto alla RAI in tre semplici mosse*, ne *La Repubblica*, 20 settembre 2002, 14; **O. Grandinetti**, *Principi costituzionali in materia radiotelevisiva e d.d.l. Gasparri*, in *Giornale di dir. amm.*, n. 2, 2003, 191 ss.; **L. Elia**, *E' una legge chiaramente incostituzionale*, in *Europa*, 22 luglio 2003, 1; **Id.**, *La legge Gasparri non si tocca*, *ivi*, 24 settembre 2003; 1; **O. Grandinetti**, *Mediaset, non solo Retequattro*, *ivi*, 29 ottobre 2003, 5 (in tale articolo l'a. dimostra come la legge Gasparri consentirebbe a Mediaset non solo di mantenere *Retequattro*, ma di acquisire anche altre reti televisive nazionali operanti con frequenze analogiche terrestri); **L. Elia**, *La legge mostro*, in *Europa*, 3 dicembre 2003, 1; **A. Oddi**, *La «legge Gasparri», il pluralismo e il miraggio digitale*, nel sito web www.costituzionalismo.it ; **O. Grandinetti**, *E Rete4 si sposti sul digitale terrestre*, in *Europa*, 19 dicembre 2003 (l'a. invita Mediaset a far irradiare la programmazione di *Retequattro* esclusivamente sul digitale terrestre, se è vero quel che il Governo Berlusconi sostiene, e cioè che le trasmissioni in digitale terrestre concorrerebbero sin d'ora a costituire il sistema televisivo concretamente operativo).

⁽¹⁹⁾ **A. Manzella**, *Il baratto delle istituzioni*, in *Repubblica*, 26 marzo 2004, p.1.

continuare a trasmettere in tecnica analogica, con tutto ciò che finanziariamente e politicamente ciò comporta.

4. La «definitività e ineludibilità» del termine del 31 dicembre 2003, secondo la sentenza n. 466/2002.

Nel lamentare che il procedimento dell'AGCom, finalizzato all'accertamento dell'effettivo ampliamento delle offerte tecnologiche disponibili (art. 25, comma 3), si sarebbe ineluttabilmente protratto oltre il 31 dicembre 2003, il Presidente Ciampi aveva sottolineato che, secondo la sentenza n. 466/2002, «il 1° gennaio 2004 può essere considerato come il *dies a quo* non di un nuovo regime transitorio, ma dell'attuazione delle predette modalità di cessazione del medesimo, che devono essere determinate dal Parlamento entro il 31 dicembre 2003. Si rende, inoltre, necessario indicare il *dies ad quem* e, cioè, il termine di tale fase di attuazione».

Sta di fatto che la Corte costituzionale, nel pronunciare l'incostituzionalità dell'art. 3, comma 7, della l. n. 249/1997 «nella parte in cui non prevede la fissazione di un termine certo, e non prorogabile, che comunque non oltrepassi il 31 dicembre 2003», pur ritenendo non illegittima né la previsione dei precedenti regimi transitori (come già avevano fatto le sentenze nn. 826/1988 e 420/1994) né l'ulteriore fase transitoria fino al 31 dicembre 2003, non aveva affatto previsto, con riferimento all'incostituzionalità dell'art. 3, comma 7, della l. n. 249/1997, la possibilità di ulteriori proroghe rispetto a detto termine del 31 dicembre 2003; e ciò per una semplice ragione.

Secondo la Corte «la data del 31 dicembre» costituiva il frutto di una valutazione «di congruità tecnica dei tempi di passaggio al regime definitivo», effettuata dall'AGCom; pertanto essa offriva sufficienti «margini temporali all'intervento del legislatore per determinare le modalità della definitiva cessazione del regime transitorio di cui al comma 7 dell'art. 3 della legge n. 249» (*cons. in dir.*, n. 11, primo e terzo cpv.).

Il senso di quest'ultimo inciso, che sarà artatamente riportato nelle premesse del d.l. n. 352/2003, significava pertanto che dal 20 novembre 2002 (data della sentenza) al 31 dicembre 2003 (termine finale improrogabile) ci sarebbe stato tutto il

tempo possibile per disciplinare - in via regolamentare o, addirittura, legislativa - l'abbandono dell'analogico terrestre per le trasmissioni televisive delle cd. due reti «eccedenti», *Retequattro* e *Prima TV*, le quali, proprio perché eccedenti dai limiti antitrust, non avevano ottenuto la concessione.

E' quindi del tutto inesatto ritenere - come invece da taluni si opinò dopo il rinvio presidenziale - che il periodo di un anno, un mese e dieci giorni, fosse stato preso in considerazione dalla Corte costituzionale come termine entro il quale il quale il Governo avrebbe dovuto (esclusivamente) limitarsi ad adottare un provvedimento legislativo o regolamentare contenente le modalità di cessazione del precedente regime transitorio, rinviando l'attuazione di tali modalità ... al di là del «termine finale assolutamente certo, definitivo e dunque non eludibile» del 31 dicembre 2003!

Né una siffatta conclusione può trovare conferma in quel passo della sentenza della Corte secondo il quale «(è) appena il caso di precisare che la presente decisione, concernendo le trasmissioni radiotelevisive in ambito nazionale su frequenze terrestri analogiche, non pregiudica il diverso futuro assetto che potrebbe derivare dallo sviluppo della tecnica di trasmissione digitale terrestre, con conseguente aumento delle risorse tecniche disponibili» (*cons. in dir.*, n. 11, ult. cpv.).

Poiché la Corte, a meno di contraddirsi nello spazio di poche pagine, non poteva affermare nel n. 11 quanto aveva negato nel n. 4, ult. cpv. (vale a dire, che l'attuale livello di fruizione delle trasmissioni via cavo, via satellite e via digitale terrestre garantirebbe *sufficientemente* il pluralismo), quell'inciso del n. 11 significava - e poteva significare - una cosa sola, e cioè che il mantenimento dello *status quo* relativo alle trasmissioni televisive in analogico terrestre sarebbe stato possibile solo se lo sviluppo del digitale terrestre (o di una qualsiasi altra tecnica trasmissiva) avesse determinato, entro il 31 dicembre 2003, una sufficiente garanzia per il pluralismo.

5. Le due letture del messaggio presidenziale e la scelta del Governo in violazione della sentenza n. 466/2002.

Ciò premesso, torniamo al messaggio del Presidente della Repubblica, in asserita applicazione del quale è stata adottata l'ennesima disciplina transitoria.

Ebbene, di tale messaggio, sono state date due letture, intorno alle quali si è svolto il dibattito sui quotidiani: una lettura «rigorosa», l'altra «possibilista». Fermo restando che, per entrambe le letture, il 1° gennaio 2004 non avrebbe potuto «essere considerato come il *dies a quo* di un nuovo regime transitorio» (come appunto sottolineato nel messaggio del Capo dello Stato), le due tesi si differenziavano per le conseguenze.

Da un lato la tesi «possibilista». Questa riteneva aprioristicamente necessaria una «fase amministrativa» per la dismissione, da parte di *Retequattro*, delle frequenze analogiche terrestri. Conseguentemente il Governo avrebbe dovuto darsi carico di indicare: **a)** il soggetto legittimato a procedere agli accertamenti relativi al grado di sviluppo del pluralismo derivante dall'introduzione del digitale terrestre; **b)** il termine entro il quale tale accertamento avrebbe dovuto essere compiuto; **c)** le sanzioni eventualmente irrogabili in caso di esito negativo⁽²⁰⁾.

Dall'altro la tesi «rigorosa». Secondo questa tesi (attenta a non aggirare il dispositivo di annullamento - ancorché...a scoppio ritardato - della sentenza n. 466/2002) non ci sarebbe stato bisogno d'alcunchè per far sì che *Retequattro* (già operativa via satellite su *Sky*) non trasmettesse più su frequenze analogiche terrestri. Per effetto del dispositivo d'accoglimento additivo della sentenza della Corte, le frequenze terrestri non avrebbero infatti potuto più essere lecitamente occupate da *Retequattro* a partire dal 1° gennaio 2004, a meno di non incorrere nelle sanzioni penali previste dall'art. 195 cod. post.

