

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da Centro Europa 7 s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Alessandro Pace, dall'Avv. Giuseppe Oneglia e dall'Avv. Ottavio Grandinetti con domicilio eletto in Roma piazza delle Muse n. 8 presso Associazione Professionale Studio Legale Pace;

contro

Ministero delle comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato con domicilio in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

Direzione Generale Autorizzazioni e Concessioni del Ministero delle Comunicazioni, non costituitasi in giudizio;

con l'intervento di

Mediaset s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dagli avv.ti Luigi Medugno e Giuseppe Rossi, ed elettivamente domiciliato presso il primo, in Roma, via Panama, n. 58;

Prima Tv s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dagli avv.ti Filippo Satta, Stefania Bariatti e Luca Perfetti, ed elettivamente domiciliato presso il primo, in Roma, via Pier Luigi da Palestrina, n. 47;

Federazione Radio Televisioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avv.to Claudio Chiola, ed elettivamente domiciliato presso lo stesso, in Roma, via della Camilluccia, n. 785;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione II, n. 9315/04 pubblicata il 16 settembre 2004;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle amministrazioni appellate e gli atti di intervento di Mediaset s.p.a., di Prima Tv s.p.a. e della Federazione Radio Televisioni;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista la sentenza della Corte di Giustizia, sezione IV, 31 gennaio 2008, C-380/05;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 6 maggio 2008 relatore il Consigliere Roberto Chieppa.

Uditi l'Avv. Pace, l'Avv. Grandinetti, l'Avv. Medugno, l'Avv. Satta, l'Avv.

Perfetti, l'Avv. Bariatti, l'Avv. Chiola e l'Avv. dello Stato Di Carlo;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Centro Europa 7 s.r.l. ha partecipato alla gara, indetta in attuazione della legge n. 249 del 1997, ai fini del rilascio delle concessioni per la radiodiffusione televisiva su frequenze terrestri in ambito nazionale ed, essendosi classificata con l'emittente "Europa 7" al settimo posto della relativa graduatoria, ha ottenuto il rilascio di una delle suddette concessioni (d.m. 28 luglio 1999), nella quale, pur prevedendosi che in forza del suddetto provvedimento l'istante aveva titolo ad installare ed esercitare una rete d'impianti di radiodiffusione televisiva, non erano assegnate specifiche

frequenze in attesa del programma di adeguamento degli impianti al Piano nazionale di assegnazione delle frequenze.

Non avendo le competenti amministrazioni proceduto all'assunzione di alcun provvedimento di assegnazione delle frequenze, con ricorso al Tar del Lazio notificato il 27 novembre 2003 Centro Europa 7 ha chiesto:

a) la condanna, anche ai sensi degli artt. 33 e 35 del d.lgs. n. 80 del 1998, così come modificato dall'art. 7 della l. n. 205 del 2000, delle amministrazioni resistenti ad assegnare alla ricorrente una rete di impianti di radiodiffusione costituita da impianti ubicati nei siti individuati dal Piano nazionale delle frequenze, o, in subordine, la condanna delle stesse amministrazioni all'assegnazione alla ricorrente di canali comunque idonei a farle raggiungere la copertura di almeno l'80 % del territorio nazionale e di tutti i capoluoghi di provincia;

b) la condanna delle amministrazioni resistenti, ciascuna per la parte di sua responsabilità, al risarcimento dei danni ingiusti subiti e subendi dalla ricorrente per la mancata, tempestiva, assegnazione di una rete o di canali (frequenze) comunque idonei a garantire la suddetta copertura.

Con sentenza n. 9315/2004 il Tar del Lazio ha dichiarato inammissibile la domanda di condanna all'assegnazione delle frequenze, ritenendo che i provvedimenti richiesti postulano che la situazione soggettiva dedotta in giudizio abbia natura di diritto soggettivo, mentre in realtà la posizione della ricorrente deve essere qualificata di interesse legittimo; ha anche aggiunto che se l'oggetto della concessione consiste nell'attribuzione di determinate frequenze, allora la mancata assegnazione delle stesse costituisce un vizio del provvedimento ampliativo, che non può non comportarne l'illegittimità per violazione della normativa vigente, per cui, conseguentemente, risulta contraddittorio collegare la nascita di un diritto soggettivo ad ottenere le frequenze sulla base di un provvedimento che risulterebbe in palese contrasto con la disciplina in materia.

Il giudice di primo grado ha poi respinto la domanda di risarcimento per equivalente, evidenziando che la formulazione della stessa (inadempimento agli obblighi nascenti dalla concessione) si pone in contrasto con la situazione soggettiva della ricorrente di interesse legittimo pretensivo a che le competenti amministrazioni integrino il contenuto del citato provvedimento, fermo e impregiudicato il potere delle stesse di adottare eventualmente determinazioni negative sulla base di circostanze fattuali e di diritto sopravvenute.

Centro Europa 7 ha impugnato tale decisione, deducendo:

a) l'erroneità della qualificazione della situazione giuridica soggettiva vantata da Europa 7, in quanto il privato, dopo il rilascio della concessione, vanta un diritto soggettivo perfetto a seguito dell'adozione o stipula dell'atto (concessione) che disciplina i diritti delle parti pubbliche e private; di talché è ben possibile che la parte non inadempiente richieda al giudice amministrativo la condanna della altra parte all'adempimento delle obbligazioni oggetto della concessione, anche in forza della giurisdizione esclusiva che in materia compete al giudice amministrativo;

b) il decreto di concessione non è illegittimo per non aver attribuito le frequenze, ma ha solo rinviato tale assegnazione ad atti successivi, poi mai emanati;

c) il Ministero avrebbe dovuto adempiere alle obbligazioni nascenti dalla concessione;

d) le amministrazioni sono anche tenute al risarcimento dei danni, da quantificare in modo diverso a seconda che si proceda all'assegnazione delle frequenze o che tale assegnazione non avvenga, dovendo nel primo caso il risarcimento essere limitato al lucro cessante relativo agli anni in cui la ricorrente non ha potuto

operare e nel secondo caso all'itero valore dell'azienda, corrispondente a circa 3,5 miliardi di euro.

Il Ministero delle comunicazioni e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni si sono costituite in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso.

Con decisione n. 3846/05 questa Sezione ha in primo luogo ritenuto che la controversia appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, anche dopo la sentenza della Corte Cost. n. 204 del 2004, trattandosi di una controversia su una concessione, rilasciata in materia di telecomunicazioni (art. 5 l. n. 1034/1971 e 33 co. 1 d.lgs n. 80/1998 come sostituito dall'art. 7 l. n. 205/2000 e "riscritto" da Corte Cost. n. 204/2004).

Tenuto conto che la controversia ha ad oggetto una domanda risarcitoria, sia in forma specifica che per equivalente, la Sezione ha poi rilevato che sono state evocate solo le Amministrazioni, e non i titolari delle "reti eccedenti" che, indubbiamente, sarebbero incisi da una statuizione di condanna in forma specifica, ritenendo così di doversi limitare a conoscere dell'unica domanda procedibile ossia la domanda di risarcimento per equivalente (riservando al prosieguo ogni ulteriore provvedimento in merito alla azione di reintegra in forma specifica).

Quanto alla domanda di risarcimento danni per equivalente, premesso che la mancata assegnazione delle frequenze è stata determinata da fattori essenzialmente normativi, la Sezione ha formulato, ai sensi dell'art. 234 del Trattato, le seguenti questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia, sospendendo il giudizio e disponendo la trasmissione degli atti alla Corte:

- 1) se l'art. 10 CEDU, come richiamato dall'art. 6 del Trattato sull'Unione garantisca il pluralismo informativo esterno nel settore radiotelevisivo, con ciò obbligando gli Stati membri a garantire un pluralismo effettivo ed una concorrenza effettiva, nel settore, basata su un sistema antitrust che, in relazione allo sviluppo tecnologico garantisca accesso alle reti e pluralità degli operatori, senza possibilità di ritenere legittimi assetti duopolistici del mercato;
- 2) se le disposizioni del Trattato CE che garantiscono la libertà di prestazioni di servizi e la concorrenza, nell'interpretazione datane dalla Commissione con la comunicazione interpretativa del 29 aprile 2000 sulle concessioni nel diritto comunitario, esigono principi di affidamento delle concessioni capaci di assicurare un trattamento non discriminatorio, paritario, nonché trasparenza, proporzionalità e rispetto dei diritti dei singoli e se, con tali disposizioni e principi del Trattato contrastino le disposizioni del diritto italiano di cui all'art. 3, co. 7 l. n. 249/1997, di cui all'art. 1 del d.l. 24.12.2003 n. 352 conv. in l. n. 112/2004 (legge Gasparri) in quanto hanno consentito a soggetti esercenti reti radiotelevisive "eccedenti" i limiti antitrust, di continuare ininterrottamente ad esercitare la loro attività escludendo operatori come la società appellante che, pur in possesso della relativa concessione, assegnata a seguito di regolare procedura competitiva, non hanno potuto svolgere l'attività concessionata per mancata assegnazione di frequenze (dovuta alla loro insufficienza o scarsità, determinata dalla anzidetta prosecuzione dell'esercizio da parte dei titolari delle c.d. reti eccedenti);
- 3) se, a decorrere dal 25 luglio 2003, l'art. 17 della direttiva 2002/20/CE (direttiva autorizzazioni) imponesse l'efficacia diretta di tale direttiva nell'ordinamento interno ed imponesse l'obbligo, allo Stato membro che avesse rilasciato concessioni per l'attività di radio diffusione televisiva (comprehensive del diritto d'installare reti o di fornire servizi di comunicazione elettronica o diritto all'uso di frequenze), di allinearle alla disciplina comunitaria e se tale obbligo dovesse

comportare la necessità di effettivamente assegnare le frequenze necessarie per svolgere l'attività;

