



Dipartimento di Scienze Politiche Cattedra di Diritto di Diritto dell'Economia

Il caso Centro Europa 7 e il duopolio pubblico-privato della radiotelevisione

RELATORE

Prof. Giuseppe Di Gaspare

CANDIDATO

Rachele Canale

Matr. 069662

ANNO ACCADEMICO

2014/2015

INDICE

Introduzione	2
1. Le origini del caso Centro Europa 7	
1.1. La legge Maccanico e il Piano nazionale di assegnazione delle frequenze	7
1.2. La procedura per l'assegnazione delle concessioni e il regime transitorio prolungato	10
1.3. La sentenza n. 466 del 2002 della Corte Costituzionale	12
1.4. La legge Gasparri	16
2. L'odissea dei ricorsi di Centro Europa 7	
2.1. I ricorsi al T.A.R. nel 2000 e 2003	22
2.2. Il ricorso in appello al Consiglio di Stato e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea	26
2.3. La decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea	30
2.4. «La televisione che non c'è ha avuto l'assegnazione di una frequenza che non c'è»	34
2.5. Il risarcimento del danno secondo il Consiglio di Stato	38
3. La condanna dell'Italia dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo	
3.1. L'approccio della Corte di Strasburgo	43
3.2. La violazione della libertà di espressione	45
3.3. La violazione del diritto al pieno godimento della proprietà	49
3.4. Il riconoscimento di un'equa soddisfazione	53
Bibliografia	57
Cronologia delle fonti giuridiche	61

Introduzione

Il caso Centro Europa 7 non è solo la storia di una lunga e complessa vicenda giudiziaria, ma anche un'approfondita narrazione dell'evoluzione del sistema televisivo italiano sotto il profilo normativo e tecnologico. Dal cosiddetto "Far West" televisivo degli anni '70 e '80 fino all'avvenuta transizione alla televisione digitale terrestre nel 2012, nonostante i ripetuti interventi del legislatore, della Corte Costituzionale, della Commissione Europea e, finanche, della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, si è consolidato un sostanziale duopolio pubblico- privato nel settore televisivo facente capo alla società concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo, la Rai, e al "conglomerato mediatico" controllato dalla famiglia Berlusconi, Mediaset.

Protagonista della vicenda è l'emittente televisiva Europa 7, nata in seguito all'acquisizione della rete televisiva Italia 7 da parte dell'imprenditore ed editore abruzzese Francesco Di Stefano, già proprietario della syndication avente come capofila Tvr Voxson. Di Stefano acquista Italia 7 nel 1996 dalla società D.A.P.S., che, nel 1994, guidata dall'editore Giampiero Ades, aveva ottenuto la rete dal gruppo Fininvest¹. Solo il 1° gennaio 1999, Italia 7 assume la denominazione di Europa 7.

L'ambizione dell'editore abruzzese è quella di rendere Europa 7 una rete televisiva nazionale, per cui, nel 1999, decide di partecipare alla gara per il rilascio delle concessioni a trasmettere su scala nazionale, prevista dalla L. 31 luglio 1997 n.249, la cosiddetta legge Maccanico.

La società, vincendo la gara, ottiene la concessione, ma le frequenze necessarie a trasmettere su scala nazionale non le saranno riconosciute per lungo tempo. Il Piano nazionale di assegnazione delle frequenze, di competenza

¹ Fininvest gestiva Italia 7 dal 1987. In seguito alla legge 6 agosto 1990, n. 223, la cosiddetta legge Mammì, che fissava il 25% come tetto massimo per la proprietà di reti televisive nazionali da parte di un unico operatore, il gruppo abbandonò il progetto originario di creare un quarto canale nazionale (Italia 7) da dedicare al pubblico maschile. Per cui nel 1994 Italia 7 fu ceduta alla D.A.P.S.

dell'AGCOM, determinante gli impianti che Europa 7 avrebbe dovuto utilizzare per le trasmissioni, di fatto, non verrà mai attuato. La vicenda si complica ulteriormente a causa del regime transitorio “permanente” che interessa Rete 4. Infatti, alla luce dei vincoli antitrust imposti dalla legge Maccanico, la rete, poiché “eccedente” i limiti, dovrebbe essere trasferita sul digitale entro un termine stabilito dall'Autorità “in relazione all'effettivo e congruo sviluppo dell'utenza dei programmi radiotelevisivi via satellite e via cavo”. Tale termine non sarà mai indicato, riducendo, così, ulteriormente, le possibilità di accesso al sistema televisivo di altri operatori. Da questo momento in poi, dunque, il caso Centro Europa 7 e il “lodo Rete4” saranno inestricabilmente legati.

Lo scopo di questo studio è ricostruire l'evoluzione del caso, esaminando la disciplina giuridica italiana nel settore radiotelevisivo e le sentenze principali che hanno segnato l'iter giudiziario relativo a Centro Europa 7. Nello specifico, il primo capitolo ripercorre le origini del caso: dalla legge Maccanico del 1997, istitutiva dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, alla procedura di assegnazione delle concessioni radiotelevisive, fino alla legge Gasparri del 2004. Quest'ultima, resa necessaria dalla sentenza n. 466 del 2002 della Corte Costituzionale, è sorta con lo scopo di riformare integralmente il sistema della radiotelevisione, promuovendo il pluralismo informativo tramite il supporto della tecnologia digitale, che consentirebbe a una moltitudine di operatori di trasmettere; tuttavia la legge, all'art. 23, impedisce di operare in tecnica digitale ai soggetti che non hanno trasmesso per via analogica fino all'entrata in vigore della stessa, quindi anche a Centro Europa 7.

Nel secondo capitolo segue un'analisi dei processi e delle sentenze relative al caso. Di Stefano, nel 2000, presenta ricorso al Tribunale Amministrativo del Lazio chiedendo, con successo, l'annullamento della nota in cui il Ministero delle Comunicazioni rimandava il rilascio delle frequenze all'attuazione del Piano. Nel 2003, la società avvia un altro procedimento presso il T.A.R. con l'intento di ottenere non solo le frequenze che, legittimamente, le spettano, ma anche un

risarcimento per i danni cagionati dalla mancata attribuzione delle stesse. Il tribunale, però, rigetta il ricorso, poiché Europa 7 vanterebbe sulle frequenze un mero interesse legittimo, mentre tali ricorsi, al fine del loro accoglimento, esigono che la situazione soggettiva della ricorrente abbia natura di diritto soggettivo. Nel 2005, il caso approda al Consiglio di Stato, cui si chiede, tra le altre cose, un giudizio sulla conformità della legge Gasparri al diritto comunitario e alla giurisprudenza della Corte Costituzionale. Pertanto, nel 2005, il Consiglio di Stato decide di sollevare una questione in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea sull'interpretazione del Trattato e degli atti delle istituzioni comunitarie in materia. Secondo la Corte di Giustizia UE, l'art. 49 del Trattato e le direttive della Commissione europea in materia di comunicazioni elettroniche osterebbero la disciplina italiana del settore radiotelevisivo.

Vista la decisione dei Giudici europei, il Consiglio di Stato, nel 2008, si pronuncia, con una sentenza non definitiva, sulla domanda di condanna delle amministrazioni all'attribuzione delle frequenze. Pur dichiarando inammissibile il ricorso, il Tribunale ribadisce l'obbligo per il Governo di rendere esecutivo l'atto di concessione rilasciato alla società nel 1999. Pertanto, tra contestazioni e difficoltà tecniche, l'11 dicembre 2008, a quasi dieci anni dal rilascio della concessione, Europa 7 riceve dal Ministero dello Sviluppo Economico la frequenza E8, corrispondente al canale 8, e nel luglio del 2011 avvia ufficialmente le trasmissioni. Ad ogni modo, il 20 gennaio del 2009, il Consiglio di Stato si esprime definitivamente sulla richiesta di risarcimento del danno. L'esito, però, non soddisfa Di Stefano, che decide, allora, di fare ricorso alla Corte di Strasburgo.

Il terzo capitolo, dunque, propone un esame della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 7 giugno 2012 (ricorso n. 38433/09). Di Stefano e la sua società, Centro Europa 7 s.r.l., ricorrono alla Corte denunciando la violazione da parte del Governo italiano di quattro articoli della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: l'art. 6.1 sul

diritto all'equo processo, l'art. 10 sulla libertà di espressione e, nello specifico, sulla libertà di comunicare informazioni e idee, l'art.14, in relazione all'art. 10, sul godimento, senza discriminazioni, dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Convenzione e l'art. 1 del protocollo addizionale n.1 sul diritto di ognuno al rispetto dei propri beni.

Espletando tutti i possibili ricorsi presso i giudici nazionali ed europei, la società, giudicata vittima di una limitazione della libertà di espressione e del diritto alla proprietà, ha ottenuto la condanna dello Stato italiano ad essere risarcita di 10 milioni di euro per i danni subiti a causa della tardiva attribuzione delle frequenze, alle quali aveva diritto sin dal 1999. Ad oggi, però, il Governo italiano non ha ancora provveduto all'esecuzione della sentenza dei Giudici di Strasburgo. In realtà, poco conta ormai quando sarà eseguita la sentenza. Infatti, nel 2013, la società, a causa delle rovinose condizioni economiche, è stata costretta a presentare al Tribunale di Roma la domanda di concordato preventivo.

La giustizia, purtroppo, non è in grado di compensare certi danni. Centro Europa 7 è stata esautorata negli anni, privata del suo potenziale economico, in un mercato completamente trasformato.

La digitalizzazione della televisione ha cambiato il contesto operativo e di mercato in profondità, spalancando le porte del piccolo schermo ad una molteplicità di competitor. Attualmente, sono 123 i canali disponibili a chiunque abbia un apparecchio dotato di decoder digitale, mentre, nel 1999, le reti destinate alla diffusione nazionale erano solo 11. Ma non è solo questa la ragione del fallimento di Europa 7; infatti, oltre alla moltiplicazione dell'offerta televisiva, occorre tener conto dello straordinario sviluppo del mercato dei New Media e delle differenti modalità di fruizione della televisione (pc, smartphone, tablet), che hanno reso il teleschermo sempre più complementare ad altri mezzi di comunicazione. Di Stefano, di fatto, non era in condizione di competere con le nuove tecnologie e con il duopolio pubblico-privato, Rai- Mediaset, che ha blindato il mercato radiotelevisivo rendendolo estraneo alla concorrenza e al

pluralismo. Il digitale terrestre, in effetti, ha conservato intatta la concentrazione del mercato televisivo. Come si evince dalla relazione annuale dell'AGCOM presentata al Parlamento il 7 luglio 2015, Rai e Mediaset detengono rispettivamente il 47,4% e il 34,7% delle quote di mercato della Tv gratuita, mantenendo un ruolo preponderante nel settore.

Concorrenza e pluralismo, sono due principi solo in parte equivalenti²: il primo fa riferimento all'efficienza del mercato economico, il secondo all'efficienza del sistema informativo nello Stato democratico, ma, in questa vicenda, il primo risulta essere condizione per il secondo. In un mercato singolare come quello radiotelevisivo, in cui la concorrenza diventa strumento di promozione del pluralismo, una stringente regolamentazione dovrebbe essere seguita da un meccanismo di effettiva esecuzione degli decisioni giurisprudenziali in materia, in modo da smantellare definitivamente le posizioni dominanti, aprire effettivamente il mercato, riducendo il peso degli incumbent, e porre fine alla grande anomalia italiana.

² Gianluca Gardini, *Le regole dell'informazione: principi giuridici, strumenti, casi*, Bruno Mondadori, Milano, 2009, p. 164.

CAPITOLO PRIMO

LE ORIGINI DEL CASO CENTRO EUROPA 7

1.1 La legge Maccanico e il Piano nazionale di assegnazione delle frequenze.

Alle origini del caso Centro Europa 7 si pone la L. n. 249 del 31 luglio 1997, la legge Maccanico. Questa deriva dal bisogno di sciogliere il nodo della concentrazione nel sistema radiotelevisivo³, tramite il potenziamento delle nuove tecnologie di settore e la previsione di forme di controllo che consentano un uso della televisione “conforme alla pubblica utilità ed al rispetto dei diritti fondamentali”⁴.

Dunque, oltre ad istituire all’art. 1 l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), la legge stabilisce all’art. 2 che nessun soggetto può detenere concessioni “che consentano di irradiare più del 20 per cento rispettivamente delle reti televisive o radiofoniche analogiche e dei programmi televisivi o radiofonici numerici, in ambito nazionale, trasmessi su frequenze terrestri, sulla base del piano delle frequenze”⁵. La legge, inoltre, impegna l’Autorità appena istituita a impedire il formarsi di posizioni dominanti, provvedendo all’eventuale dismissione delle aziende interessate da questa condizione entro un periodo congruo, stabilito dalla stessa Autorità, comunque non superiore ai dodici mesi e precedente alla data di rilascio o rinnovo delle concessioni e delle autorizzazioni. All’art. 3, comma 2, il testo predispose che

³ La Corte Costituzionale il 7 dicembre 1994, con la sentenza n. 420 tornò ad occuparsi della disciplina del sistema televisivo italiano, bocciando la legge Mammì. La Corte dichiarando incostituzionale l’art. 15 (che consentiva ad un unico soggetto privato di detenere tre reti televisive nazionali, il 20% delle frequenze) per la violazione dell’art. 3 Cost., sollecitò il legislatore ad assumere misure idonee per garantire il valore del pluralismo informativo, espresso dall’art. 21 Cost.

⁴ Gianpiero Gamaleri, *Teoria e tecniche delle comunicazioni di massa. Stampa, Radio, Televisione, New Media*. Edizioni Kappa, Roma, 2003.

⁵ Art. 2, comma 6, legge 31 luglio 1997, n. 249.

l'AGCOM “entro e non oltre il 31 gennaio 1998” dovrebbe provvedere, nel rispetto delle nuove direttive, alla redazione del Piano nazionale di assegnazione delle frequenze, sulla base del quale, “entro e non oltre il 30 aprile 1998”, saranno rilasciate le concessioni. Gli esercenti la radiodiffusione, pur superando i limiti previsti dall'art. 2, potrebbero continuare, transitoriamente, a trasmettere oltre il 30 aprile 1998, a condizione che la diffusione avvenga contemporaneamente su frequenze terrestri e via satellite (digitale), fino ad un termine predisposto dall'Autorità, oltre il quale sono tenute a trasmettere solo via satellite⁶. Il criterio che l'AGCOM dovrebbe adottare per stabilire il limite per la transizione definitiva al digitale è il “congruo sviluppo dell'utenza dei programmi radiotelevisivi via satellite e via cavo”⁷, in altre parole, un adeguato numero di antenne paraboliche diffuse sul territorio nazionale in grado di consentire ad un consistente segmento di popolazione di disporre della TV via satellite.⁸

Ma qual è il numero *congruo* di antenne? Questo è il punto. Ciò che molti definiscono una “raffinatezza giuridica” salverà il posto di Rete 4 sulla TV nazionale. Dopotutto, la legge Maccanico, definita poi dallo stesso ministro un “testo irto di interessi contrapposti”, prende vita solo grazie ad una soluzione di compromesso tra il Governo Prodi e l'opposizione: Rai 3 rinuncerà alla pubblicità, poiché la Rai eccede il nuovo limite del 30 per cento⁹ posto sulla copertura del mercato pubblicitario televisivo, e Mediaset sposterà Rete 4 sul digitale, ma non subito. L'autore della legge, l'ex ministro Maccanico, dichiarerà, poi, ai microfoni di Report¹⁰, che il suo intento era quello di adottare, successivamente, una direttiva indicante la data entro cui le reti eccedenti, come

⁶ Art. 3, comma 6, legge 31 luglio 1997, n. 249.

⁷ Art. 3, comma 7, legge 31 luglio 1997, n. 249.

⁸ Lucilla Guidi, “Dal diritto di esprimersi a quello di essere informati, dal pluralismo alla par condicio, dal monopolio Rai all'oligopolio televisivo mentre vanno affermandosi i nuovi media. Considerazioni sulla libertà di stampa e di antenna”, in *Scuola di Liberalismo 2008*, XLI edizione, Fondazione Luigi Einaudi, 2008, pp. 31-33.

⁹ Art. 3, comma 8, legge 31 luglio 1997, n. 249.

¹⁰ Report del 22/03/2009, *Modulazione di Frequenze*. Disponibile su <http://www.rai.tv/dl/RaiTV/programmi/media/ContentItem-11caae90-2d7a-441b-977d-7051dd684429.html>.

Rete 4, sarebbero state dismesse dall'analogico, ma non fece in tempo perché il governo cadde.

Secondo il nuovo quadro normativo, pertanto, i canali Rete 4, appartenente al gruppo Mediaset, e TELE+NERO di TELE+, risultati "eccedenti", dovrebbero trasferirsi definitivamente sul digitale entro un termine previsto dall'Autorità, sulla quale, comunque, non grava alcuna scadenza specifica. A sei mesi dall'approvazione della legge, inoltre, si dovrebbe provvedere alla definizione di un nuovo Piano nazionale di assegnazione delle radiofrequenze, un piano regolatore disciplinante l'utilizzo delle bande di frequenze dello spettro della radiodiffusione nazionale.

Il 30 ottobre 1998, l'Autorità approva il Piano nazionale delle frequenze¹¹. Come spiega la stessa AGCOM, il suddetto Piano sancisce una fase cruciale nell'evoluzione del sistema televisivo italiano: l'inizio della transizione dalla trasmissione analogica a quella digitale. Similmente ad altri paesi europei, l'Italia prospetta la conclusione definitiva dell'era analogica entro il 2010¹²; di conseguenza, i tempi di attuazione del Piano saranno condizionati non solo dalle caratteristiche strutturali del sistema televisivo vigente e dai tempi decisionali, ma anche dai problemi tecnici derivanti dal graduale passaggio al digitale.