Le modalità attuative, a cui si richiamava il Presidente Ciampi - secondo questa seconda lettura del messaggio presidenziale - avrebbero dovuto concernere non già lo spegnimento delle frequenze terrestri di *Retequattro*, bensì la successiva riassegnazione, da parte del Governo, delle radiofrequenze terrestri

⁽²⁰⁾ Questa tesi, in verità, era già stata esposta, alcuni mesi prima, da **S. Cassese**, *I nodi costituzionali della legge Gasparri*, nel *Corriere della sera*, 23 settembre 2003, p. 1, allorchè aveva rilevato (in via subordinata alla tesi che il 31 dicembre fosse una data insuperabile) che, secondo la sentenza n. 466/2002 della Corte costituzionale, avrebbe dovuto esserci «un termine di chiusura» che la legge non prevede». A questa tesi subordinata Cassese si era poi ricollegato nei successivi suoi articoli *Maggioranza al bivio*, *ivi*, 16 dicembre 2003, p. 1, e *TV. Dal decreto alla nuova legge*, *ivi*, 30 dicembre 2003, p. 1, nel quale ultimo aveva addirittura affermato che, con le norme del d.l. n. 352/2003, l'AGCom «ha ora, al termine della verifica, unghie per graffiare (può inibire attività e obbligare a dismettere rami d'azienda)».

conseguentemente liberate, a seguito dell'esclusiva operatività di *Retequattro* via satellite ⁽²¹⁾).

Il Governo - sensibile, come sempre, ad assecondare gli interessi del *Premier* - non poteva non far propria la lettura possibilista del messaggio presidenziale. Conseguentemente, come già ricordato, il d.l. n. 352/2003 incaricava l'AGCom di svolgere, entro il 30 aprile 2004, un esame della complessiva offerta dei programmi televisivi digitali terrestri, delle tendenze in atto nel mercato, della quota di popolazione coperta dalle nuove reti (in particolare: se questa fosse superiore o inferiore al 50 per cento); della presenza, o meno, sul mercato nazionale di *decoder* a prezzi accessibili (grazie agli incentivi statali)⁽²²⁾; e di quale fosse l'effettiva offerta al pubblico su tali reti anche di programmi diversi da quelli diffusi dalle reti analogiche.

Con il che Mediaset conseguiva comunque un notevole successo. Per vero, quand'anche l'AGCom avesse risposto negativamente, entro il 30 maggio 2004, ai quesiti posti dal d.l. n. 352/2003, *Retequattro* avrebbe comunque potuto operare in analogico terrestre per un altr'anno, essendo probabile che, in tale ipotesi, sarebbe stata sostenuta la tesi secondo la quale, ai sensi dell'art. 2, comma 7, ult. parte, l. n. 249/1997, i provvedimenti adottabili dall'AGCom avrebbero comunque richiesto un anno di tempo per la loro attuazione ⁽²³⁾. Tuttavia, dato il contenuto dei quesiti ad essa sottoposti - aventi ad oggetto lo sviluppo solo potenziale del digitale terrestre⁽²⁴⁾ -, un esito negativo per Mediaset costituiva però un'ipotesi puramente teorica.

⁽²¹⁾ In favore di questa tesi v. **A. Pace**, *Messaggio chiaro che nessuno può stravolgere*, in *Europa*, 19 dicembre 2003, p. 1; **Id.**, *Perché non è costituzionale il ricorso ad un decreto legge*, *ivi*, 17 dicembre 2003, p. 1; e, già prima, l'intervista rilasciata a **M. Mele**, *Pace: oltre ai nodi costituzionali l'impasse della direttiva europea*, ne *Il sole-24 ore*, 1° ottobre 2003, p. 11. V. anche **A. Pace**, *Tre interrogativi sul decreto "salva Rete4"*, in *Europa*, 6 gennaio 2004, p. 1.

⁽²²⁾ A tal riguardo si apprende dalla stampa quotidiana (*Corriere della sera*, 6 luglio 2004, p. 23) che la Commissione europea avrebbe chiesto chiarimenti al Governo italiano in ordine agli incentivi alla produzione di *decoder* previsti dalle leggi finanziarie per il 2003 e per il 2004 (art. 89, comma 1, l. 27 dicembre 2002, n. 289; art. 4, comma 1, l. 27 dicembre 2003, n. 350; dd.min.comunicaz., 24 dicembre 2003, G.U. n. 17 del 22 gennaio 2004; d.min. comunicaz., 24 dicembre 2003, G.U. n. 18 del 23 gennaio 2004), in considerazione dei quali la Commissione potrebbe avviare un procedimento di infrazione per aiuti di Stato, qualora non si dimostrasse che l'incentivo rientra nell'ipotesi derogatoria dell'art. 87, comma 3, lett. c), TCE.

⁽²³⁾ **A. Pace**, *Tre interrogativi sul decreto "salva Rete4"*, *cit.*, 1. Il problema temporale dell'attuazione dell'eventuale provvedimento negativo sarà più volte evocato dal Presidente dell'AGCom nelle sue audizioni alle Camere successive all'adozione del d.l. n. 352/2003.

⁽²⁴⁾ V. in questo senso, tra i molti, **R. Mastroianni**, *La riforma Gasparri e le richieste del Colle*, in *La Repubblica*, 31 dicembre 2003, 14; **G. Valentini**, *La barzelletta della TV digitale*, *ivi*, 3 gennaio 2004, 14.

L'AGCom si trovò infatti a dover effettuare una «valutazione delle risultanze (...) di natura convenzionale» (n. 64), secondo i criteri imposti dalla legge di conversione (n. 65). La copertura delle reti digitali terrestri, oggetto dell'accertamento, avrebbe perciò dovuto essere quella «potenziale», secondo quanto precisato dal Ministero delle Comunicazioni, appositamente interpellato (nn. 14 e 16). L'Autorità non poteva quindi che rispondere favorevolmente a quesiti che miravano ad accertare non l'effettiva domanda, da parte degli utenti, di tale nuova tecnologia trasmissiva - come invece era stato richiesto dal Presidente della Repubblica e sottolineato dal Presidente dell'Antitrust - bensì la mera offerta della stessa. L'unico dato certo, ma non esaltante, era infatti quello dell'avvenuta vendita di poco più di 200.000 *decoder* (n. 86), su 290.000 immessi sul mercato a fine aprile 2004 (n. 44). L'AGCom non poteva perciò non ammettere che «il numero di trasmettitori in tecnica digitale è, allo stato, una percentuale ancora modesta...» e «la programmazione rimane ancora largamente al di sotto delle potenzialità del mezzo digitale, con il conseguente rischio che non vi sia sufficiente interesse da parte delle famiglie all'adozione della tecnologia digitale terrestre » (n. 88).

La consapevolezza di aver risposto a domande, tutto sommato, irrilevanti ai fini dell'accertamento dell'effettivo grado di sviluppo del digitale terrestre è manifesta nelle considerazioni finali della Relazione. Ad es., mentre nel n. 87, l'AGCom rileva che l'accelerazione delle trasmissioni in tecnica digitale consegue più «da una “emergenza” legata al contesto normativo che da un impulso derivante da una domanda di mercato», nel n. 92 l'Autorità afferma che il superamento della «strozzatura relativa all'utilizzo dei mezzi televisivi (...), superabile alla luce dei nuovi sviluppi nel campo della televisione digitale» non implicherà «automaticamente una più equilibrata distribuzione delle risorse nel settore dei mezzi di comunicazione di massa, ed in particolare per quanto riguarda la disponibilità dei mezzi tecnici e delle piattaforme e la raccolta delle risorse pubblicitarie»⁽²⁵⁾.

Conclusivamente, il «giudizio positivo» dell'AGCom «in ordine al superamento delle tradizionali strozzature tecniche ed economiche non può

⁽²⁵⁾ Tale passo è stato poi significativamente richiamato dal prof. Cheli a p. 22 della *Presentazione* della Relazione annuale dell'AGCom, tenuta in Senato il 9 luglio 2004.

prescindere dalla rimozione delle criticità e dall'avverarsi delle condizioni, ivi compreso lo sviluppo significativo della domanda in grado di rendere effettiva la diffusione del digitale terrestre». Per tale motivo, l'AGCom segnalava «le azioni positive ancora necessarie affinché l'avvio promettente della televisione digitale terrestre si tramuti in un reale cambiamento del grado di concorrenzialità del mercato televisivo ed in un effettivo ampliamento del pluralismo culturale, politico ed informativo» (*sic!*).

L'imbarazzo provato, in ambito AGCom, nel rispondere positivamente ai quesiti ad essa posti, dev'essere stato fortissimo, sol che si rifletta - come argutamente è stato fatto⁽²⁶⁾ - sull'incoerenza delle conclusioni della relazione del 27 maggio 2004 con le conclusioni della delibera n. 346/01/CONS del 7 agosto 2001 (e cioè quella richiamata nella sentenza n. 466/2002). Mentre nella delibera del maggio 2004 l'AGCom ha ritenuto sufficiente l'accertamento che solo 200.000 famiglie sarebbero servite dal digitale terrestre, nella delibera del 2001 l'AGCom aveva invece ritenuto insufficiente l'effettivo e congruo sviluppo dell'utenza televisiva via satellite ancorché avesse accertato, già nel dicembre 2000, la ricezione dei programmi satellitari da parte di 2,4 milioni di famiglie.