- 4) se l'art. 9 della direttiva 2002/21/CE direttiva quadro e l'art. 5 della direttiva autorizzazioni prevedendo procedure pubbliche, trasparenti e non discriminatorie (art. 5) svolte in base a criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionali (art. 9) siano in contrasto con un regime di generale assentimento, previsto dal diritto nazionale (art. 23 co. 5 l. 112/2004), che, consentendo la prosecuzione delle "c.d. reti eccedenti" non selezionate a mezzo gare finisce per ledere i diritti di cui godono altre imprese in forza della normativa comunitaria (art. 17 co. 2 direttiva 7.3.2002 n. 2002/20/CE c.d. direttive autorizzazioni), le quali, pur vincitrici di procedure competitive si vedono preclusa la possibilità di operare;
- 5) se l'art. 9 della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro), l'art. 5, par. 2, co. 2 e 7 par. 3, direttiva 2002/20/CE (autorizzazioni) e 4 della direttiva 2002/77/CE imponessero agli Stati membri di far cessare, quantomeno a decorrere dal 25 luglio 2003 (v. art. 17 direttiva autorizzazioni) una situazione di occupazione di fatto delle frequenze (esercizio d'impianti senza concessioni o autorizzazioni rilasciate a seguito di comparazione degli aspiranti) con riferimento all'attività di radiodiffusione televisiva, quale quella svolta, così non consentendo uno svolgimento di tale attività al di fuori di qualsiasi corretta pianificazione dell'etere ed al di fuori di ogni logica di incremento del pluralismo oltre che in contraddizione con le stesse concessioni assegnate dallo Stato membro all'esito di una procedura pubblica;
- 6) se la deroga prevista dell'art. 5, par. 2, co. 2 direttiva 2002/20/CE (direttiva autorizzazioni) e dell'art. 4 direttiva 2002/77/CE fosse e sia invocabile dallo Stato membro solo a tutela del pluralismo informativo e per garantire la tutela della diversità culturale o linguistica e non a favore degli esercenti di reti eccedenti i limiti antitrust già previsto dalla normativa nazionale;
- 7) se, per avvalersi della deroga di cui all'art. 5 direttiva 2002/20/CE lo Stato membro debba indicare quali sono gli obiettivi effettivamente perseguiti con la normativa derogatoria nazionale;
- 8) se, tale deroga possa applicarsi al di fuori del caso dalla concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo (RAI in Italia) anche a favore di operatori privati non vincitori di procedure competitive ed a danno di imprese che abbiano invece regolarmente visto assentita una concessione a seguito di gara;
- 9) se, ancora, il quadro di regole derivanti dal diritto comunitario dei Trattati e derivato, improntato a garantire una concorrenza effettiva (*workable competition*) anche nel settore del mercato radiotelevisivo, non avrebbe dovuto imporre al legislatore nazionale di evitare la sovrapposizione della proroga del vecchio regime transitorio analogico collegata all'avvio del c.d. digitale terrestre, poiché solo nel caso del c.d. *switch-off* delle trasmissioni analogiche (con il conseguente passaggio generalizzato al digitale) sarebbe possibile riallocare frequenze liberate per vari usi, mentre, nel caso del mero avvio del processo di transizione al digitale terrestre, si rischia di ulteriormente aggravare la scarsità delle frequenze disponibili, dovuta alla trasmissione analogica e digitale in parallelo (*simulcast*);
- 10) se, in ultimo, la tutela del pluralismo delle fonti d'informazione e della concorrenza nel settore radiotelevisivo garantita dal diritto europeo sia assicurata da una disciplina nazionale – come la l. n. 112/2004 – che prevede un nuovo limite del 20 per cento delle risorse, collegato ad un nuovo paniere (il c.d. SIC: art. 2 lett. 9; art. 15 l. n. 112/2004) molto ampio che include anche attività che non hanno impatto sul pluralismo delle fonti d'informazioni, mentre il "mercato rilevante" nel diritto antitrust è costruito normalmente differenziando i mercati, nel settore

radiotelevisivo, perfino distinguendo fra pay-tv e televisioni non a pagamento che opera via etere (si vedano *inter alios* i casi della Commissione NO. COMP/JV. 37-BSKYB/Kirch Pay TV Regulation (EEC) NO. 4064/89 Merger Procedure 21/03/2000 e NO. COMP/M.2876-NEWSCORP-TELEPIU' Regulation (EEC) NO. 4064/89 Merger Procedure 2/4/2003).

Con sentenza della sezione IV, 31 gennaio 2008, C-380/05, la Corte di Giustizia ha risposto alla seconda, alla quarta e alla quinta questione, ritenendo l'irricevibilità, l'irrelevanza o l'assorbimento delle altre, dichiarando che "l'art. 49 CE e, a decorrere dal momento della loro applicabilità, l'art. 9, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/21/CE, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva «quadro»), gli artt. 5, nn. 1 e 2, secondo comma, e 7, n. 3, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva «autorizzazioni»), nonché l'art. 4 della direttiva della Commissione 16 settembre 2002, 2002/77/CE, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, devono essere interpretati nel senso che essi ostano, in materia di trasmissione televisiva, ad una normativa nazionale la cui applicazione conduca a che un operatore titolare di una concessione si trovi nell'impossibilità di trasmettere in mancanza di frequenze di trasmissione assegnate sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati".

Dopo la pubblicazione della sentenza della Corte di Giustizia, con atto notificato il 18 febbraio 2008, Centro Europa 7 ha riassunto il giudizio, insistendo per l'accoglimento dell'appello.

Sono intervenuti in giudizio Mediaset s.p.a., Prima Tv e la Federazione Radio Televisioni, chiedendo la reiezione del ricorso.

Le parti hanno prodotto diversi documenti ed hanno ampiamente illustrato le proprie posizioni con le ultime memorie.

All'odierna udienza la causa è stata chiamata unitamente ad altri ricorsi attinenti la posizione di Centro Europa 7 e, dopo ampia discussione, è stata trattenuta in decisione; questo Collegio ha dato avviso alle parti che, pur non procedendosi alla riunione dei ricorsi, sarebbero stati valutati complessivamente tutti gli elementi contenuti nei singoli fascicoli.

2. Con il presente giudizio Centro Europa 7 ha introdotto due distinte domande: una di condanna delle amministrazioni ad un *facere*, indicato nell'assegnazione alla ricorrente di una rete di impianti di radiodiffusione, o delle frequenze idonee a garantire la copertura di almeno l'80 % del territorio nazionale e di tutti i capoluoghi di provincia; la seconda di risarcimento del danno per equivalente. Innanzitutto, deve essere precisato che sulla prima domanda non si è formato alcun giudicato a seguito della precedente decisione n. 3846/05, in quanto la Sezione si è espressamente riservata al prosieguo del giudizio ogni ulteriore provvedimento in merito alla azione di reintegra in forma specifica.

Tuttavia, si deve rilevare che tale domanda di condanna dell'amministrazione ad un *facere* è inammissibile per le seguenti ragioni.

La domanda è stata qualificata dalla stessa ricorrente come di reintegrazione in forma specifica ed è stata, infatti, proposta, anche ai sensi dell'art. 35 del D. Lgs. n. 80/1998.

Come è noto, l'art. 35, comma 1, del D. Lgs. n. 80/98 prevede che "Il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, *anche attraverso la reintegrazione in forma specifica*, il risarcimento del danno ingiusto."

Analoga disposizione è stata inserita anche nell'art. 7, comma 3, legge n. 1034/1971, come sostituito dall'art. 35, comma 4, del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 alla luce delle modifiche introdotte dall'art. 7 della legge n. 205/2000: "Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, *anche attraverso la reintegrazione in forma specifica*, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali". Dottrina e giurisprudenza minoritarie hanno avanzato la tesi, secondo cui il legislatore avrebbe introdotto nel nostro ordinamento, con tale strumento, un'azione di adempimento simile a quella prevista nell'ordinamento tedesco, che consente di agire in giudizio per ottenere la condanna dell'amministrazione all'emanazione di un atto amministrativo.

Tale ricostruzione presuppone un concetto di reintegrazione in forma specifica del tutto diverso da quello affermatosi in sede civilistica sulla base dell'art. 2058 c.c., dove il risarcimento in forma specifica consiste nella diretta rimozione delle conseguenze derivanti dall'evento lesivo tramite la produzione di una situazione materiale corrispondente a quella che si sarebbe realizzata se non fosse intervenuto il fatto illecito produttivo del danno.