Il Piano prevede cinquantuno bande: ciascun emittente dovrebbe ottenere tre bande per trasmettere, per un totale di diciassette reti, di cui sei destinate alle trasmissioni locali e undici alla radiodiffusione sull'intero territorio nazionale. Considerato che tre di queste undici sono riservate al servizio pubblico, otto saranno assegnate a privati. La stessa AGCOM, viste le problematiche concernenti l'attuazione del Piano, specifica, nella delibera, la necessità di procedere tempestivamente con la gara per il rilascio delle concessioni ai fini di una rapida attuazione del nuovo Piano.

¹¹ Delibera n. 68/98, "*Piano nazionale di assegnazione delle frequenze per la radiodiffusione televisiva*".

¹² Disegno di legge n. 1138, "*Disciplina del sistema delle comunicazioni*".

E' il 30 ottobre 1998, secondo la legge Maccanico, già prima del 30 aprile dello stesso anno, una gara pubblica avrebbe dovuto sancire i concessionari degli impianti di diffusione radiotelevisiva nazionale.

1.2 La procedura per l'assegnazione delle concessioni e il regime transitorio prolungato.

Ormai decorsi i termini fissati dalla legge, con un decreto, il 30 gennaio del 1999, vengono stabilite nuove scadenze: entro il 31 maggio devono essere presentate le domande di concessione e non oltre il 31 luglio si conoscerà l'esito della procedura di appalto¹³. E' utile ricordare che l'Autorità, nel regolamento per il rilascio delle concessioni, all'art. 2, precisa che "le concessioni o le autorizzazioni determinano altresì le frequenze pianificate sulle quali gli impianti sono abilitati a trasmettere"¹⁴, per cui, una volta attribuite le concessioni, dovrebbero essere anche riconosciute le rispettive frequenze.

A valutare le domande sarà una commissione di esperti nominata dal Ministero delle comunicazioni su proposta dell'Autorità. Determinanti per l'attribuzione dei punteggi sono: a) la qualità dei programmi (per un totale di 200 punti): la quota di programmi di informazione e di programmi autoprodotti, il numero di programmi di matrice culturale, dedicati ai minori e fruibili dai portatori di handicap, la percentuale di programmazione di opere europee, le ore di trasmissione non occupate dalla pubblicità e il numero di telegiornali giornalieri in relazione alla loro durata; b) il piano di impresa (per un totale di 260 punti) : il capitale sociale versato, la capacità di autofinanziarsi durante il periodo della concessione, gli investimenti e il piano di utilizzo delle risorse radioelettriche; c) l'occupazione (per un totale di 350 punti): il numero degli occupati, la predisposizione a promuovere la parità tra i sessi in sede di

¹³ Decreto ministeriale 30 gennaio 1999, n. 15, art. 1, comma 1.

¹⁴ Allegato 1 alla delibera n.78 del 1 dicembre 1998, "Regolamento per il rilascio delle concessioni per la radiodiffusione televisiva privata su frequenze terrestri".

assunzione e il piano occupazionale; d) le esperienze maturate nel settore radiotelevisivo, dell'editoria, dello spettacolo e delle telecomunicazioni (per un totale di 190 punti)¹⁵.

L'esito della gara è reso noto con decreto ministeriale il 28 luglio 1999. Erano otto le concessioni disponibili e tredici i concorrenti in gara: 7 Plus, Canale 5, Europa 7, Italia 1, Rete 4, Rete A, Rete Capri, Rete Mia, Telemarket Elefante, Tele + chiaro, Tele + nero, Tmc1, Tmc2. Di Stefano, presentandosi alla gara con due domande di concessione, per Europa 7 e 7 Plus, si vede aggiudicare una concessione per la prima emittente, Europa 7, in virtù dell'ottimo risultato attribuito alla rete sul piano della qualità dei programmi. Difatti, quest'ultima totalizza solo 5 punti per l'esperienza nel settore, ma ottiene il massimo (200) sui programmi proposti; invece, per 7 Plus, la domanda viene respinta a causa di problemi relativi al bilancio.

Rete 4 ha perso il diritto a trasmettere, tra Canale 5 e Italia 1 è quella ad aver ottenuto il punteggio minore e un unico soggetto non può detenere più del 20 per cento delle reti televisive nazionali; ma, malgrado la domanda di concessione non sia stata accolta, visto l'art. 3, comma 6, della L. 31 luglio 1997, n. 249, comunque Rete 4 è legittimata a trasmettere in via transitoria, a condizione di avviare la trasmissione anche via satellite. Alla rete, da questo momento in poi, è concessa un' "abilitazione speciale".

Il 28 ottobre 1999, il Ministero delle Comunicazioni, con decreto ministeriale, rilascia la concessione di installare ed esercitare una rete televisiva sull'intero territorio nazionale alla Società Centro Europa 7, collocatasi "in posizione utile per il rilascio della concessione richiesta"¹⁶. Ma gli impianti di radiodiffusione tramite cui Europa 7 potrebbe e dovrebbe trasmettere devono essere stabiliti nel Piano nazionale di assegnazione delle frequenze, che ancora

¹⁵ Decreto del Presidente della Repubblica 8 marzo 1999, "Disciplinare per il rilascio delle concessioni per la radiodiffusione privata televisiva su frequenze terrestri, in ambito nazionale".

¹⁶ Decreto ministeriale del Ministero delle Comunicazioni, 28 ottobre 1999.

non è stato aggiornato alle nuove concessioni. Nell'atto, però, si specifica che l'adeguamento al Piano dovrebbe avvenire "entro il termine di 24 mesi decorrenti dalla data di comunicazione del provvedimento", ma, in presenza di difficoltà esecutive, il termine si sarebbe potuto prorogare di un anno. Effettivamente, anche tutte le altre società aggiudicatrici della gara si vedono rilasciare concessioni simili, con identiche condizioni, ma la differenza sostanziale è che queste ultime dispongono già di frequenze su cui trasmettere. Molte sono state occupate arbitrariamente durante gli anni '80, in assenza di una disciplina normativa in materia, durante il cosiddetto "Far West", e rimangono tali anche dopo la legge Maccanico. Per ora, l'unica a restare "fuori dai giochi" è Europa 7.

A questo punto le questioni sono due, distinte, ma strettamente legate tra loro: da un lato c'è Rete 4, eccedente, ma legittimata, transitoriamente, a trasmettere grazie all' "abilitazione speciale" concessa dal Ministero, dall' altro c'è Europa 7 che attende dall' AGCOM l'attuazione del Piano delle frequenze. Ma la frequenza di Rete 4 è l'unica disponibile, secondo quanto verrà poi riportato dai legali dell'imprenditore Di Stefano. Dunque, solo quando il *congruo* sviluppo di antenne satellitari, sancito dall'Autorità, consentirà il passaggio definitivo della suddetta rete al digitale, Europa 7 otterrà una frequenza per trasmettere a livello nazionale. Tuttavia, per Rete 4, da questo momento in poi inizia un regime transitorio di proroghe e ritardi, il cosiddetto "regime transitorio prolungato", che allontanerà sempre più Europa 7 dalle sue frequenze.

1.3 La sentenza n. 466 del 2002 della Corte Costituzionale.

E' il 2002, sono passati sei anni dall'ultima sentenza della Corte Costituzionale in materia di pluralismo dei mezzi di informazione, quando la Consulta viene nuovamente interpellata dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio ad esprimere un giudizio di legittimità costituzionale sull'art. 2 e l'art. 3 della cosiddetta legge Maccanico. Il ricorso al T.A.R. del Lazio è stato

presentato da Adusbef- Associazione utenti e consumatori, Tbs-Television Broadcasting System s.p.a. (proprietaria di Retecapri), Cnt- Coordinamento nazionale televisioni, dal Comitato per la tutela dei diritti della libera manifestazione del pensiero e del pluralismo e dall'Associazione utenti televisivi. I ricorrenti chiedevano l'annullamento: 1) dei provvedimenti del Ministero delle Comunicazioni, datati 28 luglio 1999, in cui venivano rilasciate le concessioni televisive; 2) del regolamento adottato dall'AGCOM nel 1998 disciplinante la gara per il rilascio delle concessioni; 3) del regolamento e del disciplinare relativi al funzionamento della Commissione responsabile dell'esito della gara.¹⁷

Si costituiscono parti favorevoli all'accoglimento del ricorso l'Abusef, la società Centro Europa 7 s.r.l., Rete A s.r.l. (società fornitrice di servizi di telecomunicazioni), TV Internazionale s.p.a. e Beta Television s.r.l. (società risultate aggiudicatrici di concessioni televisive per TMC e TMC 2 nel 1999). A sostenere, invece, l'infondatezza della questione sono il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, la RAI-Radiotelevisione Italiana s.p.a., R.T.I.- Reti Televisive Italiane s.p.a. (società del Gruppo Mediaset concessionaria delle reti televisive Canale 5 e Italia 1), Prima TV s.p.a. ed Europa TV s.p.a. (società esercenti reti televisive, di proprietà di Telepiù s.p.a. fino al 2003).

Oggetto della questione sono l'art. 2, comma 6, e l'art. 3, commi 6 e 7, della L. 31 luglio 1997, n. 249 (*Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*). E' chiesto alla Consulta di esprimersi sull'art.2, comma 6, poiché la norma, pur prevedendo, in ottemperanza alla sentenza n. 420 del 1994 della Corte Costituzionale, che uno stesso soggetto non possa detenere più del 20 per cento delle frequenze televisive, onde evitare il formarsi di posizioni dominanti, comunque demanda all'Autorità la determinazione di "un periodo transitorio nel quale non vengono applicati i limiti" anzidetti. Per giunta, l'art. 3, comma 6,

¹⁷ Il ricorso chiedeva anche l'annullamento dei provvedimenti di negazione del "diritto di accesso".

consente alle reti eccedenti (Rete 4, in questo caso) di continuare a trasmettere contemporaneamente sulle frequenze terrestri e via satellite, fino ad un termine predisposto dall'Autorità "in relazione all'effettivo congruo sviluppo" delle antenne satellitari (art.3, comma 7). L'assenza di un limite temporale chiaramente identificato consentirebbe, pertanto, il permanere di posizioni dominanti all'interno del settore televisivo, negando, di conseguenza, lo sviluppo di un sistema dell'informazione pluralistico e concorrenziale. Secondo il T.A.R., gli articoli violerebbero il principio di ragionevolezza, art. 3 Cost., il pluralismo informativo e la libertà di manifestazione del pensiero, art. 21 Cost., nonché la libertà di iniziativa economica, art. 41 Cost.; inoltre, sarebbe stata elusa la sentenza n. 420 del 1994 della Corte Costituzionale, contravvenendo così anche all'art. 136 Cost. Un'altra questione presentata dalle parti a favore dell'accoglimento del ricorso è la presunta illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 11, della legge in questione, che rimette all'Autorità la facoltà di determinare la durata del periodo transitorio per la trasmissione di Tele+Nero (anche essa "eccedente").

Centro Europa 7, riprendendo le motivazioni riportate dal Tar, "aggiunge che l'attuale normativa di settore le impedirebbe di utilizzare concretamente le frequenze che le sono state assegnate nella fase di pianificazione". L'Avvocatura generale dello Stato, in merito alla questione, ribatte sostenendo l'assenza di una reale interdipendenza tra l'occupazione transitoria delle frequenze da parte di Rete 4 e la mancata assegnazione di frequenze a Europa 7, dal momento che, le frequenze occupate dalla "rete eccedente" non corrisponderebbero a quelle da destinare a Europa 7. Bisognerebbe, ad ogni modo, attendere *precise indicazioni* dal Piano di assegnazione delle frequenze. Secondo lo "Stato", quindi, la condizione di Europa 7 dipenderebbe dai ritardi nell'attuazione del Piano e non dal regime transitorio relativo alle "reti eccedenti". Per R.T.I.- Reti Televisive Italiane, la disciplina transitoria sarebbe, anzi, una garanzia del principio del pluralismo nel campo dell'informazione perché consentirebbe ad una rete

nazionale (Rete 4) di continuare ad esercitare il suo diritto a trasmettere, non pregiudicando il *subingresso* di un'altra rete (Europa 7); promuoverebbe, inoltre, lo sviluppo della tecnologia digitale, avendo la legge prescritto l'obbligo della duplice trasmissione (analogica e digitale) durante il regime transitorio.

Il 20 novembre 2002 la Corte Costituzionale “dichiara la illegittimità costituzionale dell'art.3, comma 7, della legge 31 luglio 1997, n.247, nella parte in cui non prevede la fissazione di un termine finale certo, e non prorogabile, che comunque non oltrepassi il 31 dicembre 2003, entro il quale i programmi, irradiati dalle emittenti eccedenti i limiti di cui al comma 6 dello stesso art. 3, devono essere trasmessi esclusivamente via satellite o via cavo”¹⁸; invece, dichiara costituzionalmente legittimi l'art. 2, comma 6, e l'art. 3, comma 6, della stessa legge. La Corte, quindi, non sancisce l'illegittimità del regime transitorio (essendo stata, peraltro, la stessa Consulta, in passato¹⁹, a ritenerlo legittimo), ma contesta l'assenza di una indicazione giuridicamente certa del termine di tale regime; si invita, pertanto, il legislatore a stabilire un termine che comunque non vada oltre il 31 dicembre 2003. Tale termine era stato fissato dall' AGCOM, ma, per la Corte, l'atto²⁰ non è influente in quanto trattasi di atto amministrativo, quindi, non inerente alla questione di legittimità costituzionale. Peraltro l'atto subordina anche quest'ultima scadenza al *congruo* sviluppo delle antenne satellitari. Alla luce dello stato di sviluppo della tecnologia digitale al decorrere del 2002, la Corte esclude, realisticamente, che per quella data possa raggiungersi un livello *congruo*, tale da consentire la fine del regime transitorio, inducendo, di conseguenza, l'Autorità a prorogare ulteriormente il termine.²¹

La Corte precisa che la sentenza, nonostante non riguardi il comma 9 dell'art. 3 (che imporrebbe l'eliminazione della pubblicità dalla terza rete della Rai) e il comma 11 del medesimo articolo (che sancirebbe l'“eccedenza” di

¹⁸Corte Costituzionale, sentenza n. 466 del 2002.

¹⁹ Corte Costituzionale, sentenza n. 420 del 1994.

²⁰ Agcom, delibera del 7 agosto 2001, n.346.

²¹ Gianluca Gardini, *Le regole dell'informazione: principi giuridici, strumenti, casi*, Bruno Mondadori, Milano, 2009, pp. 149-150.

Tele+Nero), incide, tuttavia, sulle “collegate previsioni di termine” contenute nei suddetti commi.

Viene, inoltre, evidenziato il regresso del settore televisivo in fatto di pluralismo informativo esterno rispetto all’ultima sentenza della Corte in materia, per la riduzione delle reti nazionali (da 12 a 11) e la mancata attuazione del Piano nazionale delle frequenze che ha comportato l’assegnazione delle concessioni senza le frequenze. Del resto, la formazione dell’assetto televisivo, come denota la Corte, è rimasta pressoché immutata dal 1984, quando, con il D.L. 6 dicembre 1984, n.807, il legislatore si è limitato a prendere atto dell’occupazione dell’etere da parte di soggetti privati.

1.4 La legge Gasparri.

Prima del 31 dicembre 2003 il Ministero delle Comunicazione deve sciogliere il nodo del regime transitorio che interessa le reti eccedenti, Rete 4 e Tele + Nero, ponendo fine a quella “temporaneità perpetua”²² che caratterizza la radiotelevisione italiana. Il Ministro delle Comunicazioni, Maurizio Gasparri, propone un decreto legge²³ destinato a modificare la disciplina relativa alle quote di mercato pubblicitario e ai limiti antitrust sulle frequenze televisive, lasciando, però, di fatto, immutate le posizioni dominanti ormai consolidate nel mercato della radiotelevisione italiana.

Indicativo della complessità della materia in questione e della conseguente resistenza operata dall’opposizione di centrosinistra è il lungo iter parlamentare che ha interessato il decreto legge. Dopo i 700 emendamenti presentati alla Camera e i 5.500 del Senato, la legge viene approvata in via definitiva con 155

²² Espressione di Gaetano Azzariti, “La temporaneità perpetua, ovvero la giurisprudenza costituzionale in materia radiotelevisiva (Rassegna Critica)”, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1995, p. 3077 ss.

²³ Disegno di legge n. 2175/2004, “*Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI-Radiotelevisione italiana Spa, nonché delega al Governo per l’emanazione del testo unico della radiotelevisione*”.