Concludendo sul punto, sembra allora di potersi tranquillamente affermare che la cessazione del regime transitorio previsto dalla l. n. 249/1997 e l'avvio della nuova fase transitoria della l. n. 43/2004 (*rectius*: il prolungamento della precedente) si è basato: **a)** su una distorta interpretazione dell'ultimo cpv. del n.11 della sentenza n. 466/2002; **b)** su una lettura, quanto meno discutibile, del messaggio presidenziale; e **c)** sulla risposta dell'AGCom, positiva ma contraddittoria, a quesiti ad essa posti con riferimento ad una realtà solo potenziale⁽²⁷⁾.

⁽²⁶⁾ O. Grandinetti, *Il «nodo» televisivo e le «magnifiche sorti e progressive» del digitale terrestre*, nel *Giornale di dir. amm.*, 2004, n. 6, p.667.

⁽²⁷⁾ V. in questo senso anche R. Mastroianni, *La riforma Gasparri e le richieste del Colle*, in *La Repubblica*, 31 dicembre 2003, p. 14.

Che l'accertamento abbia avuto ad oggetto una realtà solo potenziale dello sviluppo del digitale terrestre sembra oltre tutto dimostrato dalla decisione di Mediaset del 28 giugno 2004 - conseguente alla scarsa vendita di *decoder* (che, secondo la più benevola delle valutazioni sarebbe stata, a quella data, di appena 500.000 esemplari) - di acquisire l'esclusiva delle partite di calcio del Milan, dell'Inter e della Juventus, per la trasmissione delle stesse via digitale terrestre, cavo e ADSL, a partire dal prossimo campionato 2004-2005, e ciò allo scopo di indurre gli utenti a convertirsi a questa nuova tecnologia. In proposito v. l'ampio articolo *Calcio e TV, Mediaset sfida Murdoch*, in *Corriere della sera*, 29 giugno 2004, p. 24, ripreso anche il giorno successivo su vari quotidiani.

6. L'illegittimità del prolungamento della fase transitoria dell'analogico terrestre. Il cd. «giudicato costituzionale».

Prolungando - o concorrendo a prolungare - la fase transitoria dell'analogico terrestre, il Governo con il d.l. n. 352/2003, il Parlamento con la l. n. 43/2004 e con la legge Gasparri (art. 25 commi 3 e 4), e l'AGCom con la relazione del 27 maggio 2004, hanno, ciascuno per la sua parte, concorso a favorire, nei fatti, il mantenimento dello *status quo*; ma hanno altresì inciso - ulteriormente pregiudicandole - le situazioni giuridiche soggettive di quegli imprenditori i quali confidavano che, alla data del 31 dicembre 2003, non essendo nulla cambiato nel frattempo, sarebbero state loro riassegnate le frequenze - finalmente «liberate» - delle cd. emittenti «eccedenti» *Retequattro* e *Prima TV* ... non diversamente, quindi, da ciò che otto anni prima era accaduto ad altri imprenditori, i quali, dopo aver ottenuto, con la sentenza n. 420/1994, la dichiarazione d'incostituzionalità dell'art. 15, comma 4, l. 6 agosto 1990, n. 223 (anche questa munita di un dispositivo di annullamento «a scoppio ritardato»), avevano dovuto affrontare situazioni di grave dissesto economico causate, *prima*, dalle omissioni legislative durate due anni e mezzo, *poi* dalle proroghe disposte dai decreti legge del Governo Prodi⁽²⁸⁾, *infine* dall'ulteriore fase transitoria rimessa rimessa alla illimitata discrezionalità dell'AGCom ai sensi dell'art. 3, comma 7, l. n. 249/1997⁽²⁹⁾.

Di qui il ricorrente problema se esista un giudicato costituzionale che vincoli anche il legislatore e, in caso di risposta positiva, se tale giudicato sia invocabile con

⁽²⁸⁾ Sul punto, anche per riferimenti, v. **R. Calvano**, *Brevi note in tema di giudicato costituzionale in occasione del d.l. 28 agosto 1996, n. 444, contenente disposizioni urgenti per l'esercizio dell'attività radiotelevisiva*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 2843 ss; **F. Dal Canto**, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 291 ss.

⁽²⁹⁾ Si pensi alle vicissitudini dell'imprenditore Vittorio Cecchi Gori, all'epoca titolare di TVI (TMC), che, a causa dei decreti legge Prodi, non riuscì ad ottenere quella assegnazione di almeno una parte delle frequenze liberate a seguito dello spegnimento di *Retequattro*, a cui avrebbe avuto diritto alla luce della sentenza n. 420/1994. V. l'ordinanza TAR Lazio, sez. II, 27 settembre 1996, n. 2327, *TVI c. Pres. del Consiglio, RTI e altri*, che - trascorso il fatidico termine del 27 agosto 1996 previsto come *dies ad quem* dell'illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 4, l. n. 223/1990 -, respinse l'istanza proposta da TVI (TMC) di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato (e cioè la sospensione della concessione rilasciata a *Retequattro* nel 1992). V. altresì l'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. VI, 14 gennaio 1997, n. 27, di rigetto dell'appello proposto da TVI avverso la cit. ordinanza del TAR. Il rigetto, da parte del Consiglio di Stato, si basò sull'entrata in vigore del d.l. n. 545/1996, conv. nella l. n. 650/1996, laddove la relativa questione di legittimità costituzionale di tale decreto legge per violazione degli artt. 3, 21, 41, 136 e 137 Cost. venne ritenuta irrilevante ai fini del procedimento cautelare. Infine, il Consiglio di Stato ritenne non comprovata l'attualità e l'entità del danno... e Cecchi Gori dovette cedere a Telecom la proprietà di TVI (TMC).

riferimento alla violazione della sentenza n. 466/2002 da parte degli indicati atti legislativi.

Ebbene - volendo semplificare al massimo - sembra che alla prima domanda possa darsi senz'altro una risposta affermativa, quanto meno con riferimento all'ipotesi della disposizione di legge che riproduca retroattivamente un'altra già in precedenza dichiarata incostituzionale alla luce dello stesso parametro costituzionale⁽³⁰⁾. E poiché prorogare nel tempo una disciplina transitoria già dichiarata incostituzionale non è cosa diversa dal ripristinare una certa situazione normativa già dichiarata illegittima alla stregua del medesimo parametro, la Corte ha fatto giustamente rientrare in quell'ipotesi anche il caso della disposizione che, ancorché in via transitoria, «prolunga» gli effetti di una disposizione già dichiarata incostituzionale⁽³¹⁾: ipotesi, nella quale appunto ricade la vicenda dell'estenuante prolungamento dei vari regimi transitori televisivi in analogico terrestre⁽³²⁾.

Deve però rilevarsi che la Corte - evidentemente preoccupata più delle eventuali conseguenze economicamente negative a carico di Mediaset, che non dei

⁽³⁰⁾ In questo senso, sia pure non sempre limpidamente, v. Corte cost., sentenze nn.73/1963, 88/1966, 922/1988, 491/1989, 545/1990, 78/1992, 42/1993, 455/1993, 347/1999, 194/2002. In dottrina, in questo senso, v. **E. Cheli**, *Legge retroattiva di sanatoria e giudicato costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1963, p. 608 s.; **V. Crisafulli**, «Riproduzione» o «conferma» di norme dichiarate incostituzionali, *ivi.*, 1966, 1108 ss.; **A. Pizzorusso**, *Effetto di giudicato ed effetto di precedente delle sentenze della Corte costituzionale*, *ivi.*, 1966, 1990 ss. V. altresì le attente considerazioni di **R. Calvano**, *Brevi note in tema di giudicato costituzionale*, *cit.*, 2848 ss.

Alla stessa conclusione giunge, ancorché partendo dall'identificazione dell'oggetto del giudicato nella «questione», **F. Dal Canto**, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, *cit.*, *passim*, spec. 232 ss.