Nell'ottica civilistica la reintegrazione in forma specifica rimane, quindi, un rimedio risarcitorio, (riparatorio secondo alcuni), ossia una forma di reintegrazione dell'interesse del danneggiato mediante una prestazione diversa e succedanea rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio e non va confusa né con l'azione di adempimento (diretta ad ottenere la condanna del debitore all'adempimento dell'obbligazione), né con il diverso rimedio dell'esecuzione in forma specifica quale strumento per l'attuazione coercitiva del diritto e non mezzo di rimozione diretta delle conseguenze pregiudizievoli.

La giurisprudenza maggioritaria e, in particolare questa Sezione, si è espressa in favore della tesi c.d. civilistica, escludendo che con il menzionato istituto sia stata introdotta nel processo amministrativo una azione di adempimento (Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338; sez. VI, 3 aprile 2003, n. 1716; VI, 23 ottobre 2007 n. 5562).

Del resto, il legislatore ha chiaramente inserito l'inciso "anche attraverso la reintegrazione in forma specifica" all'interno della disposizione che prevede che il giudice amministrativo dispone il risarcimento del danno ingiusto, con la conseguenza che contrasta con il dato letterale ogni interpretazione che pone l'istituto al di fuori di una alternativa risarcitoria.

Peraltro, quando il legislatore ha voluto configurare la possibilità da parte del giudice amministrativo di ordinare un *facere* all'amministrazione, lo ha fatto espressamente come nell'ipotesi di cui all'art. 25 della legge n. 241/90 ("...il giudice amministrativo, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti richiesti ...").

L'adozione da parte dell'amministrazione di un determinato atto amministrativo attiene più ai profili di adempimento e di esecuzione che non a quelli risarcitori: in presenza di un illegittimo diniego e di accertata spettanza del provvedimento amministrativo richiesto, il rilascio del provvedimento non costituisce una misura risarcitoria, ma costituisce la doverosa esecuzione di un obbligo che grava sull'amministrazione, salvi gli eventuali danni causati al privato.

Riportare anche tale fase nell'ambito della reintegrazione e quindi della tutela risarcitoria significa estendere a tale fase anche tutti i limiti di tale tutela, che sono più rigorosi rispetto ai limiti previsti per l'esecuzione. Infatti, mentre la reintegrazione in forma specifica richiede una verifica in termini di onerosità ai sensi dell'art. 2058, comma 2, c.c., tale verifica non è richiesta in relazione alle

forme di esecuzione in forma specifica della prestazione originariamente dovuta, per le quali può rilevare la sola sopravvenuta impossibilità.

Ricomprendere nell'ambito della reintegrazione in forma specifica anche una sorta di azione di adempimento comporta l'ingiustificata subordinazione ai limiti dell'istituto di una fase che si pone in un momento anteriore rispetto al risarcimento.

Intesa in tal modo (definito "civilistico"), la reintegrazione in forma specifica trova applicazione nel diritto amministrativo in caso di interessi di tipo oppositivo (es. ripristino del bene illegittimamente sottratto al privato e trasformato dalla P.a.; consegna di cosa uguale a quella illegittimamente distrutta; riparazione materiale dei danni cagionati ad es. in caso di illegittima demolizione di un bene).

In presenza di interessi pretensivi, invece, non è possibile pensare ad una reintegrazione in forma specifica perché il silenzio, il ritardo o l'illegittimo diniego incidono sempre su una situazione che era e rimane insoddisfatta, per cui non vi è nulla che possa essere reintegrato; in relazione a tali interessi, la questione attiene al diverso istituto della esecuzione in forma specifica di una eventuale pronuncia di annullamento dell'atto negativo.

Applicando detti principi al caso di specie, si ricava l'inammissibilità della domanda con cui la ricorrente ha chiesto la condanna dell'amministrazione all'assegnazione della rete o delle frequenze.

Il *facere* richiesto consiste inevitabilmente nell'adozione di provvedimenti amministrativi e ciò è condiviso dalla stessa appellante, che, infatti, si è difesa dall'eccezione di omessa evocazione in giudizio dei controinteressati, sostenendo che questi avrebbero in seguito potuto impugnare i provvedimenti necessariamente adottati dalla p.a. in esecuzione della condanna richiesta. E', quindi, la stessa appellante che postula che la soddisfazione della sua pretesa debba avvenire mediante l'adozione di provvedimenti dell'amministrazione, il cui rilascio costituisce l'oggetto dell'esperita azione di condanna.

Una tale azione di condanna – si ripete – non è prevista nel processo amministrativo, dove, a fronte della mancata attribuzione di un bene della vita da parte dell'amministrazione (nel caso di specie, le frequenze), la corretta modalità di agire a tutela della propria posizione è quella di chiedere, ed in caso diffidare l'amministrazione all'adozione degli atti necessari a far conseguire il bene e poi agire contro l'eventuale inerzia o il provvedimento negativo adottato.

Tali considerazioni sono valide anche in relazione alla seconda prospettazione della prima domanda proposta da Europa 7, avente ad oggetto la condanna della p.a. ad assegnare se non proprio la rete di cui all'art. 1 della concessione, quanto meno canali idonei a raggiungere la copertura richiesta.

Secondo Europa 7 si tratterebbe di una prestazione analoga, sostitutiva di quella originaria posta a carico dell'amministrazione e che potrebbe formare oggetto di una domanda di reintegrazione in forma specifica; al contrario, si osserva che anche tale pretesa richiede l'adozione di provvedimenti amministrativi, il cui rilascio non può – per quanto già detto – costituire l'oggetto di una azione di condanna, ma può essere ottenuto contestando l'inerzia o il diniego opposto dall'amministrazione.

La necessità dell'adozione di provvedimenti amministrativi, di natura autoritativa, per soddisfare la pretesa del privato conduce alla ulteriore considerazione, correttamente sviluppata dal Tar, secondo cui la posizione della ricorrente deve essere qualificata in termini di interesse legittimo pretensivo, e non di diritto soggettivo.

In materia di telecomunicazioni, la posizione del privato diretta ad ottenere l'attribuzione di frequenze si contrappone al potere pubblicistico della p.a. di governo dell'etere, rispetto al quale la suddetta posizione ha natura, non di diritto soggettivo, ma di interesse legittimo (v., anche se con riferimento a diversa fattispecie, Cass. civ. , sez. un., 1 giugno 1993 n. 6062).

Del resto, anche la Corte Costituzionale ha affermato che a fronte di poteri di assegnazione delle frequenze e di disattivazione, la posizione soggettiva del privato non può che essere di interesse legittimo al loro corretto esercizio, e perciò essa è tutelabile, nel vigente ordinamento, solo innanzi al giudice amministrativo (Corte Cost., 2 marzo 1990 n. 102).

Tali considerazioni non mutano in virtù del fatto che ad Europa 7 era già stata rilasciata la concessione con d.m. 28 luglio 1999.

E' discussa tra le parti la natura di tale provvedimento di concessione; secondo il Tar se l'oggetto della concessione consiste nell'attribuzione di determinate frequenze, allora la mancata assegnazione delle stesse costituisce un vizio del provvedimento ampliativo, che non può non comportarne l'illegittimità per violazione della vigente disciplina.

L'Avvocatura dello Stato ha, invece, sostenuto che si tratterebbe di un atto di mera formalizzazione degli esiti di una graduatoria di soggetti che avrebbero avuto titolo al rilascio di una concessione con contestuale assegnazione di frequenze e che, di conseguenza, il potere autoritativo non era stato ancora consumato potendo la fattispecie essere inquadrata nella categoria degli atti a formazione progressiva. Viene, inoltre, eccepita la decadenza derivante dalla mancata impugnazione da parte di Europa 7 del provvedimento concessorio rilasciato in suo favore senza l'attribuzione delle frequenze.

Al riguardo, si osserva che con il decreto del 28 luglio 1999 il Ministero ha concesso ad Europa 7 l'installazione e l'esercizio di una rete d'impianti di radiodiffusione televisiva a copertura nazionale tra quelle individuate nelle deliberazioni dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni concernenti "Piano nazionale d'assegnazione delle frequenze per la radiodiffusione televisiva" precisando che la rete d'impianti di radiodiffusione è costituita da impianti ubicati nei siti individuati dal Piano nazionale d'assegnazione delle frequenze, utilizzante un raggruppamento di tre canali di cui uno del gruppo A, uno del gruppo B ed uno del gruppo C, tra i 17 canali generici allocati in ciascun sito, con i quali la concessionaria deve assicurare la copertura di almeno l'ottanta per cento del territorio nazionale e di tutti i capoluoghi di provincia (art. 1, co. 1).