“sì” e 128 “no” il 2 dicembre, ma il 15 dicembre segue il rinvio da parte del Presidente della Repubblica, Carlo Azeglio Ciampi. Il Presidente ritiene opportuno, infatti, dover formulare alcune osservazioni in merito al decreto, chiedendo, quindi, alle Camere di adottare una nuova delibera. Il messaggio formale al Parlamento²⁴, testimonianza del valore attribuito dal Capo dello Stato alla disciplina del sistema radiotelevisivo, verte principalmente sull’art. 25, comma 3: esso predispone che, ai fini della cessazione del regime transitorio, l’Autorità, entro 12 mesi dal 31 dicembre 2003, debba esaminare lo stato dell’offerta della televisione digitale sul territorio nazionale, ingenerando così un’ulteriore proroga del termine ultimo posto dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 466/2002; per giunta, non sono indicate le eventuali misure da adottare nel caso in cui l’esito dell’esame effettuato dall’AGCOM risulti insoddisfacente. Egli osserva, inoltre, l’incompatibilità di alcune parti del decreto con la sentenza della Corte Costituzionale n. 826 del 1988 in cui era ribadita l’esigenza di garantire “il massimo di pluralismo esterno, onde soddisfare, attraverso una pluralità di voci concorrenti, il diritto del cittadino all’informazione”²⁵. Per il Capo dello Stato, la legge consentirebbe il consolidarsi di posizioni dominanti e genererebbe un pericolo per l’effettiva tutela della libertà di stampa (con riferimento ai nuovi limiti sulle quote del mercato pubblicitario), il cui valore è stato ribadito dalla sentenza n. 420 del 1990 della Corte Costituzionale.²⁶

Data l’urgenza di un intervento legislativo che, ottemperando all’ultima sentenza della Corte Costituzionale, ponga fine al regime transitorio entro il 31 dicembre 2003 e considerata l’inattuabilità della legge rinviata dal Presidente, il

²⁴ Messaggio al Parlamento del Presidente della Repubblica, 15 dicembre 2003.

²⁵ Corte Costituzionale, sentenza n. 826 del 1988

²⁶ Anna Chimenti, *L’ordinamento radiotelevisivo italiano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007, pp. 149-153.

24 dicembre 2003 il Consiglio dei Ministri adotta il cosiddetto decreto legge “salvareti”²⁷, che sarà, poi, convertito in legge il 24 febbraio 2004.

Secondo le disposizioni del decreto legge l’AGCOM entro trenta giorni dal 30 aprile 2004 dovrà inviare al Governo e alle Commissioni parlamentari competenti una relazione sull’offerta del digitale terrestre in cui si attesti: a) che la quota di popolazione *coperta* dal digitale superi il 50 per cento; b) la disponibilità di decoder a prezzi contenuti sul mercato nazionale; c) la differenziazione dei programmi offerti sul digitale rispetto a quelli trasmessi sulle reti analogiche. Solo nel caso in cui l’Autorità accerti le suddette condizioni, saranno adottati i provvedimenti previsti dall’art. 2, comma 7, della L. 31 luglio 1997, n.249. In altre parole, per almeno altri quattro mesi Rete 4 potrà continuare a trasmettere e Rai 3 non dovrà eliminare la pubblicità: il termine è nuovamente prorogato.

Il 3 maggio 2004 le Camere approvano la L. n. 112²⁸, la legge Gasparri. Il testo di legge modifica le soglie antitrust relative al possesso delle frequenze televisive e ai ricavi conseguiti dagli operatori. L’art. 15, comma 1, stabilisce che uno stesso fornitore di contenuti non può essere titolare di più del 20 per cento del totale dei *programmi irradiabili*. Attualmente, però, il bacino di trasmissione è più ampio, perché oltre ad essere conteggiate le frequenze analogiche, sono incluse nel calcolo anche quelle del digitale terrestre, quindi il limite sui programmi, sebbene formalmente sia rimasto immutato, sostanzialmente è aumentato. La legge, inoltre, introduce la distinzione tra “operatore di rete” e “fornitore di contenuti”: il primo è “il soggetto titolare del diritto all’istallazione”²⁹, il concessionario di rete, il secondo è il responsabile dei

²⁷ Decreto- legge 24 dicembre 2003, n. 352, recante “*Disposizioni urgenti concernenti modalità di definitiva cessazione del regime transitorio della legge*” 31 luglio 1997, n.249.

²⁸ Legge 3 maggio 2004, n. 112, “*Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI-Radiotelevisione italiana S.p.a., nonché delega al Governo per l’emanazione del testo unico della radiotelevisione*”.

²⁹ Art. 2, comma 1, lettera c, legge 3 maggio 2004, n. 112.

contenuti trasmessi dalla rete, l'editore.³⁰ Ma, di norma, chi possiede la rete controlla anche direttamente o indirettamente il "fornitore di contenuti", per cui, porre un limite al fornitore e non anche al titolare delle reti, rende il vincolo facilmente eludibile.

Lo stesso articolo, al comma 2, prescrive che nessun soggetto può "conseguire ricavi superiori al 20 per cento dei ricavi complessivi del sistema integrato delle comunicazioni". Apparentemente si tratta di una soglia più restrittiva rispetto a quella del 30 per cento prevista dalla legge Maccanico³¹, ma, di fatto, la nuova disciplina innalza la quota massima di raccolta delle risorse pubblicitarie, in virtù del nuovo mercato di riferimento: il Sistema Integrato Comunicazioni (SIC). Il settore economico interessato dal SIC comprende "stampa quotidiana e periodica; editoria annuaristica ed elettronica anche per il tramite di INTERNET; radio e televisione; cinema; pubblicità esterna; iniziative di comunicazione di prodotti e servizi; sponsorizzazioni"³². Il tetto del 20 per cento è, quindi, da applicare ad un mercato esteso e composito in cui convivono, peraltro, categorie commerciali completamente distinte le une dalle altre e, paradossalmente, sottoposte ad una stessa disciplina antitrust. Nel settore della comunicazione, in cui il bene da commercializzare, l'informazione, è considerato bene pubblico, cui ognuno ha diritto di accedere, la determinazione della composizione del mercato di riferimento assume un ruolo cruciale per la tutela della concorrenza³³.

Ai fini di una comprensione effettiva dell'impatto che l'istituzione del SIC ha avuto sulla disciplina antitrust nel settore radiotelevisivo, è sufficiente

³⁰ Sui differenti titoli abilitativi v. Anna Chimenti, *L'ordinamento radiotelevisivo italiano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007, pp. 185-191.

³¹ Art. 2, comma 8, legge 31 luglio 1997, n. 249.

³² Art. 2, comma 1, lettera g, legge 3 maggio 2004, n. 112.

³³ Paolo Cavaliere, "La tutela del pluralismo oltre la concorrenza e il mercato", in *Media Laws*, 24 gennaio 2011. Disponibile su <http://www.medialaws.eu/la-tutela-del-pluralismo-oltre-la-concorrenza-e-il-mercato/>.

considerarne le dimensioni. Secondo i dati forniti dall'AGCOM³⁴, i ricavi relativi al SIC del 2004 ammontano a 22.144 milioni di euro, per cui il tetto massimo del 20 per cento corrisponde a 4.428,8 milioni di euro. Se, invece, si considerasse solo il mercato "Radio e Televisione" (TV gratuita, TV a pagamento e Radio nazionale e locale), su un totale di ricavi di 7.742 milioni di euro, il tetto massimo, calcolato con il limite del 30 per cento, imposto dalla precedente legge (L. 31 luglio 1997, n. 249, legge Maccanico), ammonterebbe a 2.322,6 milioni di euro: praticamente la metà.

La ragion d'essere dell'intero provvedimento legislativo è, comunque, la previsione di un'imminente transizione definitiva al digitale terrestre, fissata per il 2006, il che potenzialmente moltiplicherebbe gli spazi per gli operatori. In effetti, mentre le frequenze analogiche trasportano un solo canale, una frequenza digitale consente la trasmissione di ben cinque reti, permettendo, quindi, ad una vastità di soggetti di trasmettere su scala nazionale, compreso Centro Europa 7. Ciò che lascia perplessi è, però, lo stadio ancora embrionale in cui verte la televisione digitale terrestre nel 2004, ritenendo, di conseguenza, improbabile uno sviluppo adeguato della tecnologia entro il 2006.^{35 36}

Un'altra ragione per cui, di fatto, Europa 7 sarà impossibilitata a trasmettere, anche solo in tecnica digitale, dopo l'approvazione della legge Gasparri, è la disposizione contenuta nell'art. 23, comma 1, secondo cui, "fino all'attuazione del piano nazionale delle frequenze radiotelevisive in tecnica digitale"³⁷, possono trasmettere sulla televisione digitale terrestre solo gli operatori che fino all'entrata in vigore della suddetta legge abbiano trasmesso in analogico. Centro Europa 7, pur avendo ottenuto la concessione nel 1999,

³⁴Delibera 341/06/CONS, Allegato A, "Sistema integrato delle comunicazioni: percorso metodologico e risultanze finali".

³⁵ La transizione definitiva al digitale avverrà solo sei anni dopo, nel 2012.

³⁶ Cfr. Paolo Santalucia, "La "Legge Gasparri" sul sistema radiotelevisivo", in *Il diritto di tutti*, Giuffrè Editore. Disponibile su http://dirittoditutti.giuffre.it/psixsite/Archivio/Articoli%20gi_%20pubblicati/Rubriche/Opinioni%20a%20confronto/default.aspx?id=236.

³⁷ Art. 23, comma 1, legge 3 maggio 2004, n. 112.

comunque non aveva mai potuto trasmettere per via analogica, quindi, sarebbe fuori dal numero degli operatori legittimati a trasmettere in tecnica digitale anche dopo lo switch- off.

Proprio all'articolo 23 è da imputare la procedura di infrazione avviata dalla Commissione Europea, su esposto dell'associazione di consumatori Altroconsumo. La legge, infatti, consoliderebbe il duopolio televisivo Rai-Mediaset, impedendo a nuovi operatori di accedere al mercato. Secondo la Commissione, la legge in questione violerebbe gli articoli 2 e 4 della direttiva 2002/77/CE riconoscendo "diritti speciali" agli operatori analogici esistenti prima dell'entrata in vigore della stessa.

La legge Gasparri violerebbe, altresì, l'articolo 9 della direttiva 2002/21/CE e gli articoli 3, 5 e 7 della direttiva 2002/20/CE, poiché impedirebbe a nuovi operatori "l'istallazione e il funzionamento di una rete digitale"³⁸, ledendo, così, il principio della concorrenza.

Ora che, ufficialmente, anche la Commissione Europea ha posto la sua attenzione sulla disciplina legislativa italiana in materia di radiotelevisione, la vicenda dell'imprenditore Di Stefano, proprietario di Centro Europa 7, ancora in attesa delle frequenze vinte con gara pubblica nel 1999, esce oltre i confini nazionali. L'editore, infatti, ricorrerà alle istituzioni europee per portare avanti la sua battaglia giudiziaria contro lo Stato italiano, ma ancora passeranno molti anni prima di un verdetto definitivo.

³⁸Procedura di infrazione n. 2005/5086 - ex art. 258 del TFUE "Altroconsumo contro Repubblica italiana (Legge Gasparri)."

CAPITOLO SECONDO

L'ODISSEA DEI RICORSI DI CENTRO EUROPA 7

2.1 I ricorsi al T.A.R. nel 2000 e 2003.

Nel 2000, Centro Europa 7 presenta ricorso (ricorso n. 4230) al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio contro il Ministero delle Comunicazioni, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, e R.T.I. s.p.a., la società del gruppo Mediaset proprietaria dei diritti di concessione sulle reti televisive. La ricorrente chiede al Tribunale l'annullamento del provvedimento (protocollato 0041521 del 22 dicembre 1999) del direttore generale del Ministero delle Comunicazioni, con cui si nega alla società il completamento del titolo concessorio “per l'installazione e l'esercizio di una rete di impianti di radiodiffusione televisiva a copertura nazionale datata 28 luglio 1999”, tramite l'assegnazione di frequenze atte al godimento del bene acquisito (la concessione). Nel 1999 Centro Europa 7 aveva notificato al Ministero un atto di diffida e di messa in mora chiedendo di ottenere gli impianti e le frequenze necessarie a trasmettere; in risposta a tale diffida, l'amministrazione attribuiva il mancato rilascio delle frequenze al ritardo nella definizione del Piano nazionale di assegnazione delle frequenze, che il Ministero delle Comunicazioni avrebbe dovuto adottare di concerto con l'AGCOM.³⁹

Pertanto, con il ricorso in questione, la società denunciava al T.A.R.: 1) la violazione dell'art. 5, comma 2, del D.M. 8 marzo 1999 del Ministero delle Comunicazioni recante “Disciplinare per il rilascio delle concessioni in ambito nazionale”. La norma in questione prevede che nel provvedimento di rilascio del titolo concessorio vengano “indicate le postazioni e le caratteristiche tecniche degli impianti pianificati”, nonché le frequenze, così come determinate

³⁹T.A.R. Lazio Roma Sez. II, 16/09/2004, n. 9325.

dall’Autorità; 2) “eccesso di potere sotto il profilo del travisamento dei fatti”⁴⁰: il Ministero avrebbe adottato il provvedimento in virtù di una circostanza fattuale che dagli atti risulterebbe insussistente; 3) la violazione dell’art. 3, comma 3, della L. n. 249/1997 (legge Maccanico), relativa alle disposizioni regolamentari per il rilascio delle concessioni, e dell’art. 16, comma 20, della L. n. 223/1990 (legge Mammi), secondo cui i soggetti che non sono in possesso di radiofrequenze prima dell’entrata in vigore della suddetta legge devono attivare le trasmissioni entro centottanta giorni dal rilascio della concessione.

Il T.A.R., nel 2004, accoglie il ricorso e annulla il provvedimento del Ministero delle Comunicazioni impugnato da Centro Europa 7 dal momento che il ritardo nell’adeguamento del piano nazionale di assegnazione delle frequenze dipende esclusivamente da “un comportamento negligente da parte delle amministrazioni competenti”⁴¹. Si contesta, inoltre, la genericità del provvedimento preso in esame, relativamente ai tempi di risoluzione del problema riscontrato dalla società e alle ragioni del ritardo dell’amministrazione competente nell’adeguamento del piano delle frequenze. Secondo il Tribunale, visto l’atto di rilascio del titolo concessorio, l’amministrazione avrebbe dovuto assegnare le frequenze alla ricorrente, al fine di consentire il reale godimento del titolo legittimamente acquisito, oppure, in assenza di frequenze disponibili, revocare la concessione.

Risale anche al 2004 la seconda sentenza del T.A.R. (T.A.R. Lazio Roma Sez. II, 16/09/2004, n. 9315) sul ricorso presentato da Centro Europa 7 nel 2003 (ricorso n. 12589) contro il Ministero delle Comunicazioni e l’Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM), entrambi rappresentati, in sede giudiziaria, dall’Avvocatura Generale dello Stato. Sono due le richieste della società: 1) la condanna delle amministrazioni chiamate in causa all’assegnazione di una “rete di impianti di radiodiffusioni”, che comprenda tre canali,

⁴⁰*Ibid.*

⁴¹*Ibid.*

rispettivamente del gruppo A, B e C delle frequenze identificate dal Piano nazionale di assegnazione delle frequenze, come previsto dall'atto di rilascio della concessione, in modo da consentire alla ricorrente di trasmettere sull'ottanta per cento del territorio nazionale e in tutti i capoluoghi di provincia. Altrimenti, la società chiede l'assegnazione di frequenze alternative, ma idonee a fornire una copertura dell'ottanta per cento del territorio nazionale; 2) la condanna delle amministrazioni, ciascuna in base alla propria responsabilità, "al risarcimento dei danni ingiusti subiti e subendi" cagionati dal ritardo nell'assegnazione delle frequenze in questione.⁴²

Ai fini della risoluzione della controversia, secondo il T.A.R., è fondamentale l'individuazione della situazione soggettiva riportata dalla società dato l'atto di concessione. Per Centro Europa 7, considerati anche gli artt. 2 e 5 del regolamento dell'AGCOM per il rilascio delle concessioni⁴³, la propria situazione soggettiva corrisponde ad un diritto soggettivo, poiché oggetto della concessione sono le frequenze stesse. Ma, stando al parere del Tribunale "la mancata assegnazione delle frequenze costituisce un vizio del provvedimento ampliativo" (D.M. 28 luglio 1999), che, violando i suddetti articoli del regolamento, diverrebbe illegittimo (tesi, peraltro, sostenuta dalla società ricorrente nel precedente ricorso). Di conseguenza, pur essendo le frequenze oggetto della concessione, non sussisterebbe il diritto soggettivo, poiché generato da un provvedimento viziato.

Per il Collegio, Centro Europa 7 dispone di un interesse legittimo all'assegnazione delle frequenze e non di un diritto soggettivo⁴⁴. Tale deduzione deriva anche dalla natura autoritativa dell'atto in questione, in conformità con la sentenza n. 102/1990 della Corte Costituzionale, secondo cui l'amministrazione

⁴²T.A.R. Lazio Roma Sez. II, 16/09/2004, n. 9315.

⁴³ Allegato 1 alla delibera n.78 del 1 dicembre 1998, "Regolamento per il rilascio delle concessioni per la radiodiffusione televisiva privata su frequenze terrestri".

⁴⁴Marco Cuniberti, "Pluralismo dei media, libertà di espressione e "qualità" della legislazione: il caso "Centro Europa 7" di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo.", in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 25 settembre 2012, p. 2. Disponibile su <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/>.

ha un ambito di discrezionalità nell'attivazione e disattivazione delle frequenze, in modo da "assicurare un razionale ed ordinato governo dell'etere"⁴⁵. Per cui, poiché la posizione della società non presenta natura di diritto soggettivo, per quanto concerne la condanna dell'amministrazione all'assegnazione delle frequenze, il ricorso è considerato dal T.A.R. inammissibile. Nonostante ciò, essendo comunque presente un interesse legittimo in capo alla società, l'amministrazione è tenuta all'adozione di provvedimenti che consentano l'integrazione del titolo concessorio; non escludendo, però, la possibilità di revoca della concessione in caso di gravi impedimenti.

Date le stesse osservazioni che lo hanno condotto a sancire l'inammissibilità del primo ricorso, il T.A.R. rigetta anche la richiesta di risarcimento del danno subito.