⁽³¹⁾ Corte cost., sentenza n. 223/1983 che si richiama alla sentenza n. 88/1966. Nel senso che il legislatore, con riferimento ai vizi materiali, non possa ripristinare la disposizione o la norma dichiarata incostituzionale, non solo *per il passato*, ma nemmeno *per il futuro* «qualora, nell'ambito della stessa vicenda politico-legislativa, la nuova legge si presentasse fornita di un significato antagonistico rispetto alla pronuncia d'incostituzionalità», v. **G. Zagrebelsky**, *La giustizia costituzionale*², Bologna 1988, 329, il quale, a ben vedere, sviluppa in questo senso quanto già sottolineato da **V. Crisafulli**, *La Corte costituzionale tra magistratura e Parlamento*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, vol. IV, Padova, 1958, 284, a proposito del significato politico-istituzionale della violazione del giudicato costituzionale. E' comunque evidente come entrambi tali illustri studiosi avessero configurato *ante litteram* l'ipotesi poi verificatasi a seguito della violazione sentenza n. 420/1994 da parte sia dei decreti Prodi del 1996 (a proposito dei quali v. **R. Calvano**, *Brevi note in tema di giudicato costituzionale*, *cit.*, 2843 ss.) che della legge Maccanico del 1997, nonché l'ipotesi della violazione della sent. n. 466/2002 da parte del d.l. n. 352/2003 e della l. n. 112/2004.

⁽³²⁾ Tali prolungamenti, fino alla legge Maccanico, hanno avuto come scopo prevalente, se non unico, quello di salvaguardare l'operatività delle reti della RTI-Fininvest (poi RTI-Mediaset). Dopo la l. n. 249/1997 hanno invece coinvolto la stessa RAI, in conseguenza del poco meditato collegamento (inteso a contestualmente «compensare» Mediaset per la cessazione delle trasmissioni in analogico terrestre di *Retequattro*) del destino delle risorse economiche di una delle tre reti RAI al destino di *Retequattro*. V. l'art. 3, comma 9, della l. n. 249/1997, specificamente richiamato in tal senso dalla sentenza n. 466/2002, *cons. in dir.*, n. 3.

danni nel frattempo subiti dei terzi⁽³³⁾ - non ha fatto applicazione, nella sentenza n. 466/2002, del principio del giudicato costituzionale nel significato sopra riportato.

La Corte ha anzi sottolineato, da un lato, che la fase transitoria precedente ed immediatamente successiva alla sentenza n. 420/1994 era stata da questa ritenuta legittima⁽³⁴⁾ e, dall'altro, non avrebbe dovuto essere considerata illegittima neanche «l'attuale prosecuzione, purché temporaneamente limitata» (fino al 31 dicembre 2003).

Una soluzione, quella prescelta dalla Corte nelle sentenze teste richiamate, che in primo luogo sembrerebbe smentire l'autorevole precisazione, secondo la quale, nell'ipotesi di legge riproduttiva di legge incostituzionale⁽³⁵⁾, il problema pratico sotteso alla problematica del cd. giudicato costituzionale «accenna a perdere di pratica importanza, nella misura in cui si concordi che, dovendo in ogni caso intervenire un nuovo giudizio di costituzionalità, in tanto sarà riscontrabile contrasto con l'art. 136, in quanto: a) la disposizione sia riconosciuta come "riproduttiva" della stessa norma che era stata dichiarata costituzionalmente illegittima; b) il vizio già accertato sia, a sua volta, riconosciuto tuttora sussistente anche nella disposizione "riproduttiva", per essere restate altresì immutate nel loro significato le norme costituzionali parametro»⁽³⁶⁾.

⁽³³⁾ Nel contesto della problematica della modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'accoglimento, chi scrive ha sempre richiamato l'attenzione degli studiosi sulla necessità di considerare le conseguenze sulle situazioni soggettive dei terzi derivanti dal diniego della retroattività della dichiarazione d'incostituzionalità. V. ad es. il mio, *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, in **AA.VV.**, *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche in riferimento alle esperienze straniere*. Seminario di studi presso la Corte costituzionale, Roma, 23 e 24 novembre 1988, Giuffrè, Milano, 1989, 62.

⁽³⁴⁾ Ciò la Corte aveva potuto fare, nella sentenza del 1994, in quanto, pur dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 15, comma 4, della l. n. 223/1990, non aveva invece dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 1, commi 1 e 3, d.l. 27 agosto 1993, n. 323, che consentiva provvisoriamente l'operatività degli impianti radiotelevisivi «per un periodo non superiore a tre anni» (e cioè fino al 27 agosto 1996). Quello della Corte, per la verità, è stato un mero espediente, posto che la proroga disposta dal d.l. n. 323/1993 non prescindeva dall'applicabilità agli imprenditori televisivi dell'art. 15, comma 4, dichiarato incostituzionale.

Con riferimento al salvataggio della normativa transitoria da parte della sentenza n. 420/1994, v. in particolare **R. Zaccaria**, *La Corte costituzionale applica direttamente il principio pluralistico in materia radiotelevisiva e ... «non fa il vuoto»*, in *Giur. cost.*, 3751 s.; **O. Grandinetti**, *Risorse pubblicitarie, stampa, emittenza locale e «pay-tv»: le grandi assenti nella decisione che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 15 comma 4 l. n. 223 del 1990*, *ivi*, p. 3759 s.; **G. Azzariti**, *La temporaneità perpetua, ovvero la giurisprudenza costituzionale in materia radiotelevisiva*. (*Rassegna critica*), *ivi*, 1995, 3077 s.

⁽³⁵⁾ ...come appunto è il caso dell'art. 3, comma 7, l. n. 249/1997 che ha consentito l'ultrattività dell'art. 15, comma 4, l. n. 223/1990, dichiarato incostituzionale dalla sentenza n. 420/1994.

⁽³⁶⁾ In questo senso v. **V. Crisafulli**, *«Riproduzione» o «conferma» di norme dichiarate incostituzionali*, *cit.*, 1112.

Per contro, nella sentenza n. 466/2002 - pur riconoscendosi, in sostanza (v. *cons. in dir.*, n. 7 sub B e C), l'identità della situazione normativa già precedentemente dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 420/1994 (e ancor prima accertata, ancorché non dichiarata, con la sentenza n. 826/1988) - la Corte non ha ritenuto illegittima né retroattivamente, né fino al 31 dicembre 2003, la fase transitoria a cui il dispositivo d'illegittimità costituzionale, ciò non di meno, si riferiva.

Tralasciando per il momento il problema della dissociazione degli effetti caducatori rispetto alla dichiarazione d'incostituzionalità⁽³⁷⁾, l'altro problema qui da affrontare è se la Corte possa, *motu proprio*, disporre degli effetti legali di una pronuncia d'accoglimento. Vale a dire, se possa affermare, nella stessa decisione, da un lato, che una data situazione normativa è «incostituzionale», e, dall'altro, che tale situazione deve, ciò non di meno, essere considerata «legittima» con riferimento non solo alla pregressa fase transitoria ma ancora per più di un altro anno⁽³⁸⁾.

In altre parole, se la struttura delle decisioni di accoglimento è costituita dall'accertamento dell'incostituzionalità di una norma di legge (o di un atto

⁽³⁷⁾ Dissociazione ritenuta inammissibile da **G. Zagrebelsky**, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità*, in **AA.VV.**, *Effetti temporali*, cit., 203. Nel medesimo senso v. anche, recisamente, **V. Onida**, *Considerazioni sul tema*, in **AA.VV.**, *Effetti temporali*, cit., p. 186: «Quanto alla proposta di riconoscere alla Corte costituzionale la “disponibilità” degli effetti temporali delle sue sentenze, come una facoltà in qualche modo implicita nel ruolo della Corte stessa, osserverei che disciplinare e determinare gli effetti delle sentenze significherebbe in realtà disciplinare e determinare l'efficacia di norme costituzionali, quindi incidere sulla stessa rigidità della Costituzione».

⁽³⁸⁾ Né si dica, a sostegno della decisione della Corte costituzionale, di non considerare illegittima la situazione normativa intercorrente tra il 21 novembre 2002 e il 31 dicembre 2003, che la sentenza n. 466/2002 non dichiara l'incostituzionalità del regime transitorio in analogico terrestre in sé e per sé considerato, bensì la sua protrazione fino al limite estremo della «tollerabilità», identificato dalla Corte nel 31 dicembre 2003, sulla base della delibera n. 346/2001 dell'AGCom (*cons. in dir.*, n. 11).