Tuttavia, con il decreto non sono stati individuati, e quindi non sono stati assegnati, né i siti degli impianti né le frequenze, ma è stato previsto che "l'adeguamento degli impianti alle prescrizioni del piano d'assegnazione dovrà avvenire, secondo il programma d'adeguamento stabilito dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni d'intesa con il Ministero delle comunicazioni, entro il termine di 24 mesi decorrenti dalla data di comunicazione del presente provvedimento. Il suddetto termine potrà essere prorogato di dodici mesi ove sussistano impedimenti di carattere oggettivo che dovranno essere valutati dal Ministero delle comunicazioni, d'intesa con l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni" (art. 1, co. 2).

Nelle ulteriori parti del decreto l'atto viene espressamente qualificato come concessione ed Europa 7 individuata come concessionaria.

Non vi è, quindi, dubbio che il rilascio della concessione era già avvenuto e non era stato rinviato ad un momento successivo, come sostenuto dall'Avvocatura.

Tuttavia, il rilascio della concessione non è stato accompagnato dall'attribuzione delle frequenze e lo stesso decreto rinviava tale adempimento ad una ulteriore fase, dipendente da successiva attività dell'amministrazione (programma di adeguamento degli impianti alle prescrizioni del piano nazionale d'assegnazione delle frequenze), cui sarebbero seguiti adempimenti a carico della concessionaria (adeguamento degli impianti da effettuare entro il termine di 24 mesi).

Dovendosi escludere che la mancata immediata attribuzione delle frequenze costituisca motivo di nullità dell'atto, dalla mancata impugnazione di tale atto non può derivare alla ricorrente alcuna preclusione rispetto alla presente azione, in quanto Europa 7 avrebbe al massimo potuto contestare, attraverso il ricorso avverso la concessione in parte qua, la mancata contestuale attribuzione delle frequenze, ma ben poteva, come ha fatto, limitarsi ad agire per l'esecuzione del decreto emesso in suo favore attraverso la richiesta dei successivi adempimenti che l'amministrazione doveva porre in essere.

Del resto, non è ragionevole ritenere che la mancata impugnazione di un provvedimento favorevole possa comportare limitazioni alla tutela della parte, che quel provvedimento intende far valere.

L'inquadramento della fattispecie nella categoria degli atti a formazione progressiva rendeva necessario lo svolgimento di ulteriore attività amministrativa per soddisfare la pretesa dell'appellante e ciò conferma che la posizione di quest'ultima deve essere qualificata di interesse legittimo pretensivo allo svolgimento di tale attività.

La strada corretta per far valere tale posizione non è, quindi, quella di una (inammissibile) azione di condanna al rilascio delle frequenze previo svolgimento di tale attività e rilascio dei necessari provvedimenti, ma quella, percorsa in altro ricorso, della richiesta all'amministrazione di porre in essere ogni adempimento necessario all'attribuzione delle frequenze e di reagire contro l'eventuale inerzia o diniego espresso.

Centro Europa 7 nell'ambito del giudizio di cui al n. 1298/05 (R.G. in appello) ha in effetti agito avverso il diniego del 22 dicembre 1999 opposto dall'amministrazione rispetto alla sua richiesta di indicazione degli impianti ed attribuzione delle frequenze.

Tale azione si pone in evidente rapporto di alternatività con la domanda di condanna avanzata nel presente giudizio: nel ricorso n. 1298/05 viene seguita la via (amministrativa) della diffida dell'amministrazione a porre in essere le attività (anche provvedimentali) necessarie per l'indicazione degli impianti e l'assegnazione delle frequenze; nel presente giudizio viene proposta una sostanziale azione di adempimento in relazione alla medesima pretesa.

Il rapporto di alternatività tra le due azioni dimostra come non vi sia alcuna contraddittorietà tra la sentenza del Tar n. 9325/04 di accoglimento del ricorso di Europa 7 e quella qui impugnata, con cui la domanda di condanna della p.a. ad un *facere* è stata dichiarata inammissibile.

Dalle precedenti considerazioni circa la natura della pretesa azionata ed il contenuto della concessione del luglio del 1999 deriva che la strada corretta è quella del ricorso n. 1298/05, e non la domanda di condanna della p.a. ad un *facere* proposta nel presente giudizio.

L'inammissibilità di tale domanda non ha alcun effetto sull'azione alternativa proposta nell'altro giudizio e peraltro accolta dal Tar con sentenza, confermata in data odierna da questo medesimo Collegio.

Né ai fini della presente declaratoria di inammissibilità assume rilievo la sentenza della Corte di Giustizia del 31 gennaio 2008, resa in relazione ad una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da questa Sezione nel presente giudizio.

Sotto un primo profilo, la questione pregiudiziale è stata, infatti, espressamente posta con esclusivo riferimento alla domanda di risarcimento per equivalente, che sarà di seguito esaminata, avendo la Sezione ritenuto che quest'ultima era la sola domanda conoscibile.

L'inammissibilità dell'azione di condanna ad un *facere* è stata ora confermata, seppur senza necessità di esaminare le conseguenze della mancata evocazione in giudizio dei titolari delle c.d. reti eccedenti e, in sede di esame della domanda di risarcimento per equivalente, è possibile dare piena attuazione ai principi affermati dalla Corte di Giustizia.

Sotto altro aspetto, in sede di esecuzione della pronuncia avente ad oggetto l'annullamento del menzionato diniego del 22 dicembre 1999 l'amministrazione dovrà dare attuazione ai principi affermati dalla Corte di Giustizia, come meglio illustrato nella decisione in data odierna di questo Collegio, avente ad oggetto il ricorso n. 1298/05.

3. Si deve ora passare ad esaminare la domanda di risarcimento per equivalente, proposta da Centro Europa 7 con riferimento ai danni ingiusti subiti e subendi per la mancata, tempestiva, assegnazione di una rete o di canali (frequenze) comunque idonei a garantire la suddetta copertura.

La stessa Europa 7 ha prospettato e quantificato in modo diverso la domanda a seconda che si proceda all'assegnazione delle frequenze o che tale assegnazione non avvenga, dovendo nel primo caso il risarcimento essere limitato al lucro cessante relativo agli anni in cui la ricorrente non ha potuto operare e nel secondo caso all'itero valore dell'azienda, ritenuto corrispondente a circa 3,5 miliardi di euro.

Con le ultime memorie Centro Europa 7 ha confermato che il suo principale interesse è quello all'ottenimento delle frequenze e che la domanda di risarcimento per equivalente è stata proposta in estremo subordine e prevedendo le due alternative già indicate.

Il danno è stato quantificato nella somma di euro 2.169.144.602 in ipotesi di attribuzione, benché tardiva, delle frequenze e nella maggiore somma di euro 3.500.000.000,00 in caso di accertata impossibilità di assegnazione delle frequenze.

La stessa prospettazione dell'appellante individua la questione dell'assegnazione delle frequenze come prioritaria rispetto al risarcimento per equivalente.

Al riguardo, è già stato evidenziato come l'inammissibilità della prima domanda proposta nel presente giudizio non pregiudica la pretesa della ricorrente, sempre tendente all'assegnazione delle frequenze, oggetto del ricorso n. 1298/05.

Avendo questo Collegio in data odierna confermato la decisione di accoglimento del ricorso proposto da Centro Europa 7 avverso il diniego opposto dall'amministrazione alla sua richiesta di attribuzione di impianti e frequenze, è evidente che l'amministrazione dovrà ora dare esecuzione a tale decisione e che solo all'esito di tale fase potrà essere risolto il problema dell'assegnazione delle frequenze.

Allo stato non è possibile esaminare la domanda risarcitoria, risultando prioritaria la verifica delle modalità di esecuzione da parte dell'amministrazione della decisione assunta da questa Sezione in data odierna in relazione al ricorso n. 1298/05.

Al fine di decidere la domanda risarcitoria, si deve acquisire dal competente Ministero la seguente documentazione in sette copie:

- a) una relazione contenente l'indicazione dell'attività svolta in esecuzione della decisione pronunciata in data odierna da questa Sezione in relazione al ricorso n. 1298/05, allegando copia di tutti i provvedimenti emessi e degli atti del procedimento;
- b) una relazione con indicazioni delle ragioni per le quali non sono stati fino ad oggi posti in essere atti di esecuzione della sentenza del Tar del Lazio n. 9325/2004, non sospesa e peraltro non impugnata dal Ministero, con indicazioni degli elementi ritenuti ostativi all'esecuzione della pronuncia dal 2004 ad oggi e con allegazione delle istanze pervenute dalla ricorrente o da altri soggetti all'amministrazione, aventi ad oggetto la questione dell'assegnazione delle frequenze;
- c) una relazione contenente l'indicazione delle frequenze resesi disponibili dal 2000 ad oggi e di quelle attualmente disponibili anche in ordine alla copertura che consentirebbero (o avrebbero consentito) e delle modalità di assegnazione o acquisizione delle stesse da parte degli operatori del settore, con illustrazione delle ragioni per le quali non sono state attribuite ad Europa 7 e dello stato della procedura indetta nel 2007, anche con riferimento alla possibilità, o meno, di partecipazione di Europa 7;
- d) ulteriore relazione, con allegazione di ogni provvedimento adottato e indicazione dello stato del contenzioso pendente, in relazione alla questione della scadenza della concessione del 28 luglio 1999, rilasciata ad Europa 7 e delle istanze da questa presentate, allegando copia dei relativi provvedimenti, fornendo informazioni anche con riferimento a quanto avvenuto alla scadenza dei provvedimenti concessori degli altri operatori nazionali del settore;
- e) ogni ulteriore elemento o atto, anche sopravvenuto, utile ai fini del decidere. Deve essere richiesto anche all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, che è parte del giudizio e nei cui confronti anche è stata proposta la domanda risarcitoria di produrre, sempre in sette copie, una unica relazione, contenente le informazioni di cui ai punti precedenti in possesso dell'Autorità o dipendenti da sua attività, precisando le ragioni della mancata adozione del programma di adeguamento al piano nazionale delle frequenze, previsto nella concessione rilasciata ad Europa 7. Deve, infine, essere richiesto a Centro Europa 7 di produrre, in sette copie:
- 1) copia dei bilanci della società e delle relative relazioni e note aggiuntive dal 1999 ad oggi;
 - 2) copia delle richieste relative all'attribuzioni delle frequenze presentate dal 2000 ad oggi e dell'attività posta in essere per l'esecuzione della sentenza del Tar del Lazio n. 9325/2004;
 - 3) una relazione contenente le ragioni della mancata partecipazione alla gara del 2007 per l'assegnazione delle frequenze;
 - 4) una relazione contenente la descrizione dell'attività imprenditoriale svolta dal 1999 ad oggi, degli investimenti effettuati anno per anno e delle modalità di utilizzo delle strutture della società;
 - 5) copia di ogni atto inerente la questione della scadenza della concessione e le iniziative, anche giurisdizionali, in corso e del loro stato.
- Ogni decisione sulla domanda di risarcimento per equivalente, sulle eccezioni proposte dalle parti e sulle spese del giudizio è riservata all'esito della disposta istruttoria.

4. In conclusione, non definitivamente pronunciando, deve essere respinto il ricorso in appello limitatamente alla declaratoria di inammissibilità, pronunciata dal Tar e qui confermata seppur con diversa motivazione, della domanda di condanna delle amministrazioni ad assegnare alla ricorrente una rete di impianti o comunque

frequenze idonee a farle raggiungere la copertura di almeno l'80 % del territorio nazionale e di tutti i capoluoghi di provincia.

In relazione alla domanda di risarcimento per equivalente viene invece disposta l'istruttoria di cui al punto precedente con riserva di ogni decisione.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, non definitivamente pronunciando, in parte respinge il ricorso in appello con riferimento alla prima domanda proposta da Centro Europa 7 e in relazione alla domanda di risarcimento del danno per equivalente, riservata ogni ulteriore decisione, ordina al Ministero, all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e all'appellante di depositare, in sette copie, presso la segreteria di questa Sezione, entro il termine del 15 ottobre 2008, quanto indicato in parte motiva.

Fissa la data del 16 dicembre 2008 per la successiva udienza di trattazione del ricorso.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 6 maggio 2008 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo	Presidente
Paolo Buonvino	Consigliere
Domenico Cafini	Consigliere
Roberto Chieppa	Consigliere Est.
Manfredo Atzeni	Consigliere

Presidente

Giovanni Ruoppolo

Consigliere

Roberto Chieppa

per il Segretario

Maria Rita Oliva

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il...31/5/2008.

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione

Maria Rita Oliva

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da Centro Europa 7 s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Alessandro Pace, dall'Avv. Giuseppe Oneglia e dall'Avv. Ottavio Grandinetti con domicilio eletto in Roma piazza delle Muse n. 8 presso Associazione Professionale Studio Legale Pace;

contro

Ministero delle comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato con domicilio in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

Direzione Generale Autorizzazioni e Concessioni del Ministero delle Comunicazioni, non costituitasi in giudizio;

con l'intervento di

Mediaset s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dagli avv.ti Luigi Medugno e Giuseppe Rossi, ed elettivamente domiciliato presso il primo, in Roma, via Panama, n. 58;

Prima Tv s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dagli avv.ti Filippo Satta, Stefania Bariatti e Luca Perfetti, ed elettivamente domiciliato presso il primo, in Roma, via Pier Luigi da Palestrina, n. 47;

Federazione Radio Televisioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avv.to Claudio Chiola, ed elettivamente domiciliato presso lo stesso, in Roma, via della Camilluccia, n. 785; per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione II, n. 9315/04 pubblicata il 16 settembre 2004;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle amministrazioni appellate e gli atti di intervento di Mediaset s.p.a., di Prima Tv s.p.a. e della Federazione Radio Televisioni;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista la sentenza della Corte di Giustizia, sezione IV, 31 gennaio 2008, C-380/05;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 6 maggio 2008 relatore il Consigliere Roberto Chieppa.

Uditi l'Avv. Pace, l'Avv. Grandinetti, l'Avv. Medugno, l'Avv. Satta, l'Avv.

Perfetti, l'Avv. Bariatti, l'Avv. Chiola e l'Avv. dello Stato Di Carlo;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Centro Europa 7 s.r.l. ha partecipato alla gara, indetta in attuazione della legge n. 249 del 1997, ai fini del rilascio delle concessioni per la radiodiffusione televisiva su frequenze terrestri in ambito nazionale ed, essendosi classificata con l'emittente "Europa 7" al settimo posto della relativa graduatoria, ha ottenuto il rilascio di una delle suddette concessioni (d.m. 28 luglio 1999), nella quale, pur prevedendosi che in forza del suddetto provvedimento l'istante aveva titolo ad installare ed esercitare una rete d'impianti di radiodiffusione televisiva, non erano assegnate specifiche frequenze in attesa del programma di adeguamento degli impianti al Piano nazionale di assegnazione delle frequenze.

Non avendo le competenti amministrazioni proceduto all'assunzione di alcun provvedimento di assegnazione delle frequenze, con ricorso al Tar del Lazio notificato il 27 novembre 2003 Centro Europa 7 ha chiesto:

- a) la condanna, anche ai sensi degli artt. 33 e 35 del d.lgs. n. 80 del 1998, così come modificato dall'art. 7 della l. n. 205 del 2000, delle amministrazioni resistenti ad assegnare alla ricorrente una rete di impianti di radiodiffusione costituita da impianti ubicati nei siti individuati dal Piano nazionale delle frequenze, o, in subordine, la condanna delle stesse amministrazioni all'assegnazione alla ricorrente di canali comunque idonei a farle raggiungere la copertura di almeno l'80 % del territorio nazionale e di tutti i capoluoghi di provincia;
- b) la condanna delle amministrazioni resistenti, ciascuna per la parte di sua responsabilità, al risarcimento dei danni ingiusti subiti e subendi dalla ricorrente per la mancata, tempestiva, assegnazione di una rete o di canali (frequenze) comunque idonei a garantire la suddetta copertura.

Con sentenza n. 9315/2004 il Tar del Lazio ha dichiarato inammissibile la domanda di condanna all'assegnazione delle frequenze, ritenendo che i provvedimenti richiesti postulano che la situazione soggettiva dedotta in giudizio abbia natura di diritto soggettivo, mentre in realtà la posizione della ricorrente deve essere qualificata di interesse legittimo; ha anche aggiunto che se l'oggetto della concessione consiste nell'attribuzione di determinate frequenze, allora la mancata assegnazione delle stesse costituisce un vizio del provvedimento ampliativo, che non può non comportarne l'illegittimità per violazione della normativa vigente, per cui, conseguentemente, risulta contraddittorio collegare la nascita di un diritto soggettivo ad ottenere le frequenze sulla base di un provvedimento che risulterebbe in palese contrasto con la disciplina in materia.

Il giudice di primo grado ha poi respinto la domanda di risarcimento per equivalente, evidenziando che la formulazione della stessa (inadempimento agli obblighi nascenti dalla concessione) si pone in contrasto con la situazione soggettiva della ricorrente di interesse legittimo pretensivo a che le competenti amministrazioni integrino il contenuto del citato provvedimento, fermo e impregiudicato il potere delle stesse di adottare eventualmente determinazioni negative sulla base di circostanze fattuali e di diritto sopravvenute.

Centro Europa 7 ha impugnato tale decisione, deducendo:

- a) l'erroneità della qualificazione della situazione giuridica soggettiva vantata da Europa 7, in quanto il privato, dopo il rilascio della concessione, vanta un diritto soggettivo perfetto a seguito dell'adozione o stipula dell'atto (concessione) che disciplina i diritti delle parti pubbliche e private; di talché è ben possibile che la parte non inadempiente richieda al giudice amministrativo la condanna della altra parte all'adempimento delle obbligazioni oggetto della concessione, anche in forza della giurisdizione esclusiva che in materia compete al giudice amministrativo;
- b) il decreto di concessione non è illegittimo per non aver attribuito le frequenze, ma ha solo rinviato tale assegnazione ad atti successivi, poi mai emanati;
- c) il Ministero avrebbe dovuto adempiere alle obbligazioni nascenti dalla concessione;
- d) le amministrazioni sono anche tenute al risarcimento dei danni, da quantificare in modo diverso a seconda che si proceda all'assegnazione delle frequenze o che tale assegnazione non avvenga, dovendo nel primo caso il risarcimento essere limitato al lucro cessante relativo agli anni in cui la ricorrente non ha potuto operare e nel secondo caso all'intero valore dell'azienda, corrispondente a circa 3,5 miliardi di euro.