La decisione adottata dal Tribunale, in realtà, si colloca in una pratica, oramai consolidata nella giurisprudenza italiana, di erronea interpretazione della nostra Costituzione in merito alla categoria degli "interessi legittimi". Difatti, nonostante l'art. 24 Cost. affermi che "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi" e sebbene l'art. 28 Cost. sancisca la responsabilità civile, penale e amministrativa della pubblica amministrazione e l'art. 113 Cost. escluda qualsiasi discriminazione nella tutela dei diritti e degli interessi legittimi contro i provvedimenti della pubblica amministrazione, gli interessi legittimi sono stati storicamente declassati a posizioni giuridiche non completamente tutelabili nei confronti della pubblica amministrazione.⁴⁶ Certamente questa seconda sentenza del T.A.R. sul caso Centro Europa 7 ne è un esempio.

⁴⁵ Corte Costituzionale, sentenza n. 102 del 1990.

⁴⁶ Giuseppe Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, 2 ed., Cedam, Padova, 2015, pp. 75-76.

2.2 Il ricorso in appello al Consiglio di Stato e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Insoddisfatto della decisione assunta dal T.A.R. in merito al ricorso presentato da Centro Europa 7 nel 2003 (ricorso n. 12589), Di Stefano decide di ricorrere in appello al Consiglio di Stato.

Tra i motivi del ricorso riscontriamo: 1) il persistere della competenza del giudice amministrativo ad esprimersi in materia di concessioni nel settore delle telecomunicazioni, nonostante la sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale con cui si dichiara illegittimo l'art. 33, comma 1, del D.Lgs. n. 80/1998, secondo cui solo "le controversie relative a concessioni di pubblici servizi"⁴⁷ rientrano nella giurisdizione del tribunale amministrativo, escludendone altre; 2) l' "erronea qualificazione della situazione giuridica soggettiva vantata da Europa 7"⁴⁸: secondo la difesa della società, solo prima del rilascio del titolo concessorio essa disponeva di una posizione giuridica configurabile come "interesse legittimo", ma, in seguito all'ottenimento della concessione (28 luglio 1999), nella quale sono disciplinati diritti e doveri dell'aggiudicataria, la stessa vanta un "diritto soggettivo" sulle frequenze. In più, la discrezionalità dell'amministrazione dovrebbe essere limitata alla fase precedente il rilascio della concessione (pianificazione e regolamento della gara d'appalto); una volta conosciuto l'esito della gara e riconosciute le concessioni, "la discrezionalità invocata dalla p.a. si trasformerebbe in arbitrio"⁴⁹, vanificando, potenzialmente, gli effetti tipici dell'istituto della concessione. Per cui, secondo la società, non sarebbe in dubbio il diritto della stessa all'assegnazione delle frequenze e di ciò sarebbe consapevole anche il Ministero delle Comunicazioni, testimonianza ne è la comunicazione a Europa 7⁵⁰ del suo impegno per un rapido adeguamento del Piano nazionale d'assegnazione delle

⁴⁷ Corte Costituzionale, sentenza n. 204 del 2004.

⁴⁸ Consiglio di Stato, sezione VI, ordinanza 19 luglio 2005, n. 3846.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Ministero delle Comunicazioni, nota del 22 dicembre 1999.

frequenze; 3) “la fondatezza della domanda di Centro Europa 7”⁵¹: secondo il T.A.R. la società non potrebbe appellarsi all’art. 1, comma 2, dell’atto di concessione , che prevede un termine di 24 mesi dalla data di rilascio della concessione per l’adeguamento degli impianti e un’eventuale proroga di 12 mesi in presenza di impedimenti oggettivi. Per l’appellante, il termine di 24 mesi rappresenterebbe un periodo transitorio nell’interesse del concessionario e non dell’amministrazione. Ma, in ogni caso, sia il termine dei 24 mesi, sia quello dei 12 mesi è scaduto in data 28 ottobre 2002.

Per quanto concerne il risarcimento del danno, il danno emergente (la perdita causata dalla mancata assegnazione delle frequenze) ammonterebbe a 100.000.000,000 euro, mentre si rimette all’Unipol la quantificazione del lucro cessante (il potenziale profitto mancato). Ad ogni modo, nel caso in cui le amministrazioni vengano condannate alla sola riparazione, per la ricorrente, il danno, complessivamente, equivarrebbe al valore dell’intera società, che supera i 3 miliardi di euro.

Centro Europa 7 chiede, inoltre, alla Corte di esprimersi in merito alla conformità del D.L. n. 352 del 2003 (Disposizioni urgenti modalità ((e tempi)) di definitiva cessazione del regime transitorio della L. 31 luglio 1997, n. 249) e della L. n. 112 del 2004 (legge Gasparri), nonché della L. n. 43 del 2004 (conversione in legge del decreto “salvareti”), con la giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia e con il diritto comunitario.

Relativamente alle sentenze della Corte Costituzionale, si fa riferimento, alla decisione assunta dalla Corte con la citata sentenza n. 466/2002. Il regime transitorio, dichiarato incostituzionale dalla Consulta, sarebbe dovuto terminare entro il 31 dicembre 2003, rendendo, di conseguenza, disponibili le frequenze occupate dalle reti “eccedenti”, ma, di fatto, esso è stato prorogato con il c.d. decreto “salvareti”. Inoltre, la legge Gasparri equiparando “reti analogiche

⁵¹Consiglio di Stato, sezione VI, ordinanza 19 luglio 2005, n. 3846.

nazionali” e “reti analogiche pseudo- nazionali”, falserebbe la base su cui calcolare il limite antitrust del 20 per cento. Ciò, secondo Europa 7, contrasterebbe con gli artt. 41 Cost. e 21. Cost. (posti a tutela, rispettivamente, della concorrenza e del pluralismo), richiamati dalla Corte nella sentenza n. 420/1994. Anche l’equiparazione fra i programmi trasmessi in tecnica analogica e quelli trasmessi in tecnica digitale sarebbe fuorviante e creerebbe quello che Paolo Cavaliere (docente di Digital Media & IT Law alla Edinburgh Law School) definisce “mercato merceologico fittizio”⁵², poiché la previsione di una diffusione del digitale superiore o uguale al 50 per cento della popolazione non si è verificata, essendo in possesso del decoder solo 200.000 famiglie;⁵³ di conseguenza, la società denuncia la violazione degli artt. 41 Cost., 21 Cost. e 3 Cost. (principio di ragionevolezza).

Per quanto riguarda la difformità con il diritto comunitario, sono prese in esame le quattro direttive del 2002 della Commissione Europea disciplinanti le comunicazioni elettroniche (direttiva “accesso”, direttiva “autorizzazioni”, direttiva “quadro”, direttiva “servizio universale”)⁵⁴. Secondo la società, la legge Gasparri, procrastinando ulteriormente il termine di cessazione del regime transitorio per le reti “eccedenti”, contrariamente a quanto prescritto dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 466 del 2002, viola il diritto comunitario in materia di concessioni, non garantendo la c.d. “concorrenza per il mercato” e conservando, di conseguenza, posizioni dominanti nel settore radiotelevisivo. Inoltre, non potrebbero applicarsi al caso italiano le deroghe relative alla tutela del pluralismo e della diversità, previste dalla disciplina comunitaria, proprio a causa della peculiare condizione in cui versa il sistema televisivo del Paese, più volte definito “lesivo del pluralismo” anche dalla Corte Costituzionale.

⁵² Paolo Cavaliere, “La Corte di Giustizia dà ragione a Europa 7: tra concorrenza e pluralismo, un nuovo slancio per il mercato televisivo italiano?”, in *Accademia.edu*, 2008, p. 923. Disponibile su https://www.academia.edu/12379192/La_Corte_di_justizia_d%C3%A0_ragione_a_Europa_7_tra_concorrenza_e_pluralismo_un_nuovo_slancio_per_il_mercato_televisivo_italiano

⁵³ Sull’equiparazione di programmi analogici e digitali v. anche Gianluca Gardini, *Le regole dell’informazione: principi giuridici, strumenti, casi*, Bruno Mondadori, Milano, 2009, p. 168.

⁵⁴ Rispettivamente direttiva 2002/19/CE, direttiva 2002/20/CE, direttiva 2002/21/CE, direttiva 2002/22/CE.

Dinanzi all'appello di Centro Europa 7, il Consiglio di Stato decide di sollevare una questione in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea "sull'interpretazione del Trattato, e sulla validità ed interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni della Comunità"⁵⁵. Tra i quesiti posti alla Corte, ai fini di questo studio, è utile ricordare i seguenti: a) se l'art. 10 CEDU, sulla libertà di espressione, sia, effettivamente, posto a garanzia del pluralismo esterno nel sistema radiotelevisivo, inducendo, di conseguenza, a ritenere illegittimo l'assetto duopolistico del mercato in questione; b) se le disposizioni del Trattato in materia di concessioni, così come interpretate nella comunicazione della Commissione del 29 aprile 2000⁵⁶, prevedendo i principi di parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e tutela dei diritti dei singoli, siano state violate dalla legge Maccanico⁵⁷ e dal decreto "salvareti"⁵⁸ (poi legge Gasparri); 3) se la disposizione dell'art. 5, par. 2, comma 2, della direttiva autorizzazioni (2002/20/CE), che prevede una deroga alle procedure pubbliche di assegnazione delle frequenze (nel rispetto dei principi sopra citati) "per il conseguimento di obiettivi d'interesse generale", possa essere invocata dallo Stato italiano; 4) se la normativa italiana relativa ai limiti antitrust posti a tutela del pluralismo e della concorrenza nel sistema radiotelevisivo, prevedendo il SIC, come paniere per il calcolo dei limiti per la raccolta delle risorse economiche, risulti compatibile con il diritto europeo.

Dunque, il Consiglio di Stato sospende il giudizio. E' il 19 luglio del 2005: Europa 7 attende da circa sei anni, esattamente dal 28 luglio 1999 (data di rilascio della concessione). La sospensione del giudizio protrarrà ulteriormente i tempi, ma delle frequenze e di un risarcimento per i danni subiti neanche l'ombra.

⁵⁵ Consiglio di Stato, sezione VI, ordinanza 19 luglio 2005, n. 3846.

⁵⁶ "Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario" (2000/C 121/02).

⁵⁷ Art. 3, comma 7, legge 31 luglio 1997, n. 249.

⁵⁸ Art. 1, decreto-legge 24 dicembre 2003, n. 352.

2.3 La decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Difatti passano quasi tre anni: la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁵⁹ arriva il 31 gennaio del 2008.

Il ruolo della Corte, in questo caso, non è quello di adottare un giudizio di merito sulla questione, ma di fornire al giudice del rinvio tutti gli elementi interpretativi necessari al fine di consentire ad esso di esprimersi sulla compatibilità del diritto europeo con quello nazionale. Nel caso specifico, l'intervento della Corte è stato richiesto dal Consiglio di Stato per decidere in merito al diritto di Centro Europa 7 di essere risarcita dei danni subiti a causa della mancata assegnazione delle frequenze.

Non tutte le questioni sono state accolte dalla Corte. Relativamente alla richiesta di esprimersi in merito alla compatibilità della composizione del paniere per il calcolo dei limiti alla raccolta delle risorse pubblicitarie (SIC) con la disciplina europea sulla tutela del pluralismo e della concorrenza nel settore radiotelevisivo (questione n. 10), la Corte ha dichiarato la questione irricevibile, poiché nel ricorso manca una precisa indicazione delle disposizioni del diritto comunitario di cui si richiede l'interpretazione. Stesso esito per le questioni n. 9 e parte della n. 2, riguardanti la compatibilità del mercato televisivo italiano con le disposizioni europee a tutela della concorrenza (art. 86, n. 1, CE e art. 82 CE): la Corte ha motivato la decisione facendo riferimento all'assenza di informazioni sufficienti sull'assetto televisivo del Paese ai fini della ricevibilità del ricorso. Dunque, a causa dell'erronea formulazione di alcuni quesiti nella domanda di pronuncia pregiudiziale, il Giudice comunitario si astiene dall'esprimere un giudizio sulle questioni relative al pluralismo nel sistema televisivo nazionale e al deficit concorrenziale in materia di distribuzione delle risorse pubblicitarie,

⁵⁹ Corte di Giustizia UE, sezione IV, sentenza 31 gennaio 2008, Causa C-380/05, *Centro Europa 7*.

evitando, così, di affrontare questioni di portata, senza dubbio, “maggiore” rispetto al singolo caso che ha coinvolto Europa 7.⁶⁰

Sono state, invece, accolte le questioni n. 4, n. 5 e parte della n. 2 sulla conformità della normativa italiana nel settore radiotelevisivo (per la quale non è consentito ad un operatore trasmettere, pur essendo in possesso di una concessione, a causa della mancata assegnazione delle frequenze da parte delle amministrazioni competenti) con l’art. 49 CE e con le disposizioni della direttiva “quadro”, “autorizzazioni” e “concorrenza”⁶¹. L’art. 49 CE non vieta l’esistenza di monopoli di carattere commerciale, purché questi non comportino discriminazioni tra i cittadini dell’Unione, tuttavia osta all’applicazione di qualsiasi normativa nazionale che produca delle restrizioni sulla libera prestazione di servizi nei confronti dei cittadini “stabiliti in un Paese della Comunità che non sia quello destinatario della prestazione”⁶².

L’art. 9, n. 1, della normativa “quadro” dispone che gli Stati membri forniscono una gestione “efficiente delle radiofrequenze e garantiscono che la allocazione e l’assegnazione di tali radiofrequenze da parte delle autorità nazionali di regolamentazione siano fondate su criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati”⁶³. Le frequenze vengono poste come “risorsa essenziale per i servizi di comunicazione elettronica”, tenendo conto dell’imprescindibilità delle stesse per l’effettivo godimento della libertà di manifestazione del pensiero, nonché della libertà accesso alle risorse nel mercato delle telecomunicazioni.⁶⁴ Anche l’art. 4 della direttiva “concorrenza” stabilisce che tali criteri sono imprescindibili per l’assegnazione delle radiofrequenze.

⁶⁰Federico Sorrentino, “Il governo delle frequenze davanti alla Corte di Giustizia”, in *Federalismi.it*, 20 febbraio 2008, p. 2. Disponibile su http://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?eid=125&dpath=document\editoriale&dfile=SORREN+TINO+DEF.pdf&content=Il+governo+delle+frequenze+davanti+alla+Corte+di+Giustizia+&content_auth=Federico+Sorrentino.

⁶¹ Direttiva 2002/77/CE.

⁶² Art. 49, comma 1, versione consolidata del trattato che istituisce la Comunità Europea (Trattato CE).

⁶³ Art. 9, comma 1, direttiva 2002/21/CE.

⁶⁴ Carlo Magnani, “Comunicazioni elettroniche e convergenza tecnologica: concorrenza e pluralismo nella Società europea dell’informazione”, in *Studi urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche*, settembre 2010, pp. 614-616.

Similmente l'art. 7, n. 3, della direttiva "autorizzazioni" prescrive che, qualora risulti necessario limitare l'accesso alle radiofrequenze, l'assegnazione dei diritti di concessione debba comunque avvenire secondo "criteri di selezione obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori"⁶⁵. L'art 5, n. 1, della stessa direttiva, sancisce che gli Stati membri, se possibile, sono tenuti ad attribuire l'uso delle frequenze tramite un'autorizzazione generale e non sulla base di concessioni di diritto d'uso individuale; inoltre, al n. 2, prevede che, ove sia necessario concedere diritti individuali, questi "sono concessi mediante procedure pubbliche, trasparenti e non discriminatorie"⁶⁶; è contemplata anche una deroga a tali requisiti, ma solo quando l'uso delle frequenze è subordinato al "conseguimento di obiettivi d'interesse generale"⁶⁷.⁶⁸

Per la Corte, è evidente che il regime transitorio prolungato, legittimato dall'art. 3, comma 7, della L. 249/1997 e dall'art. 1 del D.L. n. 352/2003, abbia impedito ad un operatore, titolare di una concessione, di trasmettere, consentendo, invece, ad un altro operatore di mantenere delle frequenze, pur non essendo più in possesso della concessione. Per cui, l'attribuzione delle frequenze non ha seguito i criteri indicati dalle direttive sopracitate e tali mancanze non sarebbero giustificabili sulla base dell'obiettivo, previsto dalla legge Gasparri (L. n. 112/2004), di promuovere lo sviluppo del digitale terrestre. Inoltre, pur volendo riconoscere a tale obiettivo la natura di interesse di carattere generale, non essendo prevista alcuna scadenza al regime transitorio, la legge in questione ha creato, di fatto, una "situazione di privilegio" per le reti sottoposte a tale regime.

Per tutte queste ragioni la Corte sancisce che l'art. 49 CE, l'art. 9, n. 1, della direttiva "quadro", gli artt. 5, nn. 1 e 2, comma 2 della direttiva "autorizzazioni" e l'art. 4 della direttiva "concorrenza", ostano la normativa italiana in materia di

⁶⁵ Art 7, comma 3, direttiva 2002/20/CE.

⁶⁶ Art. 5, comma 2, direttiva 2002/20/CE.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Diritto delle comunicazioni elettroniche. Telecomunicazione e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, a cura di Fabio Bassan, Giuffrè Editore, 2010, p. 433.

sistema radiotelevisivo poiché quest' ultima non consente ad un operatore, concessionario di una rete televisiva, di trasmettere, a causa di una procedura di assegnazione delle frequenze non avvenuta secondo "criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati".