E' infatti facile obiettare che la sentenza dichiarativa d'incostituzionalità (*ex art. 136 Cost.*) riguarda le norme e gli atti legislativi, non gli atti e i comportamenti posti in essere in applicazione o in osservanza di essi. Pertanto affermare - come ha fatto la Corte - che l'incostituzionalità dell'art. 3, comma 7, l. n. 249/1997 sta nell'«aggancio a criteri e modalità fissati dal legislatore, non idonei ad assicurare (...) alcuna certezza di cessazione della fase transitoria entro un termine congruo e definitivo» (*cons. in dir.*, n. 10) equivale ad affermare che la norma era di per sé incostituzionale per non aver apposto alcun serio limite alla discrezionalità dell'AGCom. Pertanto l'art. 3, comma 7, avrebbe dovuto cessare di essere efficace (e quindi applicabile dai giudici comuni) sin dal giorno successivo al deposito della sentenza in cancelleria, con conseguente illegittimità derivata della delibera dell'AGCom (che si basava su di essa), pronunciabile dal giudice *a quo*.

Che poi l'AGCom avesse, nella specie, *abusato* della sua «funzione garantistica» nell'adozione della delibera n. 346/2001 (non avendo fissato un termine ineludibile), non implica affatto che la Corte costituzionale potesse rimediare con un'additiva, essendo arcinoto che la Corte, nel giudizio di legittimità costituzionale, non giudica della legittimità dei provvedimenti amministrativi e quindi non può incidere sul contenuto prescrittivo dei medesimi.

legislativo) e dal conseguente dispositivo d'annullamento avente immediati ed automatici effetti caducatori; e se alla ricorrenza di tale fattispecie si ricollegano *ope legis* gli effetti retroattivi previsti dal combinato disposto dell'art. 136, comma 1, Cost. con l'art. 24, commi 1 e 2, Cost. e con l'art. 1 l. cost. n. 1/1948 ⁽³⁹⁾ (e non - come in genere si ritiene - dal combinato disposto dell'art. 136, comma 1, Cost. con l'art. 30 l. n. 87/1953), è doveroso chiedersi:

- se la Corte possa sottrarre al giudice *a quo* il potere di valutare, alla luce di norme «non invalide», la situazione di fatto già disciplinata dall'atto o dalla norma dichiarata incostituzionale⁽⁴⁰⁾;
- o se, tutt'al contrario, il giudice comune conservi il potere di valutare gli effetti legali della decisione d'incostituzionalità ai sensi dell'art. 136 Cost. e dell'art. 30 l. n. 87/1953⁽⁴¹⁾, e possa quindi autonomamente qualificare come «ingiusti» (e quindi risarcibili *ex art. 2043 c.c.*) i danni arrecati da un soggetto privato o pubblico, nella vigenza di una legge poi dichiarata incostituzionale.

Per vero, nella sentenza n. 466/2002, la Corte ha ritenuto - in forza di un asserito (ma inesistente) «potere costitutivo discrezionale»⁽⁴²⁾ - di disporre non solo dell'automatico effetto ablativo, ma addirittura degli effetti legali derivanti dalla pronuncia d'incostituzionalità (e cioè la qualificazione, in termini di invalidità, della norma legislativa dichiarata incostituzionale), e lo ha fatto senza motivare sul punto, e quindi senza minimamente evidenziare il valore costituzionale che, a voler tutto

⁽³⁹⁾ Per la dimostrazione che la retroattività delle decisioni d'accoglimento discende dall'art. 136 comma 1 Cost., nel combinato disposto con l'art. 24, commi 1 e 2, Cost. e con l'art. 1 l. cost. n. 1/1948 (e non, invece, dall'art. 30 l. 11 marzo 1953, n. 87), con la conseguenza di collocare *a livello esclusivamente costituzionale* la retroattività degli effetti della decisione d'incostituzionalità della Corte costituzionale, v. il mio *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, cit., p. 56 ss.

⁽⁴⁰⁾ V. **M. Cartabia**, *Nuovi sviluppi nelle «competenze comunitarie» della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1989, parte I, p. 1021, che rileva, giustamente, che «...ogni situazione in cui sia esercitabile il diritto alla tutela giudiziaria richiede non solo che sia accordato il diritto di prospettare la questione di legittimità (costituzionale) delle norme, ma anche che essa sia definita sulla base di norme non invalide».

⁽⁴¹⁾ V. in questo senso **G. Zagrebelsky**, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità*, cit., p. 219, il quale sottolineava che «...la pretesa della Corte di gestire gli effetti retroattivi delle sue pronunce (fuori del caso dell'incostituzionalità sopravvenuta) non potrebbe alla fine essere efficacemente difesa dalla Corte contro un divergente orientamento della magistratura comune, che ritenesse invece tali effetti integralmente e inderogabilmente regolati dal diritto».

⁽⁴²⁾ Nega giustamente l'esistenza di un siffatto potere discrezionale **G. Zagrebelsky**, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità*, cit., p. 199.

concedere, nella specie giustificerebbe una siffatta deroga ad elementari principi di logica⁽⁴³⁾.

Mi rendo ben conto che insistere criticamente sul punto potrebbe sembrare irrealistico o addirittura ingenuo, dati i ripetuti casi giurisprudenziali nei quali la Corte ha operato sia la dissociazione della dichiarazione d'incostituzionalità rispetto alla valutazione in termini di illegittimità della situazione legislativa (precedente o successiva), sia la dissociazione della pronuncia d'incostituzionalità rispetto agli immediati ed automatici effetti caducatori.

Ciò non di meno, la peculiarità dell'ipotesi qui esaminata - che si riassume in una situazione di conclamata illegittimità costituzionale che si prolunga da un ventennio, senza - lo ripeto - la giustificazione di alcun valore o principio costituzionale, ma anzi ripetutamente stigmatizzata, in via ufficiale, anche in sede internazionale ⁽⁴⁴⁾ - induce a sostenere, con decisione, la tesi secondo la quale eventuali deroghe ai principi derivanti dagli artt. 24, commi 1 e 2, e 136, comma 1, Cost. e dall'art. 1 l. cost. n. 1/1948, se giustificabili in altre ipotesi ⁽⁴⁵⁾, non erano e non sono giustificabili con riferimento alla sentenza n. 466/2002.

⁽⁴³⁾ Si tenga presente che, nella problematica della modulazione degli effetti delle sentenze della Corte, la dottrina prevalente tende a ritenere che i limiti alla naturale retroattività delle pronunce di annullamento devono basarsi su specifici valori costituzionali in gioco, non esistendo un autonomo potere della Corte di graduare l'accertamento dell'incostituzionalità. Per tutti, v. **F. Modugno**, *Considerazioni sul tema*, in **AA.VV.**, *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., 15 ss.

Deve però sottolinearsi che il problema, così impostato, non è risolto, ma si sposta nell'altro problema dell'individuazione dei valori costituzionali idonei a paralizzare la retroattività. Ad es., prova troppo la tesi secondo la quale la graduale «adempienza» del legislatore costituirebbe un valore costituzionale a sé stante (così **F. Modugno**, *Considerazione sul tema*, cit. 18; **M. Ruotolo**, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Cedam, Padova, 2000, 238 s.), essendo evidente che il riconoscimento di un siffatto valore giustificerebbe sistematicamente l'elusione di qualsiasi declaratoria d'incostituzionalità che coinvolgesse normative provvisorie o transitorie. E ciò è tanto vero che **M. Ruotolo**, *La dimensione temporale dell'invalidità*, cit., 242, ammette che tali tecniche, in tanto sono efficaci, «in quanto si instauri un effettivo rapporto di collaborazione tra Corte e Parlamento».

Comunque sia «lo spostamento in avanti della dichiarazione d'incostituzionalità non può mai raggiungere proporzioni tali da spezzare il legame funzionale tra la decisione della Corte e la difesa delle posizioni soggettive da cui l'incidente di costituzionalità ha preso avvio e di quelle altre che alle prime sono da assimilare in forza dell'eguaglianza di fronte alla legge». Così, esattamente, **G. Zagrebelsky**, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità*, cit., 199.

⁽⁴⁴⁾ Si vedano, ad es., la *Risoluzione del Parlamento europeo sui rischi di violazione, nell'UE e particolarmente in Italia, della libertà di espressione e di informazione* (2003/2237(INI)) del 22 aprile 2004, e la *Risoluzione* (n. 1387/2004) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa del 24 giugno 2004 sul tema *Monopolisation of the Electronic Media and Possible Abuse of Power in Italy*.