Il Ministero delle comunicazioni e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni si sono costituite in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso.

Con decisione n. 3846/05 questa Sezione ha in primo luogo ritenuto che la controversia appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, anche dopo la sentenza della Corte Cost. n. 204 del 2004, trattandosi di una controversia su una concessione, rilasciata in materia di telecomunicazioni (art. 5 l. n. 1034/1971 e 33 co. 1 d.lgs n. 80/1998 come sostituito dall'art. 7 l. n. 205/2000 e "riscritto" da Corte Cost. n. 204/2004).

Tenuto conto che la controversia ha ad oggetto una domanda risarcitoria, sia in forma specifica che per equivalente, la Sezione ha poi rilevato che sono state evocate solo le Amministrazioni, e non i titolari delle "reti eccedenti" che, indubbiamente, sarebbero incisi da una statuizione di condanna in forma specifica, ritenendo così di doversi limitare a conoscere dell'unica domanda procedibile ossia la domanda di risarcimento per equivalente (riservando al prosieguo ogni ulteriore provvedimento in merito alla azione di reintegra in forma specifica).

Quanto alla domanda di risarcimento danni per equivalente, premesso che la mancata assegnazione delle frequenze è stata determinata da fattori essenzialmente normativi, la Sezione ha formulato, ai sensi dell'art. 234 del Trattato, le seguenti questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia, sospendendo il giudizio e disponendo la trasmissione degli atti alla Corte:

- 1) se l'art. 10 CEDU, come richiamato dall'art. 6 del Trattato sull'Unione garantisca il pluralismo informativo esterno nel settore radiotelevisivo, con ciò obbligando gli Stati membri a garantire un pluralismo effettivo ed una concorrenza effettiva, nel settore, basata su un sistema antitrust che, in relazione allo sviluppo tecnologico garantisca accesso alle reti e pluralità degli operatori, senza possibilità di ritenere legittimi assetti duopolistici del mercato;
- 2) se le disposizioni del Trattato CE che garantiscono la libertà di prestazioni di servizi e la concorrenza, nell'interpretazione datane dalla Commissione con la comunicazione interpretativa del 29 aprile 2000 sulle concessioni nel diritto comunitario, esigono principi di affidamento delle concessioni capaci di assicurare un trattamento non discriminatorio, paritario, nonché trasparenza, proporzionalità e rispetto dei diritti dei singoli e se, con tali disposizioni e principi del Trattato contrastino le disposizioni del diritto italiano di cui all'art. 3, co. 7 l. n. 249/1997, di cui all'art. 1 del d.l. 24.12.2003 n. 352 conv. in l. n. 112/2004 (legge Gasparri) in quanto hanno consentito a soggetti esercenti reti radiotelevisive "eccedenti" i limiti antitrust, di continuare ininterrottamente ad esercitare la loro attività escludendo operatori come la società appellante che, pur in possesso della relativa concessione, assegnata a seguito di regolare procedura competitiva, non hanno potuto svolgere l'attività concessionata per mancata assegnazione di frequenze (dovuta alla loro insufficienza o scarsità, determinata dalla anzidetta prosecuzione dell'esercizio da parte dei titolari delle c.d. reti eccedenti);
- 3) se, a decorrere dal 25 luglio 2003, l'art. 17 della direttiva 2002/20/CE (direttiva autorizzazioni) imponesse l'efficacia diretta di tale direttiva nell'ordinamento interno ed imponesse l'obbligo, allo Stato membro che avesse rilasciato concessioni per l'attività di radio diffusione televisiva (comprehensive del diritto d'installare reti o di fornire servizi di comunicazione elettronica o diritto all'uso di frequenze), di allinearle alla disciplina comunitaria e se tale obbligo dovesse comportare la necessità di effettivamente assegnare le frequenze necessarie per svolgere l'attività;

4) se l'art. 9 della direttiva 2002/21/CE direttiva quadro e l'art. 5 della direttiva autorizzazioni prevedendo procedure pubbliche, trasparenti e non discriminatorie (art. 5) svolte in base a criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionali (art. 9) siano in contrasto con un regime di generale assentimento, previsto dal diritto nazionale (art. 23 co. 5 l. 112/2004), che, consentendo la prosecuzione delle "c.d. reti eccedenti" non selezionate a mezzo gare finisce per ledere i diritti di cui godono altre imprese in forza della normativa comunitaria (art. 17 co. 2 direttiva 7.3.2002 n. 2002/20/CE c.d. direttive autorizzazioni), le quali, pur vincitrici di procedure competitive si vedono preclusa la possibilità di operare;

5) se l'art. 9 della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro), l'art. 5, par. 2, co. 2 e 7 par. 3, direttiva 2002/20/CE (autorizzazioni) e 4 della direttiva 2002/77/CE imponessero agli Stati membri di far cessare, quantomeno a decorrere dal 25 luglio 2003 (v. art. 17 direttiva autorizzazioni) una situazione di occupazione di fatto delle frequenze (esercizio d'impianti senza concessioni o autorizzazioni rilasciate a seguito di comparazione degli aspiranti) con riferimento all'attività di radiodiffusione televisiva, quale quella svolta, così non consentendo uno svolgimento di tale attività al di fuori di qualsiasi corretta pianificazione dell'etere ed al di fuori di ogni logica di incremento del pluralismo oltre che in contraddizione con le stesse concessioni assegnate dallo Stato membro all'esito di una procedura pubblica;

6) se la deroga prevista dell'art. 5, par. 2, co. 2 direttiva 2002/20/CE (direttiva autorizzazioni) e dell'art. 4 direttiva 2002/77/CE fosse e sia invocabile dallo Stato membro solo a tutela del pluralismo informativo e per garantire la tutela della diversità culturale o linguistica e non a favore degli esercenti di reti eccedenti i limiti antitrust già previsto dalla normativa nazionale;

7) se, per avvalersi della deroga di cui all'art. 5 direttiva 2002/20/CE lo Stato membro debba indicare quali sono gli obiettivi effettivamente perseguiti con la normativa derogatoria nazionale;

8) se, tale deroga possa applicarsi al di fuori del caso dalla concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo (RAI in Italia) anche a favore di operatori privati non vincitori di procedure competitive ed a danno di imprese che abbiano invece regolarmente visto assentita una concessione a seguito di gara;

9) se, ancora, il quadro di regole derivanti dal diritto comunitario dei Trattati e derivato, improntato a garantire una concorrenza effettiva (*workable competition*) anche nel settore del mercato radiotelevisivo, non avrebbe dovuto imporre al legislatore nazionale di evitare la sovrapposizione della proroga del vecchio regime transitorio analogico collegata all'avvio del c.d. digitale terrestre, poiché solo nel caso del c.d. *switch-off* delle trasmissioni analogiche (con il conseguente passaggio generalizzato al digitale) sarebbe possibile riallocare frequenze liberate per vari usi, mentre, nel caso del mero avvio del processo di transizione al digitale terrestre, si rischia di ulteriormente aggravare la scarsità delle frequenze disponibili, dovuta alla trasmissione analogica e digitale in parallelo (*simulcast*);

10) se, in ultimo, la tutela del pluralismo delle fonti d'informazione e della concorrenza nel settore radiotelevisivo garantita dal diritto europeo sia assicurata da una disciplina nazionale – come la l. n. 112/2004 – che prevede un nuovo limite del 20 per cento delle risorse, collegato ad un nuovo paniere (il c.d. SIC: art. 2 lett. 9; art. 15 l. n. 112/2004) molto ampio che include anche attività che non hanno impatto sul pluralismo delle fonti d'informazioni, mentre il "mercato rilevante" nel diritto antitrust è costruito normalmente differenziando i mercati, nel settore radiotelevisivo, perfino distinguendo fra pay-tv e televisioni non a pagamento che opera via etere (si vedano *inter alios* i casi della Commissione NO. COMP/JV. 37-

BSKYB/Kirch Pay TV Regulation (EEC) NO. 4064/89 Merger Procedure 21/03/2000 e NO. COMP/M.2876-NEWSCORP-TELEPIU' Regulation (EEC) NO. 4064/89 Merger Procedure 2/4/2003).

Con sentenza della sezione IV, 31 gennaio 2008, C-380/05, la Corte di Giustizia ha risposto alla seconda, alla quarta e alla quinta questione, ritenendo l'irricevibilità, l'irrelevanza o l'assorbimento delle altre, dichiarando che "l'art. 49 CE e, a decorrere dal momento della loro applicabilità, l'art. 9, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/21/CE, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva «quadro»), gli artt. 5, nn. 1 e 2, secondo comma, e 7, n. 3, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva «autorizzazioni»), nonché l'art. 4 della direttiva della Commissione 16 settembre 2002, 2002/77/CE, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, devono essere interpretati nel senso che essi ostano, in materia di trasmissione televisiva, ad una normativa nazionale la cui applicazione conduca a che un operatore titolare di una concessione si trovi nell'impossibilità di trasmettere in mancanza di frequenze di trasmissione assegnate sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati".