Se non si considerasse la tecnica adottata dai Giudici della Corte di Giustizia risulterebbe infondato il riferimento all'art. 49 CE, il cui oggetto è, letteralmente, il divieto di restrizione alla libera prestazione dei servizi nei confronti di un cittadino europeo stabilito in un Paese dell'Unione diverso da quello cui è destinata la prestazione. In questo caso non c'è il coinvolgimento di un Paese diverso da quello in cui è stabilito il prestatore di servizi, l'unica nazione coinvolta è l'Italia. Ma, mediante la tecnica che l'Avvocato generale Poiares Maduro ha definito "selective input", la Corte è in grado di esprimersi su una questione di portata esclusivamente nazionale, inerente al rapporto tra uno Stato comunitario e un suo cittadino, applicando una norma di carattere transfrontaliero, al fine di consolidare la base normativa comunitaria su cui poggia la tutela dei diritti fondamentali. La riflessione che ha condotto la Corte verso un'interpretazione estensiva della norma si basa sulla possibilità che in passato o in futuro un'impresa straniera possa entrare nel mercato televisivo italiano, riscontrando difficoltà simili a quelle di Europa 7.⁶⁹

Per la Corte di Giustizia, tale interpretazione dovrebbe fornire elementi sufficienti affinché il Consiglio di Stato possa esprimersi in merito al risarcimento del danno richiesto da Europa 7. Per questo motivo non ritiene necessario fornire un'interpretazione, in relazione al caso, dell'art. 10 CEDU⁷⁰, così come delle altre questioni che gli erano state poste dal Consiglio⁷¹.

⁶⁹Paolo Cavaliere, "La Corte di Giustizia dà ragione a Europa 7: tra concorrenza e pluralismo, un nuovo slancio per il mercato televisivo italiano?", in *Accademia.edu*, 2008, pp. 926-927. Disponibile su https://www.academia.edu/12379192/La_Corte_di_giustizia_d%C3%A0_ragione_a_Europa_7_tra_concorrenza_e_pluralismo_un_nuovo_slancio_per_il_mercato_televisivo_italiano.

⁷⁰ Questione n.1.

⁷¹ Questioni n. 3, n. 6 e n.8.

In sostanza, la Corte sostiene l'incompatibilità del regime transitorio per le reti "eccedenti" i limiti antitrust con il diritto comunitario. Ma questa non è affatto una novità: nel 2001 la Corte Costituzionale, con riferimento alla legge Maccanico, sanciva l'illegittimità costituzionale del regime transitorio. Ora, però, a rafforzare le pretese e le aspettative di Europa 7, oltre alla sentenza della Corte di Giustizia Europea, c'è anche una procedura d'infrazione (2005/5086) avviata, nel 2006 (e tuttora irrisolta), dalla Commissione Europea contro l'Italia in cui si contestava la violazione delle direttive "concorrenza", "quadro" e "autorizzazioni" da parte della legge Gasparri. Nello specifico, la legge viola il diritto comunitario nella parte in cui dispone che sono autorizzati a trasmettere tramite il digitale terrestre solo gli operatori che trasmettevano per via analogica prima dell'entrata in vigore della legge.

Nel tentativo di conformare la disciplina nazionale in materia di assegnazione delle frequenze digitali con quella europea, il D.L. 8 aprile 2008, n. 59 ("Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee"), all'art. 8-novies, predispone che la procedura di assegnazione debba avvenire "nel rispetto dei principi stabiliti dal diritto comunitario e secondo criteri obiettivi, proporzionati, trasparenti e non discriminatori".

Probabilmente, per Di Stefano, questa è la volta buona per iniziare a trasmettere.

2.4 «La televisione che non c'è ha avuto l'assegnazione di una frequenza che non c'è»⁷².

Intanto, a maggio del 2008, il Consiglio di Stato si esprime in merito al ricorso presentato da R.T.I. s.p.a. contro Centro Europa 7 e nei confronti del

⁷² Francesco Di Stefano, *Il Blog di Beppe Grillo*, 15 gennaio 2009. Disponibile anche su <https://www.youtube.com/watch?v=LxGorwHibMI>.

Ministero delle Comunicazioni, per l'annullamento della sentenza 9325/04 del T.A.R.⁷³ La sentenza disponeva l'annullamento della nota del Ministero, datata 22 dicembre 2009, con cui quest'ultimo giustificava la mancata assegnazione delle frequenze a Europa 7, facendo riferimento al ritardo nell'attuazione del Piano nazionale di assegnazione delle frequenze, e assicurando che si sarebbe attivato per procedere in tal senso. Tra le varie motivazioni riportate dall'appellante, peraltro molto simili a quelle presentate dal Ministero in occasione del processo tenutosi presso il T.A.R., vi è la scadenza della concessione che il Ministero aveva rilasciato a Europa 7 nel 1999. Infatti, secondo quanto previsto dall'atto concessorio, il titolo aveva validità per sei anni. Per assurdo, tra gli ingorghi giudiziari e l'inerzia della pubblica amministrazione, la concessione, da cui tutto si è originato, è scaduta già da un pezzo. Secondo il Consiglio di Stato, però, questa motivazione, come altre, non sono sufficienti per l'annullamento della sentenza impugnata, dunque respinge l'appello presentato dalla concessionaria delle reti Mediaset e ribadisce il dovere della pubblica amministrazione di assumere una decisione definitiva in merito all'assegnazione delle frequenze, facendo riferimento anche alla sentenza della Corte di Giustizia.

Ad ogni modo, il 2008 è un anno di svolta: Centro Europa 7 ottiene la frequenza tanto attesa, ma, di fatto, questa ancora non esiste.

Vista la decisione della Corte di Giustizia, il Consiglio di Stato, sempre il 6 maggio 2008, si pronuncia sulla vicenda con una sentenza non definitiva⁷⁴, dichiarando inammissibile la domanda di condanna delle amministrazioni competenti all'assegnazione delle frequenze. In effetti, Europa 7 chiede al Tribunale di condannare l'amministrazione all'adozione di un provvedimento, ma, come motivato dal Consiglio, "una tale azione di condanna non è prevista nel processo amministrativo"⁷⁵. Il Tribunale in questione, deve, in tal caso, limitarsi,

⁷³ Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza del 6 maggio 2008, n. 2624.

⁷⁴ Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza del 6 maggio 2008, n. 2622.

⁷⁵ *Ibid.*

a *sollecitare* l'amministrazione affinché provveda al soddisfacimento della richiesta dell'appellante (l'attribuzione delle frequenze).

Per quanto concerne la domanda di risarcimento del danno, il Consiglio di Stato non è in grado di esprimersi poiché ancora non è chiara l'entità del danno stesso: nel caso in cui l'amministrazione provveda all'attribuzione delle frequenze, il risarcimento si limiterebbe al *lucro cessante* per gli anni in cui la società è stata impossibilitata a trasmettere; se, invece, non si provvederà all'adempimento della richiesta, il danno potrebbe corrispondere al valore totale dell'azienda (circa 3,5 miliardi di euro).

In definitiva, il Consiglio di Stato, da un lato, respinge l'appello per la richiesta di condanna delle amministrazioni all'attribuzione delle frequenze, invitando, però, il Ministero delle Comunicazioni ad attuare la sentenza della Corte di Giustizia Europea (quindi, consentire alla società ricorrente di trasmettere) entro il 15 dicembre 2008; dall'altro, sospende la domanda di risarcimento del danno, in attesa di riscontri da parte della pubblica amministrazione, rimandando l'udienza al 16 dicembre 2008.

Quasi dieci anni dopo il rilascio della concessione, l'11 dicembre 2008, Di Stefano riceve dal Ministero dello Sviluppo Economico⁷⁶ la frequenza E8 (198,5 MHz; VHF III banda), corrispondente al canale otto. Il mancato rinnovamento della concessione e l'art. 25 della L. n. 112/2004 (legge Gasparri), che poneva come scadenza per la presentazione della domanda di concessione il 25 luglio 2005, non hanno costituito alcun ostacolo ai fini della validità della concessione di cui era titolare Europa 7.

Il rapporto presentato da AGCOM al Consiglio di Stato per l'udienza del 16 dicembre⁷⁷ spiega chiaramente le ragioni tecniche che hanno indotto il Ministero

⁷⁶ A partire dalla riforma Bassanini del 2008, il Ministero delle Comunicazioni è stato soppresso e le sue funzioni sono state trasferite al Ministero dello Sviluppo Economico.

⁷⁷ AGCOM, "Relazione al Consiglio di Stato in merito alla mancata adozione del programma di adeguamento al piano nazionale delle frequenze, previsto nella concessione rilasciata ad Europa 7,

ad optare per la soluzione proposta dal professore Sassano (consulente di AGCOM ed esperto di regolamentazione del broadcasting radio-televisivo). La chiave di volta del nuovo piano delle frequenze sono gli Accordi di Ginevra del 2006, seguiti alla Conferenza Regionale delle Radiocomunicazioni (RRC-06). Si tratta di un'intesa sulla strutturazione del piano internazionale delle frequenze, a cui hanno partecipato tutti i Paesi della Regione 1 (secondo la ripartizione ITU), tra cui anche l'Italia, al fine di evitare interferenze tra le trasmissioni, possibili anche a notevoli distanze. Sulla base degli accordi del 2006, la nuova pianificazione⁷⁸ prevede 55 canali di diffusione nazionale per via analogica, di cui 7 in VHF e 48 in UHF, a dispetto dei 51 della pianificazione del '98, di cui 6 in VHF e 45 in UHF.

Grazie alla ricanalizzazione delle frequenze VHF-III, prevista dagli accordi, è possibile ricavare un nuovo canale, il canale 8, attualmente occupato da Rai 1 e da varie emittenti locali. Per questo motivo il Ministero ha avviato con la Rai dei colloqui per giungere ad un accordo sul riassetto delle frequenze.⁷⁹ Una volta conclusesi le trattative, la ricanalizzazione dovrà avvenire entro e non oltre il 30 giugno 2009. In ogni caso, nessuna rete nazionale verrebbe danneggiata dal nuovo operatore, visto e considerato che ciascuna di esse continuerebbe a disporre di un canale per le trasmissioni analogiche.

La decisione, però, non risponde alle aspettative della società. Il giorno stesso del rilascio delle frequenze, *Il Messaggero* riporta tutto il disappunto dell'imprenditore abruzzese: «Dopo dieci anni continuano a prenderci in giro».⁸⁰ Le ragioni di tale insoddisfazione risultano chiare nell'intervista che Di Stefano

nonché in merito ai punti A), B), C) ed E) dell'ordinanza istruttoria del 6 maggio 2008, con riguardo alle informazioni in possesso dell'Autorità o dipendenti da sua attività».

⁷⁸Delibera n. 53/08/CONS.

⁷⁹ Marco Mele, "Per Europa 7 nuove frequenze", *Il Sole 24 Ore*, 16 ottobre 2008. Disponibile su <http://www.ilsole24ore.com/art/SoleOnline4/dossier/Tecnologia%20e%20Business/digitale-terrestre/copertura-broadcasting/europa7-nuova-frequenza.shtml?uuiid=30a6b428-9b54-11dd-adcf-7695700521e1&DocRulesView=Libero>.

⁸⁰ "Tv: assegnate le frequenze a Europa 7 Ma la polemica non si placa", *Il Messaggero*, 11 dicembre 2008. Disponibile su http://www.ilmessaggero.it/PRIMOPIANO/CRONACA/tv_assegnate_le_frequenze_a_europa_7_ma_la_polemica_non_si_placa/notizie/37951.shtml.

ha rilasciato per il blog di Beppe Grillo: «La televisione che non c'è- dichiara- ha avuto l'assegnazione di una frequenza che non c'è». Difatti, bisognerà attendere che Rai 1 e centinaia di televisioni locali si trasferiscano su altre frequenze perché Europa 7 possa iniziare a trasmettere; inoltre, secondo Di Stefano, con una sola frequenza è possibile raggiungere, al più, il 15-18 per cento di copertura del territorio nazionale e non l'80 per cento, come previsto dalla concessione del 1999. Egli, riferendosi a Rai 1, in possesso di dieci frequenze, dimostra quanto risulti improbabile tentare di offrire un servizio nazionale con una sola frequenza.

A questo punto non può che sperare nella sentenza del Consiglio di Stato sul risarcimento del danno.

2.5 Il risarcimento del danno secondo il Consiglio di Stato.

Prima di esaminare la decisione assunta dal Consiglio di Stato relativamente alla richiesta di risarcimento del danno, è bene ricordare che, nella stessa sentenza (sentenza n. 242 del 20 gennaio 2009), viene affrontato e, conseguentemente, respinto il ricorso in ottemperanza presentato da Centro Europa 7. Oggetto del ricorso è il provvedimento assunto dal Ministero dello Sviluppo Economico, in data 11 dicembre 2008, che, a parere della società, non dà esecuzione alla sentenza n. 2624/08, in base alla quale le amministrazioni interessate erano tenute ad esprimersi definitivamente sull'assegnazione delle frequenze a Europa 7 con esito favorevole o contrario, ma, comunque, in ottemperanza alla sentenza del 31 gennaio 2008 della Corte di Giustizia.

Da quanto riportato nella sentenza, “Centro Europa 7 contesta l'idoneità tecnica delle frequenze assegnate a copertura dell'intero territorio nazionale, o comunque di una parte rilevante di esso, tale da far assumere alla rete il carattere di rete nazionale”⁸¹. Per avvalorare la propria tesi, la società, presenta ai Giudici

⁸¹ Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza del 20 gennaio 2009, n. 242.

una relazione del Direttore Tecnico dell'IRTE s.p.a. (azienda produttrice di impianti e antenne di diffusione), secondo cui la frequenza assegnata alla società non sarebbe tale da consentire una copertura nazionale. Di tutt'altro avviso è, invece, il Professor Sassano, autore della relazione per AGCOM. Per il Professore, il canale 8 consentirebbe di trasmettere su circa il 100 per cento del territorio nazionale, senza i problemi tecnici e logistici lamentati dalla ricorrente.

Secondo il Consiglio di Stato, ad ogni modo, il provvedimento dell'11 dicembre 2008 è esecutivo della sentenza n. 2624/08 dal momento che attribuisce delle frequenze a Europa 7, come previsto dalla concessione del 1999. Dunque qualsiasi altra contestazione da parte della società, di carattere tecnico e/o logistico, deve considerarsi oggetto di un altro giudizio di cognizione.

Passando, ora, alla decisione concernente la domanda di risarcimento per danno equivalente di Centro Europa 7, è utile ricordare le cifre richieste dalla società: 2.175.213.315,00 euro in caso di attribuzione delle frequenze e 3.500.000.000,00 in caso di mancata attribuzione. Avendo il Ministero dello Sviluppo Economico, con provvedimento dell'11 dicembre 2008, assegnato a Europa 7 la frequenza E8, bisogna assumere come riferimento per la domanda risarcitoria il periodo di tempo compreso tra il 28 luglio 1999, data di rilascio della concessione, e il 30 giugno 2009, termine entro cui dovrebbe essere disponibile la frequenza assegnata.

La Corte, però, lungo questo frangente, distingue due periodi ai fini della quantificazione del risarcimento del danno: il primo periodo va dal 28 luglio 1999 al 31 dicembre 2003, il secondo ha inizio il 1° gennaio 2004 e terminerà entro il 30 luglio 2009. Durante la prima fase, le ragioni (di carattere tecnico e normativo) che, secondo le amministrazioni, non hanno consentito il rilascio delle frequenze sono: l'incongruenza tra il numero di concessioni rilasciate e il numero di frequenze disponibili, "la necessaria contestualità tra pianificazione nazionale e locale e l'effetto di congelamento del piano derivato dalla L. n.

66/2001”⁸² e il regime transitorio relativo alle reti “eccedenti”, consolidato con il D.L. n. 352/03 e, successivamente, con la legge Gasparri.⁸³ Inoltre, fino al 24 luglio 2003, termine ultimo per l’adeguamento del diritto nazionale alle direttive comunitarie (“quadro”, “autorizzazioni” e “concorrenza”), non sussiste una violazione del diritto europeo. Quindi, nonostante l’amministrazione abbia generato e successivamente deluso “un affidamento di Centro Europa 7 sull’esercizio della propria attività”⁸⁴, danneggiando, di conseguenza, la società, l’ostilità del quadro normativo vigente durante il primo periodo porta a valutare il danno diversamente da quello relativo alla fase successiva.

Il D.L. n. 352/03 (decreto “salvareti”) e la L. n. 112/04 (legge Gasparri), dichiarati incompatibili con il diritto comunitario dalla Corte di Giustizia Europea, pregiudicando, ancora una volta, l’assegnazione delle frequenze a Europa 7, inducono il Consiglio ad attribuire una maggiore entità al danno causato durante il secondo periodo. Ad ogni modo, anche se in misura diversa, il danno riguarda entrambi i periodi.

Secondo il Consiglio di Stato, la pubblica amministrazione, in questo caso il Ministero, è responsabile per il danno *da lesione dell’affidamento* e per quello *da tardiva attribuzione del bene*. L’Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni non è ritenuta colpevole poiché l’adeguamento del piano delle frequenze è avvenuto sulla base di un decreto ministeriale; inoltre, l’AGCOM non ha alcuna responsabilità in merito all’attribuzione delle frequenze.

Dopo aver chiarito la natura del danno, il Tribunale passa alla quantificazione dello stesso, distinguendo tra danno emergente e lucro cessante. Il primo ammonta a 391.418,00 euro. Esso deriva dalla somma di una parte delle spese relative allo stabilimento in cui ha sede Centro Europa 7 (100.000 euro), delle spese per il “mantenimento del marchio” (200.000 euro) e delle spese

⁸² Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza del 20 gennaio 2009, n. 242.

⁸³ Andrea Giannaccari, “Il caso Europa7 al Consiglio di Stato”, in *Mercato Concorrenza Regole*, il Mulino, 2008, pp. 135-136. Disponibile su <http://www.rivisteweb.it/doi/10.1434/29273>.