⁽⁴⁵⁾ Esempio, in tale senso, è la recente sentenza n. 13/2004, che, pur accogliendo il ricorso della Regione Emilia-Romagna contro una legge statale che dettava disposizioni in materia di organizzazione scolastica, ha escluso la caducazione immediata, in quanto questa provocherebbe «effetti ancor più incompatibili con la Costituzione», posto che «alla erogazione del servizio sono collegati diritti fondamentali della persona, che fanno capo in primo luogo agli studenti e alle loro famiglie, ma che riguardano anche il personale docente e le aspettative di questo circa la propria

L'indirizzo fatto proprio dalla sentenza n. 466/2002 si pone infatti in stridente contrasto con il principio costituzionale di azione e di difesa, se è vero, com'è vero, che tale decisione perviene ad una soluzione che è paradossale sotto il profilo della rilevanza.

7. Segue. Le sentenze d'incostituzionalità «prive di rilevanza».

Come è stato infatti acutamente rilevato proprio con riferimento alla sentenza n. 466/2002 ⁽⁴⁶⁾, la valutazione della rilevanza ha funzionato, in essa, soltanto «"in ingresso" (ossia come ragionevole previsione del giudice *a quo* dell'influenza della questione sul processo principale), rimanendo però priva di un'effettiva rilevanza "in uscita", dal momento che, non essendo stato caducato con effetto automatico il regime transitorio censurato, l'auspicata implementazione delle risorse radiotrasmissive disponibili non si è prodotta».

Ebbene ciò richiama alla mente quanto la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 232/1989, aveva avuto modo di sottolineare a proposito di una sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, resa ai sensi del vecchio art. 177 TCE (ora art. 234). Affermò allora la nostra Corte che «... il diritto di ognuno ad avere per qualsiasi controversia un giudice e un giudizio verrebbe a svuotarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice, il quale dubiti della legittimità di una norma che dovrebbe applicare, si veda rispondere dalla autorità giurisdizionale cui è tenuto a rivolgersi, che effettivamente la norma non è valida, ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe quindi essere deciso con l'applicazione di una norma riconosciuta illegittima»⁽⁴⁷⁾.

Ma - dobbiamo allora chiederci - quello che la Corte costituzionale ha fatto con la sentenza n. 466/2002 non è forse proprio quello che in precedenza essa aveva

posizione lavorativa». Nel medesimo senso v. la sentenza n. 370/2003. Confermativa dell'indirizzo secondo il quale l'effetto caducatorio deve essere immediato, quando la caducazione immediata non comporti diretto e immediato pregiudizio ai diritti delle persone, è la sentenza n. 16/2004.

⁽⁴⁶⁾ **P. Costanzo**, *La libertà d'informazione non può più attendere: ma la Corte continua ad ammettere il transitorio pur censurando l'indefinito*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3899.

⁽⁴⁷⁾ In *Giur. cost.*, 1989, parte I, spec. p. 1009, con osservazione di **M. Cartabia**, *Nuovi sviluppi nelle «competenze comunitarie» della Corte costituzionale*, cit., pp. 1012 ss., spec. 1021, la quale, in punto di tutela del diritto di difesa, esplicitamente affermava «di poter giungere a conclusioni più drastiche di quelle formulate dalla Corte».

rimproverato⁽⁴⁸⁾ alla Corte del Lussemburgo? E, si badi, il rilievo è tanto più stridente, in quanto, diversamente dalla Corte costituzionale, la Corte di giustizia delle Comunità europee ha, senza alcun dubbio, il potere di precisare «gli effetti del regolamento annullato che devono essere considerati come definitivi» (art. 174, comma 2, TCE).

Un siffatto duplice paradosso (l'aver deciso una sentenza con esiti non rilevanti nel giudizio *a quo* e l'esser caduta nello stesso errore rimproverato alla Corte di giustizia) sembrerebbe confermare le perplessità che solleva la sentenza più volte citata, la quale, come altre decisioni politicamente importanti, si segnala per le «invenzioni» che caratterizzano la tipologia di tali decisioni.

Per limitarci, in tale ottica, alle decisioni in materia televisiva varrà ricordare:

- la sentenza n. 225/1974, che dichiarò l'incostituzionalità degli artt. 1, 166, 168, n. 5, 178 e 251 cod. post. 1936 e degli artt. 1, 183 e 195 cod. post. 1973, per quel che tali articoli... *non dicevano* a proposito di ciò che la Corte intendeva dichiarare incostituzionale, e cioè la disciplina delle modalità d'esercizio del monopolio statale radiotelevisivo allora esistente (tale disciplina era infatti contenuta nella convenzione di concessione, che però la Corte non poteva annullare, esulando dalle sue competenze);

- la sentenza n. 826/1988, che, dopo una delle più estese motivazioni che siano state redatte in punto di incostituzionalità, ...omise di dichiarare formalmente l'illegittimità costituzionale del d.l. n. 807/1984, in nome della «provvisorietà» di tale disciplina⁽⁴⁹⁾;

⁽⁴⁸⁾ Così si era espressa la Corte costituzionale nel n. 4.1 del *cons. in dir.* della sentenza n. 232/1989: «... Ove però la sentenza arrivi ad escludere dalla efficacia della dichiarazione di invalidità l'atto o gli atti stessi oggetto della controversia che ha provocato il ricorso pregiudiziale alla Corte da parte del giudice nazionale, non si può nascondere che sorgono gravi perplessità in ordine alla compatibilità con il contenuto essenziale del diritto alla tutela giurisdizionale della norma che consente una pronuncia siffatta.

Invero, una volta riconosciuta l'importanza del procedimento previsto dall'art. 177 Trattato ai fini della realizzazione di un compiuto sistema di tutela giurisdizionale a garanzia dei diritti dei singoli nell'ordinamento comunitario, non può non apparire in contraddizione con la natura stessa di una sentenza pregiudiziale, e con la relazione necessaria che intercorre fra un giudizio incidentale e giudizio principale, l'ipotesi in cui la sentenza emanata nel giudizio incidentale non possa trovare applicazione nel giudizio incidentale che l'ha provocata».

⁽⁴⁹⁾ Significativa, ma per altro verso, è anche l'ordinanza n. 438/1990, e cioè la decisione che servì all'allora Presidente della Corte costituzionale Francesco Saja per indurre il Parlamento ad una sollecita approvazione della legge Mammi, pena la dichiarazione d'incostituzionalità dei cd. decreti Berlusconi. Sulle vicende che determinarono tale decisione, v. **P.A. Capotosti**, *Tanto tuonò...ma non piovve*, in *Giur. cost.*, 1990, 2622 ss.

- la sentenza n. 420/1994, con la quale la Corte, pur dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 15, comma 4, della l. n. 223/1990, non dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 1, commi 1 e 3, d.l. n. 323/1993, che consentiva provvisoriamente l'operatività degli impianti radiotelevisivi «per un periodo non superiore a tre anni» (e cioè fino al 27 agosto 1996), anche se la proroga disposta dal d.l. n. 323/1993 non prescindeva affatto dall'applicabilità agli imprenditori televisivi dell'art. 15, comma 4, dichiarato incostituzionale.

E così è pure accaduto con la sentenza n. 466/2002, nella quale la Corte, non solo non ha collegato alla dichiarazione di illegittimità costituzionale la valutazione negativa, in termini di invalidità, della norma legislativa, ma ha altresì scisso l'accertamento dell'incostituzionalità dai conseguenti effetti caducatori.

Munendo tale pronuncia di un dispositivo d'annullamento a «scoppio ritardato», la Corte ha conferito al legislatore (e cioè allo stesso autore della legge dichiarata incostituzionale) la disponibilità degli effetti caducatori, i quali, ai sensi dell'art. 136 comma 1, Cost., dovrebbero invece costituire un tutt'uno con la pronuncia d'incostituzionalità.

In altre parole, la Corte, consapevolmente o non, ha finito per consegnare «Cappuccetto rosso», e cioè la decisione sull'incostituzionalità dell'art. 3 comma 7 l. n. 249/1997, al «lupo», e cioè il legislatore incostituzionale; e il lupo, con il d.l. n. 352/2003, l'ha tranquillamente divorata.

Che ciò si ponga in stridente contrasto con il diritto costituzionale di azione e di difesa, è stato sottolineato - come abbiamo visto - dalla stessa Corte costituzionale. Ma il punto non è solo questo, bensì anche l'altro sopra evidenziato, e cioè se, in circostanze come queste, il giudice comune conservi il potere di valutare gli effetti legali della decisione d'incostituzionalità e possa quindi autonomamente qualificare come «ingiusti» (e quindi risarcibili *ex art. 2043 c.c.*) i danni arrecati da un soggetto privato o pubblico, nella vigenza di una legge poi dichiarata incostituzionale. E poiché l'accertamento dell'illegittimità di una data situazione costituisce appunto l'effetto legale della dichiarazione d'incostituzionalità, la risposta non può non essere positiva.