Dopo la pubblicazione della sentenza della Corte di Giustizia, con atto notificato il 18 febbraio 2008, Centro Europa 7 ha riassunto il giudizio, insistendo per l'accoglimento dell'appello.

Sono intervenuti in giudizio Mediaset s.p.a., Prima Tv e la Federazione Radio Televisioni, chiedendo la reiezione del ricorso.

Le parti hanno prodotto diversi documenti ed hanno ampiamente illustrato le proprie posizioni con le ultime memorie.

All'odierna udienza la causa è stata chiamata unitamente ad altri ricorsi attinenti la posizione di Centro Europa 7 e, dopo ampia discussione, è stata trattenuta in decisione; questo Collegio ha dato avviso alle parti che, pur non procedendosi alla riunione dei ricorsi, sarebbero stati valutati complessivamente tutti gli elementi contenuti nei singoli fascicoli.

2. Con il presente giudizio Centro Europa 7 ha introdotto due distinte domande: una di condanna delle amministrazioni ad un *facere*, indicato nell'assegnazione alla ricorrente di una rete di impianti di radiodiffusione, o delle frequenze idonee a garantire la copertura di almeno l'80 % del territorio nazionale e di tutti i capoluoghi di provincia; la seconda di risarcimento del danno per equivalente.

Innanzitutto, deve essere precisato che sulla prima domanda non si è formato alcun giudicato a seguito della precedente decisione n. 3846/05, in quanto la Sezione si è espressamente riservata al prosieguo del giudizio ogni ulteriore provvedimento in merito alla azione di reintegra in forma specifica.

Tuttavia, si deve rilevare che tale domanda di condanna dell'amministrazione ad un *facere* è inammissibile per le seguenti ragioni.

La domanda è stata qualificata dalla stessa ricorrente come di reintegrazione in forma specifica ed è stata, infatti, proposta, anche ai sensi dell'art. 35 del D. Lgs. n. 80/1998.

Come è noto, l'art. 35, comma 1, del D. Lgs. n. 80/98 prevede che "Il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, *anche attraverso la reintegrazione in forma specifica*, il risarcimento del danno ingiusto."

Analoga disposizione è stata inserita anche nell'art. 7, comma 3, legge n. 1034/1971, come sostituito dall'art. 35, comma 4, del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80

alla luce delle modifiche introdotte dall'art. 7 della legge n. 205/2000: "Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, *anche attraverso la reintegrazione in forma specifica*, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali".

Dottrina e giurisprudenza minoritarie hanno avanzato la tesi, secondo cui il legislatore avrebbe introdotto nel nostro ordinamento, con tale strumento, un'azione di adempimento simile a quella prevista nell'ordinamento tedesco, che consente di agire in giudizio per ottenere la condanna dell'amministrazione all'emanazione di un atto amministrativo.

Tale ricostruzione presuppone un concetto di reintegrazione in forma specifica del tutto diverso da quello affermato in sede civilistica sulla base dell'art. 2058 c.c., dove il risarcimento in forma specifica consiste nella diretta rimozione delle conseguenze derivanti dall'evento lesivo tramite la produzione di una situazione materiale corrispondente a quella che si sarebbe realizzata se non fosse intervenuto il fatto illecito produttivo del danno.

Nell'ottica civilistica la reintegrazione in forma specifica rimane, quindi, un rimedio risarcitorio, (riparatorio secondo alcuni), ossia una forma di reintegrazione dell'interesse del danneggiato mediante una prestazione diversa e succedanea rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio e non va confusa né con l'azione di adempimento (diretta ad ottenere la condanna del debitore all'adempimento dell'obbligazione), né con il diverso rimedio dell'esecuzione in forma specifica quale strumento per l'attuazione coercitiva del diritto e non mezzo di rimozione diretta delle conseguenze pregiudizievoli.

La giurisprudenza maggioritaria e, in particolare questa Sezione, si è espressa in favore della tesi c.d. civilistica, escludendo che con il menzionato istituto sia stata introdotta nel processo amministrativo una azione di adempimento (Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338; sez. VI, 3 aprile 2003, n. 1716; VI, 23 ottobre 2007 n. 5562).

Del resto, il legislatore ha chiaramente inserito l'inciso "anche attraverso la reintegrazione in forma specifica" all'interno della disposizione che prevede che il giudice amministrativo dispone il risarcimento del danno ingiusto, con la conseguenza che contrasta con il dato letterale ogni interpretazione che pone l'istituto al di fuori di una alternativa risarcitoria.

Peraltro, quando il legislatore ha voluto configurare la possibilità da parte del giudice amministrativo di ordinare un *facere* all'amministrazione, lo ha fatto espressamente come nell'ipotesi di cui all'art. 25 della legge n. 241/90 ("...il giudice amministrativo, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti richiesti ...").

L'adozione da parte dell'amministrazione di un determinato atto amministrativo attiene più ai profili di adempimento e di esecuzione che non a quelli risarcitori: in presenza di un illegittimo diniego e di accertata spettanza del provvedimento amministrativo richiesto, il rilascio del provvedimento non costituisce una misura risarcitoria, ma costituisce la doverosa esecuzione di un obbligo che grava sull'amministrazione, salvi gli eventuali danni causati al privato.

Riportare anche tale fase nell'ambito della reintegrazione e quindi della tutela risarcitoria significa estendere a tale fase anche tutti i limiti di tale tutela, che sono più rigorosi rispetto ai limiti previsti per l'esecuzione. Infatti, mentre la reintegrazione in forma specifica richiede una verifica in termini di onerosità ai sensi dell'art. 2058, comma 2, c.c., tale verifica non è richiesta in relazione alle forme di esecuzione in forma specifica della prestazione originariamente dovuta, per le quali può rilevare la sola sopravvenuta impossibilità.

Ricomprendere nell'ambito della reintegrazione in forma specifica anche una sorta di azione di adempimento comporta l'ingiustificata subordinazione ai limiti dell'istituto di una fase che si pone in un momento anteriore rispetto al risarcimento.

Intesa in tal modo (definito "civilistico"), la reintegrazione in forma specifica trova applicazione nel diritto amministrativo in caso di interessi di tipo oppositivo (es. ripristino del bene illegittimamente sottratto al privato e trasformato dalla P.a.; consegna di cosa uguale a quella illegittimamente distrutta; riparazione materiale dei danni cagionati ad es. in caso di illegittima demolizione di un bene).

In presenza di interessi pretensivi, invece, non è possibile pensare ad una reintegrazione in forma specifica perché il silenzio, il ritardo o l'illegittimo diniego incidono sempre su una situazione che era e rimane insoddisfatta, per cui non vi è nulla che possa essere reintegrato; in relazione a tali interessi, la questione attiene al diverso istituto della esecuzione in forma specifica di una eventuale pronuncia di annullamento dell'atto negativo.

Applicando detti principi al caso di specie, si ricava l'inammissibilità della domanda con cui la ricorrente ha chiesto la condanna dell'amministrazione all'assegnazione della rete o delle frequenze.

Il *facere* richiesto consiste inevitabilmente nell'adozione di provvedimenti amministrativi e ciò è condiviso dalla stessa appellante, che, infatti, si è difesa dall'eccezione di omessa evocazione in giudizio dei controinteressati, sostenendo che questi avrebbero in seguito potuto impugnare i provvedimenti necessariamente adottati dalla p.a. in esecuzione della condanna richiesta. E', quindi, la stessa appellante che postula che la soddisfazione della sua pretesa debba avvenire mediante l'adozione di provvedimenti dell'amministrazione, il cui rilascio costituisce l'oggetto dell'esperita azione di condanna.

Una tale azione di condanna – si ripete – non è prevista nel processo amministrativo, dove, a fronte della mancata attribuzione di un bene della vita da parte dell'amministrazione (nel caso di specie, le frequenze), la corretta modalità di agire a tutela della propria posizione è quella di chiedere, ed in caso diffidare l'amministrazione all'adozione degli atti necessari a far conseguire il bene e poi agire contro l'eventuale inerzia o il provvedimento negativo adottato.

Tali considerazioni sono valide anche in relazione alla seconda prospettazione della prima domanda proposta da Europa 7, avente ad oggetto la condanna della p.a. ad assegnare se non proprio la rete di cui all'art. 1 della concessione, quanto meno canali idonei a raggiungere la copertura richiesta.

Secondo Europa 7 si tratterebbe di una prestazione analoga, sostitutiva di quella originaria posta a carico dell'amministrazione e che potrebbe formare oggetto di una domanda di reintegrazione in forma specifica; al contrario, si osserva che anche tale pretesa richiede l'adozione di provvedimenti amministrativi, il cui rilascio non può – per quanto già detto – costituire l'oggetto di una azione di condanna, ma può essere ottenuto contestando l'inerzia o il diniego opposto dall'amministrazione.