⁸⁴ Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza del 20 gennaio 2009, n. 242.

concernenti il pagamento del canone di concessione (91.418,00 euro). Non tutte le spese presentate nella relazione della società sono state riconosciute parte del danno; ad esempio, non sono state incluse le spese complessive per lo stabilimento, dal momento che nello stesso immobile in cui ha sede legale Centro Europa 7 sono stabilite anche altre società (Media 2001 s.r.l., Informazione libera s.r.l., Tvr Voxson s.p.a. e Rete DAB 2000), controllate da Di Stefano e dal fratello. Allo stesso modo, non sono state calcolate le spese relative agli stipendi dei dipendenti e degli amministratori e altre spese simili, poiché la società, anche dopo il rilascio delle concessione, ha continuato nell'attività di "gestione di un circuito nazionale di 14 emittenti locali"⁸⁵, che svolgeva già da anni. Del resto, la Corte ha quantificato l'intero risarcimento partendo dal "curioso" presupposto che la società, all'epoca della gara d'appalto e, ancor più, nella fase successiva, "non poteva ignorare, né ignorava" le congiunture verificatesi in relazione all'assetto tecnico e normativo della radiotelevisione. Per cui, talune spese, sarebbero state affrontate nella consapevolezza di non ottenere, per lo meno in tempi brevi, le frequenze.⁸⁶

La proposta dell'appellante di 2.045.214.475,00 euro, quale risarcimento del danno da lucro cessante, si fonda su una perizia dell'Unipol, basata sul "metodo dei multipli di borsa di società quotate ed operanti nel medesimo settore"⁸⁷. I presupposti di fondo della simulazione sono il passaggio di Rete 4 sul digitale terrestre, con conseguente calo degli ascolti del 95%, e la perdita della pubblicità da parte di Rai 3, con riduzione di circa il 50% dello share. Secondo la relazione, in circostanze simili, Europa 7 sarebbe riuscita a convogliare gli ascolti persi dalle due reti su se stessa, soprattutto alla luce dell'estromissione dal servizio pubblico radiotelevisivo di personaggi noti come Santoro, Lerner, Biagi, Luttazzi, ecc. Per il Consiglio di Stato, tali ipotesi sono prive di qualsiasi fondamento; infatti, nulla può indurre a paragonare Europa 7 a Rete 4 o Rai 3,

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Andrea Giannaccari, "Il caso Europa7 al Consiglio di Stato", in *Mercato Concorrenza Regole*, il Mulino, 2008, pp. 122-139. Disponibile su <http://www.rivisteweb.it/doi/10.1434/29273>.

⁸⁷ Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza del 20 gennaio 2009, n. 242.

vista e considerata la loro esperienza nel panorama televisivo italiano, o a sottovalutare il ruolo che avrebbe potuto assumere l'allora emergente rete nazionale, La7. Secondo i rilievi del Collegio, a partire dal 1° gennaio 2006 (non sono contemplati gli anni dal 2004 al 2006, periodo di avvio dell'attività, in quanto si ipotizzano delle perdite), fino al 30 giugno 2009, la società avrebbe potuto conseguire ricavi per un totale di 650.000, 00 euro.

Pertanto, il Consiglio di Stato condanna il Ministero dello Sviluppo Economico a risarcire di 1.041.418,00 euro Centro Europa 7. Si tratta, senza dubbio, di una cifra esigua rispetto ai 2 miliardi chiesti dalla società. Cifra che, infatti, non soddisfa l'imprenditore Di Stefano.

CAPITOLO TERZO

LA CONDANNA DELL'ITALIA DALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

3.1 L' approccio della Corte di Strasburgo.

Se la Corte di Giustizia UE aveva manifestato un atteggiamento cauto nell'esprimersi in merito all'interpretazione dell'art. 10 CEDU e alla conseguente congruità dell'assetto duopolistico italiano nel settore radiotelevisivo con la disciplina europea, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, invece, affronta l'intero ricorso presentato da *Centro Europa 7* e dal sig. Di Stefano nella prospettiva della tutela del pluralismo in relazione all'art. 10 della Convenzione. Difatti, con la citata sentenza *Centro Europa 7* (31 gennaio 2008), la Corte di Giustizia, non si è pronunciata sul quesito inerente all'interpretazione dell'art. 10 CEDU, ma ha canalizzato l'intero ricorso sulla tutela della libera prestazione dei servizi (art. 49 CE).⁸⁸ Mentre, in base all'approccio utilizzato dai Giudici di Strasburgo nell'esaminare l'intero caso, è posta in primo piano la tutela del pluralismo esterno nel sistema della comunicazione di massa, quale diretta conseguenza della libertà di espressione.

Testimonianza di questa tendenza è la mole di documenti (raccomandazioni, risoluzioni, discussioni) delle istituzioni europee, volti a promuovere il pluralismo informativo, riportati nel testo della sentenza.⁸⁹ Ad esempio, il primo documento è una raccomandazione del Consiglio d'Europa (n. R(99)1) in cui si

⁸⁸ Paolo Cavaliere, "La Corte di Giustizia dà ragione a Europa 7: tra concorrenza e pluralismo, un nuovo slancio per il mercato televisivo italiano?", in *Accademia.edu*, 2008, pp. 924-926. Disponibile su https://www.academia.edu/12379192/La_Corte_di_justizia_d%C3%A0_ragione_a_Europa_7_tra_concorrenza_e_pluralismo_un_nuovo_slancio_per_il_mercato_televisivo_italiano.

⁸⁹ Marco Cuniberti, "Pluralismo dei media, libertà di espressione e "qualità" della legislazione: il caso "Centro Europa 7" di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo.", in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 25 settembre 2012, pp. 9-14. Disponibile su <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/>.

richiede ai governi la salvaguardia del pluralismo, inteso non solo come libertà di comunicare informazioni tramite le tecniche di radiodiffusione (libertà attiva), ma anche come libertà degli utenti di accedere ad una molteplicità di trasmissioni di qualità e dai contenuti differenziati (libertà passiva); inoltre, si invitano gli Stati membri ad assumere “misure positive”, se necessario, per evitare concentrazioni lesive del pluralismo nel mercato dei media. Da notare è anche una risoluzione dell’Assemblea Parlamentare (24 giugno 2004) in cui era dichiaratamente condannata “l’anomalia italiana”, ovvero “la concentrazione dei poteri politico, economico e mediatico nelle mani di una sola persona, il Primo Ministro Silvio Berlusconi”⁹⁰; indi, si invitava il Parlamento italiano a provvedere urgentemente con misure legislative appropriate. Si chiedeva, peraltro, di emendare la Gasparri, evidentemente inidonea a promuovere il pluralismo, smantellando il duopolio Rai- Mediaset e (ancora una volta) garantendo un servizio d’informazione adeguato e diversificato (“pluralismo dei contenuti”). In più, è riportato un parere della Commissione di Venezia, organo consultivo del Consiglio d’Europa, costituito da esperti internazionali di diritto costituzionale, in cui si sostiene che la presenza di “una molteplicità di media autonomi ed indipendenti”, con conseguente differenziazione dei contenuti proposti, è una condizione necessaria per il pluralismo dei media.

Premesso ciò, il ricorso, dapprima affidato alla Seconda Sezione, il 30 novembre 2010 è stato rimesso alla *Grande Chambre*, che si è espressa definitivamente il 7 giugno del 2012. I ricorrenti, la società Centro Europa 7 e il sig. Di Stefano⁹¹, denunciano alla Corte di aver subito, a causa della mancata assegnazione delle frequenze, una violazione della libertà di espressione (art. 10 CEDU), del diritto al rispetto dei propri beni (art. 1 del Protocollo addizionale

⁹⁰ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 7 giugno 2012, *Centro Europa 7 S.r.l. e Di Stefano c. Italia* (Ricorso n. 38433/09).

⁹¹ Per la Corte, ai sensi dell’art. 34 CEDU, Di Stefano non è da considerarsi “vittima” in sede processuale. Al contrario, Centro Europa 7 S.r.l., che ha partecipato alla gara d’appalto per le concessioni radiotelevisive, ha diritto alla qualificazione di vittima; difatti, solo la società ha ricorso, in passato, ai giudici interni. Inoltre, Di Stefano non ha fornito alla Corte documenti idonei a testimoniare la sua posizione di azionista unico da cui potrebbe dedursi una relazione diretta tra i suoi interessi e quelli di Centro Europa 7.

n.1), del diritto a ricevere un giusto processo (art. 6.1 CEDU) e di aver ricevuto un trattamento discriminatorio in relazione al godimento di un proprio diritto rispetto all' emittente televisiva Mediaset (art. 14 CEDU).

3.2 La violazione del diritto alla libertà di espressione.

Una volta sancita la ricevibilità del ricorso sulla violazione dell'art. 10 della Convenzione, la Corte passa al vaglio le tesi delle parti coinvolte e di una terza parte, l'organizzazione Open Society Justice Initiative. Secondo Europa 7, le limitazioni al diritto alla libertà di espressione subite “non erano né giustificate né necessarie in una società democratica”. La società rammenta la giurisprudenza della Corte nella sentenza *Meltex Ltd e Movessian*, evidenziando l'unicità della propria vicenda. Il caso menzionato ha visto interessata un'emittente televisiva armena cui fu prima sospesa, poi definitivamente negata, la licenza, a causa del suo rifiuto a trasmettere esclusivamente propaganda in favore del partito al governo durante la campagna elettorale del 1995.⁹² In effetti, la Corte di Strasburgo, già più volte, ha interpretato il diniego del riconoscimento di una licenza per la radiodiffusione, in assenza di motivazioni idonee, come una limitazione della libertà di espressione, ma questo di Europa 7 rappresenta un caso inedito (e a notarlo è la Corte stessa) perché, a differenza delle altre emittenti, quest'ultima ha vinto la gara d'appalto e ottenuto la concessione, ma per più di dieci anni le è stato impedito di trasmettere.

E' il turno del Governo italiano, che indica alla Corte le ragioni del ritardo nell'assegnazione delle frequenze a Europa 7, le stesse ragioni presentate al Consiglio di Stato nel 2009, negando ogni sua diretta responsabilità a riguardo. Inoltre, “demonizza” le modalità con cui l'emittente si avvarrebbe del diritto alla libertà di comunicare informazioni o idee, trasmettendo anche film horror e

⁹² Eduardo De Cunto, “Meltex Ltd e Movessian c. Armenia”, in *Diritti Umani in Italia*, 28 Aprile 2014. Disponibile su <http://www.duitbase.it/database-cedu/meltex-ltd-e-mesrop-movsesyan-c-armenia>.

programmi per adulti e prevedendo l'uso di un decoder per la ricezione delle proprie trasmissioni. Invece, l'Organizzazione Open Society Justice Initiative riconduce le origini del caso all' "anomalia italiana" e alla scarsa qualità della normativa che disciplina il settore radiotelevisivo. L'Organizzazione, difatti, conclude le proprie riflessioni invitando la Corte, qualora attestasse una violazione dell'art. 10, ad assumere provvedimenti che inducano l'amministrazione italiana ad adottare disposizioni di carattere generale a tutela del pluralismo informativo, indipendentemente dal caso in questione.

Nonostante l'approccio preliminare della Corte di Strasburgo manifesti la sua intenzione di intervenire con una decisione che elimini il vizio sistemico presente nel settore radiotelevisivo italiano, l'iter proposto successivamente dalla Corte risulta semplice e circoscritto al caso in esame.⁹³ Il quesito ha come oggetto la conformità con il diritto europeo della legge interna, legge che ha impedito a Centro Europa 7 di ottenere le frequenze, nonostante il rilascio da parte del Governo della concessione per trasmettere. L'art. 10 CEDU, con riferimento alla libertà d'opinione e alla libertà di ricevere o comunicare informazioni o idee (annesse al diritto alla libertà di espressione), al comma 2, prevede che queste libertà, in alcuni casi (per salvaguardare la sicurezza nazionale, l'integrità del territorio, per la difesa dell'ordine ...), possano essere sottoposte "alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie in una società democratica". Più volte, nella giurisprudenza della Corte, è stato ribadito il valore sostanziale dell'espressione "previste dalla legge"; difatti, non è necessario che la restrizione sia contemplata da un atto avente formalmente valore di legge, ma è

⁹³ Marco Cuniberti, "Pluralismo dei media, libertà di espressione e "qualità" della legislazione: il caso "Centro Europa 7" di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo.", in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 25 settembre 2012, pp. 4-6. Disponibile su <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/>.

fondamentale che la misura limitativa sia accessibile ai soggetti interessati e sufficientemente prevedibile nei suoi effetti (*nulla poena sine lege*).⁹⁴

Nel caso in esame, vi è una palese limitazione della libertà di espressione. La Corte, quindi, è tenuta a verificare, in primis, la congruità del quadro normativo interno con i principi di accessibilità e prevedibilità della legge e, successivamente, se le ragioni che hanno portato ad una simile limitazione siano effettivamente previste dall'art. 10.

La disamina della Corte, però, si interrompe sul primo punto, in quanto il quadro normativo interno risulta poco chiaro e prevedibile nei suoi effetti. Difatti, a Centro Europa 7 non è stato concesso “di prevedere con sufficiente grado di certezza in quale momento avrebbe potuto ottenere le radiofrequenze e iniziare a esercitare l'attività per la quale aveva ottenuto la concessione”⁹⁵. Ulteriori elementi aggravano tali carenze: il superamento dei termini previsti dalla legge n. 249 del 1997, la mancata esecuzione delle varie sentenze della Corte Costituzionale (che avevano, tra l'altro, alimentato le aspettative della ricorrente), nonché la noncuranza da parte del Governo italiano nel fornire giustificazioni adeguate alla società. Dunque, secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, c'è stata una violazione dell'art. 10 della Convenzione da parte del Governo italiano, poiché quest'ultimo non ha ottemperato al dovere di provvedere alla tutela del pluralismo nei media, causando, peraltro, una riduzione della concorrenza nel mercato televisivo.

⁹⁴Cfr. Marco Orofino, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, G. Giappichelli Editore, 7 maggio 2014, pp. 46-47 e Marco Cuniberti, “Pluralismo dei media, libertà di espressione e “qualità” della legislazione: il caso “Centro Europa 7” di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo.”, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 25 settembre 2012, pp. 14-16. Disponibile su <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/>.

⁹⁵Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 7 giugno 2012, *Centro Europa 7 S.r.l. e Di Stefano c. Italia* (Ricorso n. 38433/09).

Per quanto concerne il ricorso relativo alla violazione dell'art. 14 della Convenzione⁹⁶, Centro Europa 7 sostiene di aver subito delle discriminazioni da parte del Governo rispetto all'emittente televisiva Mediaset. Secondo la società, Mediaset avrebbe ricevuto un "trattamento preferenziale", anche in virtù del ruolo di Presidente del Consiglio italiano più volte ricoperto dal proprietario dell'emittente, Silvio Berlusconi. In particolare, il progressivo prolungamento del termine di scadenza del regime transitorio per le "reti eccedenti" (Rete 4 in questo caso) avrebbe impedito ad altri operatori, come Europa 7, di entrare nel mercato dell'audiovisivo. La Corte, però, pur considerando ricevibile il ricorso, ritiene opportuno non esaminarlo singolarmente, in quanto riconducibile alla decisione assunta con riferimento all'art. 10.

Al contrario, è rigettato il ricorso in base al quale la ricorrente denunciava la violazione del suo diritto ad un equo processo (art. 6.1 della Convenzione) poiché, a parere della Corte, non sussiste alcun elemento che lasci intendere una violazione dei canoni dell'equo processo da parte del giudice interno (il Consiglio di Stato in questo caso). Una delle argomentazioni riportate dalla società a sostegno della parzialità del Governo dinanzi al Consiglio di Stato è l'evidente coincidenza delle memorie della difesa del gruppo Mediaset con quelle dell'Avvocatura generale. La ricorrente ha potuto mostrare alla Corte, come anche alle telecamere di Report⁹⁷, pagine e pagine in cui le due memorie sono palesemente identiche. Ciò nonostante, i Giudici di Strasburgo, non potendo, tra l'altro, entrare nel merito "degli errori di fatto o di diritto

⁹⁶ L'art. 14 CEDU recita testualmente: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione. ».

⁹⁷ Report del 22/03/2009, *Modulazione di Frequenze*, <http://www.rai.tv/dl/RaiTV/programmi/media/ContentItem-11caae90-2d7a-441b-977d-7051dd684429.html>.

presumibilmente commessi da un giudice interno”⁹⁸, considerano il ricorso infondato.

3.3 La violazione del diritto al pieno godimento della proprietà.

Altro oggetto del ricorso presentato da Centro Europa 7 è la presunta violazione dell’art. 1 del Protocollo addizionale n. 1, una delle norme più ostiche e dibattute dell’intera Convenzione, tanto che si è deciso di collocarla al di fuori della stessa, in un protocollo aggiuntivo. L’articolo rappresenta l’esito di un processo di mediazione tra ideologie e giurisprudenze contrapposte riguardo la concezione del diritto di proprietà. Uno dei principali nodi di discussione era l’opposta interpretazione del diritto di proprietà, inteso, secondo una concezione, come interesse di carattere soggettivo e, secondo un altro filone giurisprudenziale, quale diritto contrassegnato da preminente funzione sociale.⁹⁹ In effetti, a dimostrare la travagliata origine dell’articolo è l’uso del termine “bene”, piuttosto vago e impreciso, in sostituzione di “proprietà”, nella prima proposizione del comma 1¹⁰⁰, che, peraltro, ha causato non poche difficoltà alla Corte di Strasburgo nell’individuazione delle fattispecie da ricondurre alla categoria di “bene”, oggetto di tutela da parte della Convenzione.