La Corte costituzionale può infatti accertare l'incostituzionalità e non dichiararla (come nell'ipotesi della sentenza n. 826/1988), e questa è appunto l'unica via che le si schiude quando la dichiarazione d'incostituzionalità provocherebbe conseguenze sotto altro profilo incostituzionali, perché ciò vuol dire che alla fattispecie concreta non si applica la norma costituzionale invocata, ma tutt'altra norma costituzionale⁽⁵⁰⁾. Ma se la Corte ritiene di dichiarare l'incostituzionalità, allora non può né scindere gli immediati e automatici effetti caducatori dalla decisione d'incostituzionalità (perché ciò finisce per rendere inutile questa decisione proprio nel giudizio che l'aveva provocata), né può - a pena di contraddirsi manifestamente - statuire che una data situazione normativa è incostituzionale e, nel contempo, affermare che la relativa disciplina non è contraria a diritto.

8. Ulteriori profili d'illegittimità costituzionale della fase d'avvio delle trasmissioni in digitale terrestre come espediente per il prolungamento della fase transitoria dell'analogico terrestre.

Come già si è avuto modo di rilevare, il d.l. n. 232/2003 non contiene «*le modalità di definitiva cessazione del regime transitorio della legge 31 luglio 1997, n. 249*», come enfaticamente proclamato nell'intitolazione del decreto, ma, unitamente alla l. n. 43/2004 e alla legge Gasparri, ha in effetti sovrapposto la disciplina della fase di avvio delle trasmissioni televisive in tecnica digitale al precedente regime transitorio dell'analogico terrestre. Conseguentemente l'operatività in analogico terrestre delle reti eccedenti *Retequattro* e *Prima TV* dovrebbe durare fino alla «completa attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze in tecnica digitale» (artt. 15, comma 1; 23, comma 1; 25, comma 8, l. n. 112/2004) e quindi addirittura ben oltre il termine del 31 dicembre 2006, ottimisticamente indicato dall'art. 2 *bis*, comma 5, l. n. 66/2001.

Anzi, per come risultano strutturate le modalità per l'avvio delle trasmissioni in digitale (la cui disciplina, ancorché sottoposta alla condizione sospensiva

⁽⁵⁰⁾ Le ipotesi ricordate *supra* alla nota 43, a ben vedere, non concernono l'ipotesi di un contrasto tra norme costituzionali disciplinanti la stessa fattispecie, bensì l'ipotesi dell'esercizio incostituzionale di una competenza legislativa, da parte dello Stato, che se venisse dichiarata con effetto immediato provocherebbe maggiori danni ai cittadini di quanti ne produca l'invasione, da parte dello Stato, della competenza legislativa regionale.

dell'accertamento del grado di utenza potenziale delle trasmissioni in digitale terrestre^[51], ne dava già per scontato l'esito positivo...), è del tutto evidente che l'avvio del digitale terrestre non fosse l'obiettivo diretto, ma un espediente per prolungare quella precedente fase transitoria che, a parole, si affermava di voler chiudere⁽⁵²⁾.

Per vero, se l'interesse primario del legislatore non fosse stato quello di prolungare ulteriormente lo *status quo* precedente (per di più rafforzando ulteriormente la posizione di Mediaset nel sistema delle comunicazioni), la logica e il rispetto delle istituzioni (Capo dello Stato e Corte costituzionale) avrebbero voluto:

a) che in tempi sufficientemente ristretti venissero «liberate» le frequenze in analogico terrestre illegittimamente occupate sia dalle reti eccedenti *Retequattro* e *Prima TV*, sia dalle altre emittenti che hanno un annoso contenzioso con il Ministero delle Comunicazioni per la disattivazione di impianti abusivamente operanti (senza che la p.a. si faccia parte diligente per giungere alla pronuncia giurisdizionale definitiva);

b) che tali frequenze in analogico terrestre, una volta tornate nella disponibilità del Ministero delle Comunicazioni, venissero riassegnate, con procedura obiettiva, trasparente, proporzionale e non discriminatoria, ai titolari di concessione televisiva nazionale e locale del tutto privi di radiofrequenze⁽⁵³⁾ o aventi una copertura ridotta;

c) che la RAI non fosse fatta oggetto del processo di radicale privatizzazione previsto dall'art. 21, l. n. 112/2004, il quale, da un lato, è in antitesi con le funzioni di un servizio pubblico e, dall'altro, è attuato con modalità tali che sembrerebbero piuttosto volerla asservire, almeno nei primi anni, alla volontà della maggioranza di governo (art. 20, comma 7, l. n. 112/2004)⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵¹⁾V. l'art. 25, commi 8 e 11 nel combinato disposto con i commi 3 e 4, l. n. 112/2004

⁽⁵²⁾ **O. Grandinetti**, *Il «nodo» televisivo e le «magnifiche sorti e progressive» del digitale terrestre*, cit., p. 668.

⁽⁵³⁾ E' il caso dell'emittente *Centro Europa 7*, titolare di concessione nazionale televisiva dal 1999, ma priva delle relative radiofrequenze. A questa ipotesi fa riferimento l'ex Capo dello Stato O.L. Scalfaro nell'intervista di **V. Ragone**, *Scalfaro e la norma salva-Fede: «E' solo un ricatto di Mediaset»*, in *La Repubblica*, 18 dicembre 2003, 7.

⁽⁵⁴⁾ In senso fortemente critico circa la privatizzazione dell'emittente del servizio pubblico radiotelevisivo v. il mio *Verso la fine del servizio pubblico radiotelevisivo?*, in *La riforma del sistema radiotelevisivo*, cit., in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 2004, negli *Studi in onore di Giorgio Berti*, Giuffrè, Milano, 2004, nonché nel sito <http://www.eius.it>.

In tale contributo, anche alla luce dell'esperienza degli altri paesi europei, sostengo, ancora una volta, oltre alla inconciliabilità della logica del servizio pubblico con la sua privatizzazione, che il canone del servizio pubblico

Solo con queste premesse il passaggio graduale al digitale terrestre, ancorché in *simulcast* (e cioè mediante l'utilizzo, da parte delle stesse emittenti, della tecnica trasmissiva in analogico terrestre), non avrebbe sollevato obiezioni circa la sua palese strumentalità al mantenimento dello *status quo* e, addirittura, al rafforzamento della posizione dominante di Mediaset.

La volontà di consentire, a tutti i costi, la permanenza di *Retequattro* (e, conseguentemente, di *Prima TV*) sull'analogico terrestre conduce invece, oltre che alla violazione del giudicato costituzionale di cui alla sentenza n. 466/2002, alla costituzione di una ancor più consistente barriera all'ingresso dei *new entrants* nel settore televisivo (come era stato ripetutamente, ma inutilmente, paventato dal Presidente dell'Antitrust).

Gli *incumbents* sono stati infatti favoriti,

a) quanto al limite massimo dei programmi, che, per ogni soggetto che abbia una copertura potenziale pari al 50 per cento della popolazione⁽⁵⁵⁾, è addirittura del

radiotelevisivo dovrebbe essere progressivamente aumentato allo scopo di sottrarre, altrettanto progressivamente, la RAI dal «ricatto» dell'*audience*, l'attenzione per la quale (ai fini della vendita degli spazi pubblicitari) rende ormai la programmazione del servizio pubblico sostanzialmente omologa a quella delle reti commerciali.

Oltre tutto, la conseguente limitazione delle entrate pubblicitarie della RAI determinerebbe per converso la salutare «liberazione» di cospicue risorse finanziarie, le quali, in forza di opportune disposizioni legislative, potrebbero affluire alle altre (minori) emittenti radiotelevisive private nonché alla stampa.

Il costante declino del canone, nell'ambito delle risorse del sistema, è stato sottolineato anche dal Presidente dell'AGCom nella presentazione della *Relazione annuale sull'attività svolta e sui programmi di lavoro. Presentazione del Presidente dell'Autorità*, Roma, 9 luglio 2004, p. 19.

⁽⁵⁵⁾ Sotto tale profilo la disciplina della legge Gasparri (art. 25, comma 8, con riferimento all'art. 2, comma 1, lett. i) e l), ricorda un'*escamotage* utilizzato dall'allora Ministro delle PP.TT. per favorire il gruppo Berlusconi-Fininvest ai tempi della prima applicazione della legge Mammi.

Per poter pianificare dodici reti nazionali (il che era necessario per consentire alla RTI-Fininvest di mantenere le proprie tre reti, posto che nessun soggetto poteva controllarne più del 25 per cento: art. 15, comma 4, l. n. 223/1990), si pensò bene di disporre che «Per esercizio in ambito nazionale si intende quello effettuato con rete che assicuri la diffusione in almeno il 60 per cento del territorio nazionale» (art. 3, comma 11, l. n. 223/1990). Equiparando le emittenti che coprivano solo il 60 per cento del territorio (ma, in effetti, assai meno!) alle emittenti che già allora superavano di gran lunga l'80 per cento del territorio, come quelle della RAI e di Fininvest, il legislatore consentiva di raggiungere, sia pure *oborto collo*, il fatidico numero di dodici reti complessive, il che permetteva alla RTI del gruppo Berlusconi-Fininvest di mantenere le sue tre reti nazionali.

Ma la Corte costituzionale, con una decisione interpretativa di rigetto resa nell'ambito della sentenza d'accoglimento n. 420/1994 (*cons. in dir.*, n. 11), decise che una siffatta interpretazione - e cioè che le reti nazionali potessero avere una diversa copertura - dovesse ritenersi illegittima e dovesse quindi essere aprioristicamente respinta.

Ebbene, questo ricordo torna ora alla mente leggendo l'art. 2, comma 1, lett. i) e l), che - con effetti sul calcolo dei programmi nel periodo transitorio - equipara alle reti effettivamente nazionali le reti che coprono il 50 per cento. Le finalità della individuazione della base di calcolo - non c'è bisogno di dirlo - è la stessa di quella che, nel 1992, fece promuovere al rango di rete nazionale anche le reti aventi una copertura addirittura inferiore al 60 per cento; e cioè di consentire l'operatività in analogico terrestre anche della terza rete di RTI-Mediaset..

20 per cento del totale dei programmi irradiati *indifferentemente* in tecnica analogica o digitale (art. 25, comma 8, l. n. 112/2004)⁽⁵⁶⁾;

b) quanto alla generalizzata autorizzazione *ex lege* (e cioè il cd. «*generale assentimento*»: art. 23, commi 1 e 5, l. n. 112/2004), che spetta a tutti i soggetti che a qualunque titolo esercitino attività di radiodiffusione televisiva in ambito nazionale e locale (il che consente a *tutte* le emittenti, anche quelle che non avevano ottenuto la concessione nel 1999, come appunto le reti «eccedenti» *Retequattro* e *Prima TV*, di proseguire nelle trasmissioni);

c) quanto alla raccolta delle risorse pubblicitarie, posto che il SIC - fatto ripetutamente oggetto di critiche soprattutto da parte dell'Antitrust⁽⁵⁷⁾ - è immediatamente applicabile anche nella fase transitoria (art. 15, comma 2, l. n. 112/2004).

Gli artt. 2, comma 1, lett. i) e l); 15, commi 2 e 3; 23, commi 1 e 5; 25, commi 8 e 11 dovrebbero perciò ritenersi illegittimi non solo a causa della violazione del giudicato costituzionale (artt. 136, comma 1, e 137, comma 3, Cost.), ma, *a fortiori*, a causa della violazione dei principi del pluralismo e della libera concorrenza (artt. 3, 21 e 41 Cost.), così come già accertato e dalla sentenza n. 466/2002 e, già prima, dalla sentenza n. 420/1994.

A tali parametri costituzionali andrebbero inoltre aggiunti l'art. 117, comma 2, lett. e), e gli artt. 97, comma 1, e 24, commi 1 e 2, Cost.: il primo in conseguenza della violazione della «doverosa» tutela della concorrenza⁽⁵⁸⁾ da parte della legislazione dello Stato, i secondi - per quanto detto⁽⁵⁹⁾ - in conseguenza della violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della p.a. e dell'inviolabile diritto di azione e di difesa, con riferimento ai soggetti che siano stati concretamente

⁽⁵⁶⁾ A ciò si aggiunga che, per la RAI, i programmi irradiati in tecnica digitale avvalendosi della riserva di blocchi di diffusione prevista dalla l. n. 66/2001, non concorrono al raggiungimento di tale limite (art. 25, comma 10, l. n. 112/2004).

⁽⁵⁷⁾ V. *supra* le note 6 e 12, nonché il § 3.

⁽⁵⁸⁾ Nel senso che l'art. 117, comma 2, lett. e), Cost. «imponga» allo Stato di tutelare la concorrenza, v.. **G. Corso**, *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 985, nonché, se si vuole, la mia nota *Gli aiuti di Stato sono forme di «tutela» della concorrenza?*, in *Giur. cost.* 2004, p. 263.

⁽⁵⁹⁾ V. *supra* i §§ 6 e 7.

pregiudicati nei propri diritti e interessi dal d.l. n. 352/2003 e dalla legge Gasparri, nella pendenza dell'attuazione del procedimento di concessione⁽⁶⁰⁾ ovvero nel corso del conseguente procedimento giurisdizionale.

Rispetto alle precedenti sentenze del 1994 e del 2002, oltre alla doverosa tutela costituzionale della libertà di concorrenza, c'è un'altra novità. Il 25 luglio 2003 sono entrate in vigore le quattro direttive comunitarie⁽⁶¹⁾, adottate dal Parlamento e dal Consiglio dell'Unione Europea il 7 marzo 2002, le quali costituiscono il nuovo quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, ivi compresi i programmi radiotelevisivi⁽⁶²⁾, espressamente applicabile anche alle autorizzazioni (e alle concessioni) preesistenti⁽⁶³⁾.

Ebbene, tali direttive sono state più volte richiamate nel corso dei lavori parlamentari sia dall'AGCom, per sottolinearne la valenza (non solo come diritto comunitario immediatamente applicabile, ma anche) come «norme interposte» ai fini del giudizio di legittimità costituzionale (ai sensi del «nuovo» art. 117, comma 1, Cost.)⁽⁶⁴⁾, sia dall'Antitrust, in considerazione sia del vantaggio concorrenziale che la legge Gasparri attribuisce agli *incumbents* rispetto ai *new entrants* per quanto riguarda l'utilizzazione delle frequenze occupate di fatto, sia della violazione dei rigorosi criteri previsti per l'assegnazione e per l'uso delle frequenze (art. 9 dir. 2002/21/CE; artt. 5, comma 2, e 7, comma 3, dir. 2002/20/CE)⁽⁶⁵⁾.

Di qui la conseguenza che, fermi restando gli effetti diretti discendenti dalle direttive *self-executing* nei rapporti verticali (e cioè nei rapporti tra la p.a. concedente e i concessionari) - il che è assolutamente pacifico -, potrebbe, in aggiunta a ciò, sostenersi che, in virtù del «nuovo» art. 117, comma 1, Cost., tali direttive esplichino

⁽⁶⁰⁾ E' il caso dell'emittente *Centro Europa 7*, titolare di concessione nazionale televisiva dal 1999, alla quale però non sono state assegnate le relative radiofrequenze. V. *supra* la nota 53.

⁽⁶¹⁾ Dir. 2002/19/CE, dir. «accesso», dir. 2002/20/CE, «autorizzazioni», dir.2002/21/CE «quadro», dir. 2002/22/CE «servizi».

⁽⁶²⁾ Art. 2, lett. a) e c) dir. 2000/21/CE.

⁽⁶³⁾ Art. 17, dir. 2002/20/CE.

⁽⁶⁴⁾ V. l'intervento del Presidente dell'AGCom, nell'audizione del 10 settembre 2003 dinanzi alle Commissioni riunite VII e IX della Camera dei deputati.

⁽⁶⁵⁾ V. *supra* le note 6 e 12 nonché il § 3.

altresì, *ope constitutionis*, un effetto diretto anche nei rapporti orizzontali (e cioè nei rapporti tra privati)⁽⁶⁶⁾, non diversamente da quanto accade per l'inosservanza della Costituzione nei rapporti privatistici o pubblicistici basati su legge incostituzionale⁽⁶⁷⁾. Altrimenti, a voler sostenere il contrario, la modifica dell'art. 117, comma 1, Cost. non avrebbe aggiunto nulla a quanto già statuito in giurisprudenza alla stregua dell'art. 11 Cost.

⁽⁶⁶⁾ In dottrina, in tal senso v. **R. Mastroianni**, *Sanzioni nazionali per violazione del diritto comunitario: il caso del falso in bilancia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2003, p. 660 ss.

⁽⁶⁷⁾ Sul problema, anche per ulteriori riferimenti, v. la mia *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*³, Cedam, Padova, 2003, p. 182 s.