L’articolo recita quanto segue:

«Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

⁹⁸ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 7 giugno 2012, *Centro Europa 7 S.r.l. e Di Stefano c. Italia* (Ricorso n. 38433/09).

⁹⁹ Giorgia Mandò, “La tutela della proprietà nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo”, in *Diritti Umani in Italia*, 3 giugno 2014. Disponibile su <http://www.duitbase.it/articoli/la-tutela-della-proprietà-nella-giurisprudenza-della-corte-europea-dei-diritti-dell-uomo>.

¹⁰⁰ Salvatore Palmieri, “Il concetto di proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo”, in *FiLOdiritto*, 3 aprile 2007. Disponibile su <http://www.filodiritto.com/articoli/2007/04/il-concetto-di-proprietà-nella-convenzione-europea-dei-diritti-delluomo/>.

Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende.»

Secondo la Corte l'articolo comprende tre disposizioni: 1) la generale tutela del diritto al rispetto dei propri beni; 2) la previsione di privazioni della proprietà per ragioni di pubblica utilità, nel rispetto della legge interna e del diritto internazionale; 3) il diritto dello Stato a regolamentare l'uso della proprietà per la salvaguardia dell'interesse generale.¹⁰¹

La tendenza della Corte di Strasburgo, nell'identificare i margini d'applicazione della norma in questione, è stata piuttosto estensiva negli anni, tanto che il concetto di proprietà sta acquistando il carattere di “nozione autonoma”, ovvero di disciplina sempre più indipendente dal diritto interno.¹⁰² Tale orientamento ha fatto sì che venissero ricondotti alla fattispecie di “bene” tutti i diritti e gli “interessi” aventi valore patrimoniale; quindi, oltre a tutti i beni mobili e immobili e ai diritti reali, vengono tutelati anche il diritto alla proprietà intellettuale, il diritto all'utilizzo di una concessione amministrativa, il diritto all'avviamento commerciale e al mantenimento della clientela di uno studio professionale, i diritti scaturenti da una decisione giudiziaria, i diritti di eredità, i diritti sui crediti da lavoro, i diritti sulle azioni societarie e il diritto di ottenere prestazioni sociali.¹⁰³ Anche le “aspettative legittime” a godere di un bene, nel caso in cui abbiano un adeguato riconoscimento nel diritto interno, sono considerate oggetto di tutela dalla Corte.

¹⁰¹ Cfr. Andrea Sirotti Gaudenzi, *I ricorsi alla corte europea dei diritti dell'uomo. Formulario e giurisprudenza*, Maggioli Editore, 2013, pp. 239-243.

¹⁰² Salvatore Palmieri, “Il concetto di proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo”, in *FiLOdiritto*, 3 aprile 2007. Disponibile su <http://www.filodiritto.com/articoli/2007/04/il-concetto-di-proprietà-nella-convenzione-europea-dei-diritti-dell'uomo/>.

¹⁰³ Giorgia Mandò, “La tutela della proprietà nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo”, in *Diritti Umani in Italia*, 3 giugno 2014. Disponibile su <http://www.duitbase.it/articoli/la-tutela-della-proprietà-nella-giurisprudenza-della-corte-europea-dei-diritti-dell'uomo>.

Dunque, con riferimento al caso in esame, la Corte, ai fini della ricevibilità del ricorso, deve, preliminarmente, constatare l'esistenza della titolarità di un bene in capo alla ricorrente. Secondo il Governo, Centro Europa 7 non deterrebbe alcun diritto di proprietà in quanto la concessione rilasciata alla società nel 1999 “non attribuiva *ipso facto* un diritto alla concessione di radiofrequenze da parte del ministero”¹⁰⁴. Inoltre, la Convenzione tutela, esclusivamente, i diritti di proprietà su “beni attuali” aventi una base giuridica; in questo caso, non sarebbe corretta un'interpretazione estensiva del concetto di “bene”, che consentirebbe alla Corte di qualificare tale posizione come “aspettativa legittima”, a causa dell'assenza di un'adeguata base giuridica interna orientata verso una simile interpretazione e poiché, tra le altre cose, i giudici italiani hanno sempre rigettato la richiesta di condanna della pubblica autorità all'assegnazione delle frequenze¹⁰⁵.

D'altro canto, i Giudici di Strasburgo, richiamando anche la sentenza del 31 gennaio 2008 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ribadiscono l'esigenza di rilascio delle radiofrequenze ai titolari di concessioni per le trasmissioni televisive, al fine di garantire loro l'effettivo godimento del diritto alla libera prestazione dei servizi (art. 49 CE) nel mercato radiotelevisivo. Infatti, nonostante i giudici interni abbiano rigettato i ricorsi di Centro Europa 7 (per via della regola generale secondo cui “il giudice amministrativo non può sostituirsi all'amministrazione”), il titolo concessorio rilasciato alla società e il quadro normativo esistente hanno fatto sì che la stessa maturasse un'“aspettativa legittima” all'utilizzo della concessione. Tale “aspettativa legittima”, secondo la Corte, essendo riferita ad un bene di natura patrimoniale (l'interesse ad ottenere le frequenze per la radiodiffusione), rientra nel campo di tutela dell'art. 1. Infatti, la concessione rilasciata alla ricorrente, in mancanza di attribuzione delle

¹⁰⁴ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 7 giugno 2012, *Centro Europa 7 S.r.l. e Di Stefano c. Italia* (Ricorso n. 38433/09).

¹⁰⁵ T.A.R. Lazio Roma Sez. II, 16/09/2004, n. 9315; Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza del 6 maggio 2008, n. 2622.

radiofrequenze, “è stata privata del suo contenuto”. La Corte, quindi, ha elementi sufficienti per dichiarare ricevibile il ricorso.

Una volta constatata la ricevibilità del ricorso, si entra nel merito della questione. La ricorrente denuncia di aver subito un’ “espropriazione di beni” da parte del Governo italiano, non giustificabile in virtù di un interesse generale da tutelare e in palese contrasto con la legge italiana (L. n. 249 del 1997), che, al contrario, ordinava la liberazione delle frequenze in favore delle società che sarebbero risultate vincitrici della gara d’appalto. Diversamente, la Corte ritiene che non si tratti di un’espropriazione, in quanto, seppur tardivamente, le frequenze sono state assegnate a Centro Europa 7, ma di una “regolamentazione dell’uso dei beni” da parte dello Stato (art. 1, secondo comma). Come per l’art. 10 della Convenzione, però, anche in questo caso, una previsione di restrizione/regolamentazione da parte del Governo, pur essendo prevista dalla legge, è valida solo nel caso in cui risponda al principio di legalità, ovvero accessibilità per i soggetti interessati e prevedibilità negli effetti. In questo caso manca il rispetto del principio di prevedibilità della norma, di conseguenza, la Corte conclude riconoscendo la violazione dell’art. 1 del Protocollo addizionale n.1 da parte del Governo italiano ai danni della ricorrente, esattamente per le stesse ragioni che la hanno indotta, precedentemente, a constatare la violazione dell’art. 10 CEDU.

In entrambi i casi, sia per la violazione del diritto alla libertà di espressione sia per la violazione del diritto al rispetto dei propri beni, la ragione che porta la Corte di Strasburgo a condannare lo Stato italiano è l’incompatibilità della norma con uno dei principi cardine dello Stato di diritto: il principio di legalità. Tale falla dispensa i Giudici dall’esaminare concretamente la violazione delle norme della Convenzione, e, di conseguenza, l’esistenza di ragioni idonee e giustificare le ripetute ingerenze dello Stato nel godimento di questi diritti. Dopotutto, il principio di legalità rappresenta l’essenza originaria del diritto: il diritto nasce dalla legge e vive grazie ad essa, per cui rappresenta un presupposto

imprescindibile per la validità di una norma. Nei vari ordinamenti, tale principio inerisce, in modo specifico, al diritto penale (*nulla poena sine lege*), ma, invero, riguarda l'intero quadro normativo di un ordinamento. Nel diritto italiano, il principio di legalità è sancito dall'art. 25 Cost., quando, al comma 2, precisa che "nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto compiuto". Dall'articolo scaturiscono due requisiti essenziali per stabilire la "legalità" di una norma: l'origine legislativa della stessa e la chiarezza del contenuto. Invece, nella Convenzione, i parametri annessi al principio di legalità sono meno tassativi per quanto riguarda la fonte e più stringenti rispetto al contenuto. Infatti, sulla base di quanto previsto dall'art. 7 CEDU, non è necessario che la norma abbia forma di legge (può anche dedursi da una giurisprudenza consolidata); diversamente, alla luce dell'interpretazione attuata dai Giudici di Strasburgo, risultano imprescindibili i caratteri di prevedibilità e accessibilità della disposizione. La combinazione di queste due visioni distinte del principio di legalità, avrebbe dovuto condurre ad una maggiore attenzione alla "qualità" della legge da parte del legislatore nazionale;¹⁰⁶ ma, in virtù di quanto emerge da questa sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, il mancato rispetto del principio di legalità, per quanto concerne la disciplina del settore radiotelevisivo, rappresenta la prima ragione di condanna dello Stato italiano.

3.4 Il riconoscimento di un'equa soddisfazione.

A questo punto, la Corte è tenuta ad esprimersi in merito alla richiesta della società di 2.174.130.492,55 euro (tra danno emergente e lucro cessante), come risarcimento per il danno materiale, e 10.000.000 euro per il danno morale. Stando all'opinione della ricorrente, il Consiglio di Stato, nel 2009, avrebbe

¹⁰⁶ Giovanni Maria Flick, "Il principio di legalità: variazioni sul dialogo fra Corte di Giustizia, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e Corte Costituzionale italiana", in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 21 novembre 2014, pp. 1-2. Disponibile su file:///C:/Users/windows%207/Downloads/4_2014_Flick_2.pdf.

“quasi totalmente rigettato la domanda di risarcimento”¹⁰⁷ relativa al danno emergente, non avendo incluso nel rimborso le spese di procedura e di avvio dell’attività imprenditoriale, come quelle di locazione degli studi televisivi e di allestimento di una biblioteca audiovisiva.

La domanda di risarcimento per danni morali, secondo Europa 7, è motivata da vari elementi: a) il tempo trascorso tra il rilascio della concessione e l’attribuzione delle frequenze; b) la delusione delle previsioni della società in merito ai tempi di esecuzione della concessione; c) “la frustrazione e l’angoscia” derivante dall’impossibilità di entrare nel mercato televisivo; d) il potenziale guadagno economico; e) “il danno per l’immagine della società”; f) il turbamento causato dall’assistere al consolidarsi delle posizioni di altri *competitor* nel mercato; g) la condizione di imprevedibilità in cui la società ha dovuto adottare “decisioni strategiche”; h) le difficoltà presentatesi; e i) “la frustrazione derivante dall’indifferenza ripetuta e flagrante del Governo” dinanzi alle sentenze della Corte Costituzionale, della Corte di Giustizia Europea e alle ripetute esortazioni delle istituzioni europee. Il Governo, naturalmente, si oppone a tutte le richieste di risarcimento della ricorrente (compreso il rimborso delle spese processuali complessive), ritenendole “esorbitanti”.

Secondo l’art. 41 CEDU, la Corte, una volta accertata una violazione della Convenzione, “se del caso”, può riconoscere alla parte lesa un’equa soddisfazione, sempre a condizione che, sulla base del diritto interno, non sia possibile rimediare alle conseguenze di tale violazione. La suddetta disposizione implica una certa discrezionalità in capo alla Corte, la quale è tenuta a valutare l’opportunità di accordare un’equa soddisfazione alla parte danneggiata. Difatti, non sempre la Corte, in caso di violazione di una norma della Convenzione, procede in tal senso; ad esempio, potrebbe ritenere che il solo accertamento della

¹⁰⁷ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 7 giugno 2012, *Centro Europa 7 S.r.l. e Di Stefano c. Italia* (Ricorso n. 38433/09).

violazione costituisca un'equa riparazione. In ogni caso, lo scopo del risarcimento non è quello di punire lo Stato, ma di riparare al danno cagionato.¹⁰⁸

Con riferimento al caso in esame, la Corte “si trova nell'impossibilità di stabilire con esattezza in quale misura le violazioni constatate abbiano leso i diritti patrimoniali della ricorrente”. La singolarità del mercato in questione, la molteplicità di attività commerciali poste in essere dalla ricorrente (oltre a quella di emittente televisiva) e l'incertezza relativa al potenziale guadagno ostano ad una valutazione del risarcimento che sia, allo stesso tempo, appropriata e non punitiva. D'altra parte, in favore della ricorrente, la Corte rileva che il periodo di riferimento (dal 2004 al 2009) indicato dal Consiglio di Stato, per la quantificazione del risarcimento, non è sufficiente e che la società, senza alcun dubbio, è stata vittima di una condizione di incertezza prolungata, nonché di turbamento a causa dei disagi subiti.

La Corte, quindi, conclude riconoscendo un risarcimento complessivo di 10.000.000 euro, in cui è compresa la riparazione del danno materiale (danno emergente e lucro cessante)¹⁰⁹, e un indennizzo per il danno morale; sono rimborsate alla società anche tutte le spese legali affrontate, per un totale di 100.000 euro.

Dunque, termina con la condanna dello Stato italiano l'iter giudiziario che ha avuto come protagonista l'emittente televisiva Centro Europa 7. Intanto, dopo aver dipanato, tramite trattative con il Governo, la questione inerente alla bassa copertura della frequenza assegnata nel 2008 (frequenza E8), Europa 7, dall'11 ottobre 2010, è partita con le trasmissioni.

Si potrebbe asserire che la tenacia dell'imprenditore abruzzese ha pagato e che la giustizia, in fin dei conti, ha vinto sulla matassa di leggi e sentenze creatasi

¹⁰⁸ Andrea Sirotti Gaudenzi, *I ricorsi alla corte europea dei diritti dell'uomo. Formulario e giurisprudenza*, Maggioli Editore, 2013, pp. 163-164.

¹⁰⁹ La Corte di Strasburgo, nel quantificare il risarcimento del danno materiale, ha tenuto conto della cifra già accordata dal Consiglio di Stato nel 2009 (sezione VI, sentenza del 20 gennaio 2009, n. 242).

attorno a questa vicenda. In realtà, è innegabile la condizione di svantaggio concorrenziale in cui l'emittente ha dato avvio all'attività, tanto che, dopo un periodo di "resistenza" (nel 2012) grazie alla trasmissione in diretta delle partite di Serie B, nell'agosto del 2014, la società ha interrotto, in modo definitivo, le trasmissioni.

Questo, purtroppo, è il vero epilogo del caso Europa 7.

BIBLIOGRAFIA

AGCOM, “Relazione al Consiglio di Stato in merito alla mancata adozione del programma di adeguamento al piano nazionale delle frequenze, previsto nella concessione rilasciata ad Europa 7, nonché in merito ai punti A), B), C) ed E) dell’ordinanza istruttoria del 6 maggio 2008, con riguardo alle informazioni in possesso dell’Autorità o dipendenti da sua attività”, 15 ottobre 2008.

Andreoli G., Trame televisive: il caso infinito Rete 4- Europa 7, in *WildItaly*, 5 dicembre 2014. Disponibile su <http://www.wilditaly.net/trame-televisive-il-caso-infinito-rete-4-europa-7-19515/>.

Azzariti G., La temporaneità perpetua, ovvero la giurisprudenza costituzionale in materia radiotelevisiva (Rassegna Critica), in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1995.

Cardone A., *L’incidenza della libertà d’espressione garantita dall’art. 10 C.E.D.U. nell’ordinamento costituzionale italiano*, in *L’informazione: il percorso di una libertà*, vol.II. a cura di P. Carretti, Passigli Editori, Firenze, 2012.

Castellaneta M., *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, Cacucci Editore S.a.s., Bari, 2012.

Cavaliere P., La Corte di Giustizia dà ragione a Europa 7: tra concorrenza e pluralismo, un nuovo slancio per il mercato televisivo italiano?, in *Academia.edu*, 2008. Disponibile su [https://www.academia.edu/12379192/La Corte di giustizia d%C3%A0 ragion e a Europa 7 tra concorrenza e pluralismo un nuovo slancio per il mercato televisivo italiano](https://www.academia.edu/12379192/La_Corte_di_giustizia_d%C3%A0_ragione_e_a_Europa_7_tra_concorrenza_e_pluralismo_un_nuovo_slancio_per_il_mercato_televisivo_italiano).

Cavaliere P., La tutela del pluralismo oltre la concorrenza e il mercato, in *Media Laws*, 24 gennaio 2011. Disponibile su <http://www.medialaws.eu/la-tutela-del-pluralismo-oltre-la-concorrenza-e-il-mercato/>.

Chimenti A., *L’ordinamento radiotelevisivo italiano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007.

Cuniberti M., Pluralismo dei media, libertà di espressione e “qualità” della legislazione: il caso “Centro Europa 7” di fronte alla Corte europea dei diritti dell’uomo., in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 25 settembre 2012. Disponibile su <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/>.

De Cunto E., Meltex Ltd e Movessian c. Armenia, in *Diritti Umani in Italia*, 28 Aprile 2014. Disponibile su <http://www.duitbase.it/database-cedu/meltex-ltd-e-mesrop-movsesyan-c-armenia>.

De Minico G., Due sentenze della Corte di Giustizia sulle frequenze. Esiste un dopo?, in *Forum di Quaderni Costituzionali*. Disponibile su http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/corte_giustizia/0001_deminico.pdf.

Di Gaspare G., *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Seconda edizione, Padova, Cedam, 2015.

Bassan F.(a cura di),*Diritto delle comunicazioni elettroniche. Telecomunicazione e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Giuffrè Editore, 2010.

Di Stefano F., “Il Blog di Beppe Grillo”, 15 gennaio 2009. Disponibile anche su <https://www.youtube.com/watch?v=LxGorwHibMI>.

Flick G. M., Il principio di legalità: variazioni sul dialogo fra Corte di Giustizia, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e Corte Costituzionale italiana, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 21 novembre 2014. Disponibile su file:///C:/Users/windows%207/Downloads/4_2014_Flick_2.pdf.

Galluzzo M., Decreto tv, mediazione sui rilievi di Ciampi, *Corriere della Sera*, 23 dicembre 2003. Disponibile su http://archiviostorico.corriere.it/2003/dicembre/23/Decreto_mediazione_sui_rilievi_Ciampi_co_0_031223098.shtml.

Gamaleri G., *Teoria e tecniche delle comunicazioni di massa. Stampa, Radio, Televisione, New Media*. Edizioni Kappa, Roma, 2003.

Gardini G., *Le regole dell’informazione: principi giuridici, strumenti, casi*, Bruno Mondadori, Milano, 2009.

Giannaccari A., Il caso Europa7 al Consiglio di Stato, in *Mercato Concorrenza Regole*, il Mulino, 2008. Disponibile su <http://www.rivisteweb.it/doi/10.1434/29273>.

Guidi L., Dal diritto di esprimersi a quello di essere informati, dal pluralismo alla par condicio, dal monopolio Rai all’oligopolio televisivo mentre vanno affermandosi i nuovi media. Considerazioni sulla libertà di stampa e di antenna, in *Scuola di Liberalismo 2008*, XLI edizione, Fondazione Luigi Einaudi, 2008.

Iovene B., 22 marzo 2009, *Modulazione di Frequenze*, “Report” (Rai3). Disponibile su <http://www.rai.tv/dl/RaiTV/programmi/media/ContentItem-11caae90-2d7a-441b-977d-7051dd684429.html>.

Magnani C., Comunicazioni elettroniche e convergenza tecnologica: concorrenza e pluralismo nella Società europea dell’informazione, in *Studi urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche*, settembre 2010.

Mandò G., La tutela della proprietà nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, in *Diritti Umani in Italia*, 3 giugno 2014. Disponibile su <http://www.duitbase.it/articoli/la-tutela-della-proprietà-nella-giurisprudenza-della-corte-europea-dei-diritti-dell-uomo>.

Marco Orofino, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti: Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, G. Giappichelli Editore, 7 maggio 2014.

Mele M., Per Europa 7 nuove frequenze, *Il Sole 24 Ore*, 16 ottobre 2008. Disponibile su <http://www.ilsole24ore.com/art/SoleOnLine4/dossier/Tecnologia%20e%20Business/digitale-terrestre/copertura-broadcasting/europa7-nuova-frequenza.shtml?uuid=30a6b428-9b54-11dd-adcf-7695700521e1&DocRulesView=Libero>.

Mele M., La mancata assegnazione di frequenza per Europa 7 vale 3,5 miliardi, *Il Sole 24 Ore*, 3 giugno 2008. Disponibile su http://www.ilsole24ore.com/art/SoleOnLine4/Italia/2008/06/Motivazioni-Europa-7.shtml?uuid=ce80b8a4-318e-11dd-9186-00000e251029&type=Libero&refresh_ce=1.

Palmieri S., Il concetto di proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo, in *FiLOdiritto*, 3 aprile 2007. Disponibile su <http://www.filodiritto.com/articoli/2007/04/il-concetto-di-proprietà-nella-convenzione-europea-dei-diritti-delluomo/>.

Poiars Maduro M., Conclusioni dell’Avvocato generale Poiars Maduro del 12 settembre 2007, causa C-380/05. Disponibile su http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30db79882323939b4058a9e3a73194a46e4b.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuLbx10?doclang=IT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=62786&occ=first&dir=&cid=1170.

Santalucia P., La “Legge Gasparri” sul sistema radiotelevisivo, in *Il diritto di tutti*, Giuffrè Editore. Disponibile su

[http://dirittoditutti.giuffre.it/psixsite/Archivio/Articoli%20gi %20pubblicati/Rubriche/Opinioni%20a%20confronto/default.aspx?id=236](http://dirittoditutti.giuffre.it/psixsite/Archivio/Articoli%20gi%20pubblicati/Rubriche/Opinioni%20a%20confronto/default.aspx?id=236).

Sirotti Gaudenzi A., *I ricorsi alla corte europea dei diritti dell'uomo. Formulario e giurisprudenza*, Maggioli Editore, 2013.

Sorrentino F., Il governo delle frequenze davanti alla Corte di Giustizia, in *Federalismi.it*, 20 febbraio 2008. Disponibile su http://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?eid=125&dpath=document\editoriale&dfile=SORRENTINO+DEF.pdf&content=Il+governo+delle+frequenze+davanti+alla+Corte+di+Giustizia+&content_auth=Federico+Sorrentino.

Tv: assegnate le frequenze a Europa 7 Ma la polemica non si placa, *Il Messaggero*, 11 dicembre 2008. Disponibile su http://www.ilmessaggero.it/PRIMOPIANO/CRONACA/tv_assegnate_le_frequenze_a_europa_7_ma_la_polemica_non_si_placa/notizie/37951.shtml.

Valentini G. “Adesso voglio le mie frequenze e il risarcimento per i danni subiti”, *la Repubblica*, 1 febbraio 2008. Disponibile su <http://www.repubblica.it/2008/01/sezioni/economia/ue-boccia-frequenze/francesco-di-stefano/francesco-di-stefano.html>.

Cronologia delle fonti giuridiche

- Corte Costituzionale, sentenza n. 826 del 1988.
- Corte Costituzionale, sentenza n. 102 del 1990.
- Corte Costituzionale, sentenza n. 420 del 1994.
- Disegno di legge 1138, *“Disciplina del sistema delle comunicazioni”*.
- Legge 31 luglio 1997, n. 249, *“Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo”*.
- AGCOM, allegato n. 1 alla delibera n. 78/98, *“Regolamento per il rilascio delle concessioni per la radiodiffusione televisiva privata su frequenze terrestri”*.
- AGCOM, delibera n. 68/98, *“Piano nazionale di assegnazione delle frequenze per la radiodiffusione televisiva”*.
- Ministero delle Comunicazioni, decreto ministeriale 30 gennaio 1999.
- Decreto del Presidente della Repubblica 8 marzo 1999, *“Disciplinare per il rilascio delle concessioni per la radiodiffusione privata televisiva su frequenze terrestri, in ambito nazionale”*.
- Ministero delle Comunicazioni, decreto ministeriale 28 luglio 1999.
- Ministero delle Comunicazioni, decreto ministeriale 28 ottobre 1999.
- Ministero delle Comunicazioni, nota del 22 dicembre 1999.
- Comunicazione interpretativa della Commissione europea sulle concessioni nel diritto comunitario (2000/C 121/02).
- AGCOM, delibera del 7 agosto 2001, n.346
- Direttiva 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’Unione Europea del 7 marzo 2002, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime (direttiva accesso).
- Direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’Unione Europea del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni).
- Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’Unione Europea del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro).

- Direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione Europea del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale).
- Direttiva 2002/77/CE della Commissione europea del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica.
- Corte Costituzionale, sentenza 20 novembre 2002, n. 466.
- Messaggio del Presidente della Repubblica al Parlamento 15 dicembre 2003.
- Decreto- legge 24 dicembre 2003, n. 352, recante *“Disposizioni urgenti concernenti modalità di definitiva cessazione del regime transitorio della legge 31 luglio 1997, n. 249”*.
- Legge 24 febbraio 2004, n. 43, *“Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 dicembre 2003, n. 352, recante disposizioni urgenti concernenti modalità di definitiva cessazione del regime transitorio della legge 31 luglio 1997, n. 249”*.
- Disegno di legge n. 2175/2004, *“Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI-Radiotelevisione italiana Spa, nonché delega al Governo per l’emanazione del testo unico della radiotelevisione”*.
- Legge 3 maggio 2004, n. 112, *“Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI- radiotelevisione Italia S.p.a., nonché delega al Governo per l’emanazione del testo unico della radiotelevisione”*.
- Corte Costituzionale, sentenza n. 204 del 2004.
- T.A.R. Lazio, Roma, sezione II, sentenza 16 settembre 2004, n. 9315.
- T.A.R. Lazio, Roma, sezione II, sentenza 16 settembre 2004, n. 9325.
- Procedura di infrazione n. 2005/5086 - ex art. 258 del TFUE *“Altroconsumo contro Repubblica italiana (Legge Gasparri)”*.
- Consiglio di Stato, sezione VI, ordinanza 19 luglio 2005, n. 3846.
- AGCOM, delibera n. 341/06/CONS, *“Valutazione delle dimensioni economiche del Sistema Integrato delle Comunicazioni”*.
- AGCOM, delibera n. 53/08/CONS, *“Piano di assegnazione delle frequenze per il servizio di radiodiffusione televisiva in tecnica digitale nella Regione Sardegna in previsione dello switch-off”*.

- Corte di Giustizia UE, sezione IV, sentenza 31 gennaio 2008, Causa C-380/05, *Centro Europa 7*.
- Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 31 maggio 2008, n. 2624.
- Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 20 gennaio 2009, n. 242.
- Commissione europea, procedura di infrazione n. 2012/2138- ex art. 258 del TFUE, “*Fornitura dei servizi accessori legati all’offerta all’ingrosso del servizio di accesso alla rete fissa di telecomunicazioni*”.
- Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, sentenza del 7 giugno 2012- Ricorso n. 38433/09, *Centro Europa 7 s.r.l. e Di Stefano c. Italia*.

Abstract

The case of *Centro Europa 7* is not just the story of a long and complex legal case, but also a detailed narration of the evolution of the Italian television system from a regulatory and technological point of view. From the so called “Far West of television” of the 70s and 80s until the transition to digital terrestrial television in 2012, we can testify a substantial public-private duopoly in the television sector, ascribable to *RAI*, the company in charge of the public broadcasting service, and *Mediaset*, the “media conglomeration” controlled by the Berlusconi family. These dominant market positions are consolidated despite repeated interventions by the legislator, by the Constitutional Court, by the European Commission and, even, by the European Court of Human Rights.

The protagonist of this affair is the broadcaster *Europa 7*, founded following the takeover of the television network *Italia 7* by the entrepreneur and publisher Francesco Di Stefano. His ambition was to make the network *Europa 7* a national television channel and to achieve this purpose, in 1999, he decided to join the competitive tender to obtain the national television broadcasting rights, as provided for by Law No 249/1997, also called the Maccanico Law.

The company, winning the tendering procedure, obtained the license, but the government, for over ten years, has not provided the necessary frequencies to transmit across the whole nation. In effect, the National Plan for the Allocation of Frequency, for which the A.G.C.O.M. (Authority for Communications Guarantees) is responsible, should have indicated the frequencies for broadcasting activities, but it has never been definitively implemented.

The affair became even more complicated due to the “permanent” transitional arrangement about *Rete 4*. Effectively, the network exceeded the concentration restriction imposed by the Maccanico Law, therefore, it should have been converted from the analogue mode to the digital one within a date set by the Authority (AGCOM) “in relation to the actual and appropriate development of

users of television programs by satellite and cable”. However, this deadline has never been determined, further reducing the opportunity for other operators to access the television system. Thus, from this moment on, the case of *Centro Europa 7* and the “Iodo Rete 4”¹¹⁰ are become inextricably linked.

The objective of this dissertation is to reconstruct the evolution of the case, by examining not only the Italian legal framework in the broadcasting sector, but also the major judgments that have marked the judicial process concerning *Centro Europa 7*. Specifically, the first chapter presents the origins of the case: from the Maccanico Law, through the procedures for granting licenses, to the Gasparri Law (Law No 112/2004). The latter, approved following the decision No 466 of 2002 of the Constitutional Court, was adopted in order to promote pluralism of information through the digital technology. However, actually, it prevented those operators, who had not transmitted in analogue before the relevant legislation (so also *Centro Europa 7*), from using digital technology. Moreover, the Law established a new reference market to estimate the antitrust limits: the Integrated Communications System (ICS). The ICS is the economic sector determined by the process of convergence among newspapers, magazines, publishing (also via the Internet), radio and audiovisual media services, cinema, outdoor advertising, communication initiatives and sponsorships. According to the Article 15 of the Law, the operators could not amass more than 20% of the total revenue of the ICS. Consequently, unlike what foreseen by the Maccanico Law, which referred only to the radio-television market, the limit of advertising resources accumulating has become much higher. Furthermore, the equating of programs broadcast in analogue and those transmitted in digital technique created a "fictitious market" to calculate the threshold of channels that each operator could own.

In the second chapter you can find an analysis of trials and sentences related to the case. In 2000, Di Stefano lodged an application with the Lazio Regional

¹¹⁰ The complex of judgments and laws on Rete 4.

Administrative Court requesting the annulment of the note with which the Ministry of Communications postponed the release of the frequencies until the time of implementation of the Plan; the Administrative Court, in 2004, accepted the appeal and revoked the measure of the Ministry of Communications contested by *Centro Europa 7*, since the delay in the adjustment of the National Plan for the Allocation of Frequency depended exclusively on "a negligent behavior by the competent authorities".

In the same year, the Administrative Court of Lazio judged on an appeal brought by the company in 2003 requesting the condemnation of the administration to allocate the installations for broadcasting and to pay damages caused by the delay in the implementation of the Plan. This time, however, the Regional Administrative Court dismissed the application since, given the authoritative character of the act in which it was issued the concession, the position of the plaintiff does not have nature of "personal right"¹¹¹, but of "legitimate interest"; in this case, according to the Court, it is inadmissible the condemnation of the government to a positive action (*facere*).

Then, it follows the appeal submitted to the Council of State in 2003, in which *Europe 7* not only claimed compensation of the damages but also asked a judgment about the compliance of the Gasparri Law with the jurisprudence of the Constitutional Court and with the European law. However, the Council of State decided to stay the proceedings and request the European Court of Justice to give a preliminary ruling "on the interpretation of the Treaty and on the validity and interpretation of acts of the Community institutions".

The ECJ condemned the transitional regime concerning the "over-quota channels", because it prevented an operator, in this case *Europe 7*, from broadcasting, although it had a licence. Indeed, the frequency allocation procedure did not comply with objective, transparent, nondiscriminatory and

¹¹¹ In Italian "diritto soggettivo".

proportionate criteria, as established by the European Commission directives on electronic communications. In addition, the Court ascertained infringement by the Italian State of the freedom to provide services (Article 49 E.C).

Following the decision taken by the Court of Justice in 2008, the Council of State again urged the Government to implement the concession granted to the company in 1999 through the allocation of frequencies. In fact, after more than ten years, thanks to the rechanneling of the VHF-III, the frequency *E8* was attributed to the company.

The issue about the claim for compensations made by the company was still unsolved: the Council of State, in 2009, ordered the Government to pay the applicant company the sum of EUR 71,041,418, 00. However, this decision did not meet the entrepreneur Di Stefano who, therefore, decided to appeal to the Strasbourg Court.

To this purpose, the third chapter offers an examination of the judgment *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy* (application No 38433/09), pronounced by the European Court of Human Rights. Di Stefano and his company complained of the violation of four articles of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: Article 6.1 on the right to a fair trial; Article 10 on the freedom of expression and, exactly, on the freedom to communicate information and ideas; Article 14, with respect to Article 10, on the enjoyment of the rights and freedoms set forth by the Convention, without discrimination; and Article 1 of Protocol 1 on the right of everyone "to the peaceful enjoyment of his possessions".

The Court attested a breach of Article 10 and Article 1 of Protocol 1. In both cases, the reason that led the Strasbourg Court to condemn the Italian State has been the incompatibility of domestic law with one of the key principles of the rule of law: the principle of legality. Indeed, the Judges, after having established a restriction on the freedom of expression and a violation of the right of

propriety, wondered whether, in this case, there were conditions that could legitimize such restrictions, according to articles under consideration. A *sine qua non* is that the restriction must be prescribed by law, therefore the rule must comply with the principle of legality, which means that it “should be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects”.

Once verified the violation of those articles, the Court has quantified the amount of damages. However, the circumstances of the case did not allow a precise evaluation of the damage, hence the Judges considered it reasonable to award the applicant company a sum of EUR 10,000,000 as compensation.

Nowadays, however, the Italian government has not yet enforced the judgment of the Court of Strasburg. Actually, it is not important when the judgment will be carried out, since, in 2013, the company, because of the disastrous economic conditions, was compelled to submit to the Court of Rome a request of composition with creditors.

Justice, unfortunately, is not able to remedy such damages. In fact, *Centro Europa 7* could not take advantage of its economic potential in a market now completely transformed. The company could not compete with the new technologies and with the public-private duopoly, RAI-Mediaset, which has locked down the broadcasting market, leaving outside competition and pluralism.

Indeed, digital terrestrial has preserved the television market concentration. As shown in the annual report of AGCOM, presented to Parliament on 7 July 2015, Rai and Mediaset have respectively 47.4% and 34.7% market share of the TV free, maintaining a leading role in the industry.

Competition and pluralism are two principles only partially equivalent: the first refers to the efficiency of the economic market, the second to the efficiency of the information system in a democratic state, but, in this case, the first is a condition of the second. In a market, such as the radio television market, in which competition becomes a tool for the promotion of pluralism, a strict

regulation should be followed by an effective enforcement mechanism of the jurisprudential guidelines, in order to definitively dismantle these dominant positions and put an end to the great “Italian Anomaly”.