La necessità dell'adozione di provvedimenti amministrativi, di natura autoritativa, per soddisfare la pretesa del privato conduce alla ulteriore considerazione, correttamente sviluppata dal Tar, secondo cui la posizione della ricorrente deve essere qualificata in termini di interesse legittimo pretensivo, e non di diritto soggettivo.

In materia di telecomunicazioni, la posizione del privato diretta ad ottenere l'attribuzione di frequenze si contrappone al potere pubblicistico della p.a. di governo dell'etere, rispetto al quale la suddetta posizione ha natura, non di diritto

soggettivo, ma di interesse legittimo (v., anche se con riferimento a diversa fattispecie, Cass. civ. , sez. un., 1 giugno 1993 n. 6062).

Del resto, anche la Corte Costituzionale ha affermato che a fronte di poteri di assegnazione delle frequenze e di disattivazione, la posizione soggettiva del privato non può che essere di interesse legittimo al loro corretto esercizio, e perciò essa è tutelabile, nel vigente ordinamento, solo innanzi al giudice amministrativo (Corte Cost., 2 marzo 1990 n. 102).

Tali considerazioni non mutano in virtù del fatto che ad Europa 7 era già stata rilasciata la concessione con d.m. 28 luglio 1999.

E' discussa tra le parti la natura di tale provvedimento di concessione; secondo il Tar se l'oggetto della concessione consiste nell'attribuzione di determinate frequenze, allora la mancata assegnazione delle stesse costituisce un vizio del provvedimento ampliativo, che non può non comportarne l'illegittimità per violazione della vigente disciplina.

L'Avvocatura dello Stato ha, invece, sostenuto che si tratterebbe di un atto di mera formalizzazione degli esiti di una graduatoria di soggetti che avrebbero avuto titolo al rilascio di una concessione con contestuale assegnazione di frequenze e che, di conseguenza, il potere autoritativo non era stato ancora consumato potendo la fattispecie essere inquadrata nella categoria degli atti a formazione progressiva. Viene, inoltre, eccepita la decadenza derivante dalla mancata impugnazione da parte di Europa 7 del provvedimento concessorio rilasciato in suo favore senza l'attribuzione delle frequenze.

Al riguardo, si osserva che con il decreto del 28 luglio 1999 il Ministero ha concesso ad Europa 7 l'installazione e l'esercizio di una rete d'impianti di radiodiffusione televisiva a copertura nazionale tra quelle individuate nelle deliberazioni dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni concernenti "Piano nazionale d'assegnazione delle frequenze per la radiodiffusione televisiva" precisando che la rete d'impianti di radiodiffusione è costituita da impianti ubicati nei siti individuati dal Piano nazionale d'assegnazione delle frequenze, utilizzando un raggruppamento di tre canali di cui uno del gruppo A, uno del gruppo B ed uno del gruppo C, tra i 17 canali generici allocati in ciascun sito, con i quali la concessionaria deve assicurare la copertura di almeno l'ottanta per cento del territorio nazionale e di tutti i capoluoghi di provincia (art. 1, co. 1).

Tuttavia, con il decreto non sono stati individuati, e quindi non sono stati assegnati, né i siti degli impianti né le frequenze, ma è stato previsto che "l'adeguamento degli impianti alle prescrizioni del piano d'assegnazione dovrà avvenire, secondo il programma d'adeguamento stabilito dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni d'intesa con il Ministero delle comunicazioni, entro il termine di 24 mesi decorrenti dalla data di comunicazione del presente provvedimento. Il suddetto termine potrà essere prorogato di dodici mesi ove sussistano impedimenti di carattere oggettivo che dovranno essere valutati dal Ministero delle comunicazioni, d'intesa con l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni" (art. 1, co. 2).

Nelle ulteriori parti del decreto l'atto viene espressamente qualificato come concessione ed Europa 7 individuata come concessionaria.

Non vi è, quindi, dubbio che il rilascio della concessione era già avvenuto e non era stato rinviato ad un momento successivo, come sostenuto dall'Avvocatura.

Tuttavia, il rilascio della concessione non è stato accompagnato dall'attribuzione delle frequenze e lo stesso decreto rinviava tale adempimento ad una ulteriore fase, dipendente da successiva attività dell'amministrazione (programma di adeguamento degli impianti alle prescrizioni del piano nazionale d'assegnazione

delle frequenze), cui sarebbero seguiti adempimenti a carico della concessionaria (adeguamento degli impianti da effettuare entro il termine di 24 mesi).

Dovendosi escludere che la mancata immediata attribuzione delle frequenze costituisca motivo di nullità dell'atto, dalla mancata impugnazione di tale atto non può derivare alla ricorrente alcuna preclusione rispetto alla presente azione, in quanto Europa 7 avrebbe al massimo potuto contestare, attraverso il ricorso avverso la concessione in parte qua, la mancata contestuale attribuzione delle frequenze, ma ben poteva, come ha fatto, limitarsi ad agire per l'esecuzione del decreto emesso in suo favore attraverso la richiesta dei successivi adempimenti che l'amministrazione doveva porre in essere.

Del resto, non è ragionevole ritenere che la mancata impugnazione di un provvedimento favorevole possa comportare limitazioni alla tutela della parte, che quel provvedimento intende far valere.

L'inquadramento della fattispecie nella categoria degli atti a formazione progressiva rendeva necessario lo svolgimento di ulteriore attività amministrativa per soddisfare la pretesa dell'appellante e ciò conferma che la posizione di quest'ultima deve essere qualificata di interesse legittimo pretensivo allo svolgimento di tale attività.

La strada corretta per far valere tale posizione non è, quindi, quella di una (inammissibile) azione di condanna al rilascio delle frequenze previo svolgimento di tale attività e rilascio dei necessari provvedimenti, ma quella, percorsa in altro ricorso, della richiesta all'amministrazione di porre in essere ogni adempimento necessario all'attribuzione delle frequenze e di reagire contro l'eventuale inerzia o diniego espresso.

Centro Europa 7 nell'ambito del giudizio di cui al n. 1298/05 (R.G. in appello) ha in effetti agito avverso il diniego del 22 dicembre 1999 opposto dall'amministrazione rispetto alla sua richiesta di indicazione degli impianti ed attribuzione delle frequenze.

Tale azione si pone in evidente rapporto di alternatività con la domanda di condanna avanzata nel presente giudizio: nel ricorso n. 1298/05 viene seguita la via (amministrativa) della diffida dell'amministrazione a porre in essere le attività (anche provvedimentali) necessarie per l'indicazione degli impianti e l'assegnazione delle frequenze; nel presente giudizio viene proposta una sostanziale azione di adempimento in relazione alla medesima pretesa.

Il rapporto di alternatività tra le due azioni dimostra come non vi sia alcuna contraddittorietà tra la sentenza del Tar n. 9325/04 di accoglimento del ricorso di Europa 7 e quella qui impugnata, con cui la domanda di condanna della p.a. ad un *facere* è stata dichiarata inammissibile.

Dalle precedenti considerazioni circa la natura della pretesa azionata ed il contenuto della concessione del luglio del 1999 deriva che la strada corretta è quella del ricorso n. 1298/05, e non la domanda di condanna della p.a. ad un *facere* proposta nel presente giudizio.

L'inammissibilità di tale domanda non ha alcun effetto sull'azione alternativa proposta nell'altro giudizio e peraltro accolta dal Tar con sentenza, confermata in data odierna da questo medesimo Collegio.

Né ai fini della presente declaratoria di inammissibilità assume rilievo la sentenza della Corte di Giustizia del 31 gennaio 2008, resa in relazione ad una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da questa Sezione nel presente giudizio.

Sotto un primo profilo, la questione pregiudiziale è stata, infatti, espressamente posta con esclusivo riferimento alla domanda di risarcimento per equivalente, che

sarà di seguito esaminata, avendo la Sezione ritenuto che quest'ultima era la sola domanda conoscibile.

L'inammissibilità dell'azione di condanna ad un *facere* è stata ora confermata, seppur senza necessità di esaminare le conseguenze della mancata evocazione in giudizio dei titolari delle c.d. reti eccedenti e, in sede di esame della domanda di risarcimento per equivalente, è possibile dare piena attuazione ai principi affermati dalla Corte di Giustizia.

Sotto altro aspetto, in sede di esecuzione della pronuncia avente ad oggetto l'annullamento del menzionato diniego del 22 dicembre 1999 l'amministrazione dovrà dare attuazione ai principi affermati dalla Corte di Giustizia, come meglio illustrato nella decisione in data odierna di questo Collegio, avente ad oggetto il ricorso n. 1298/05.

3. Si deve ora passare ad esaminare la domanda di risarcimento per equivalente, proposta da Centro Europa 7 con riferimento ai danni ingiusti subiti e subendi per la mancata, tempestiva, assegnazione di una rete o di canali (frequenze) comunque idonei a garantire la suddetta copertura.

La stessa Europa 7 ha prospettato e quantificato in modo diverso la domanda a seconda che si proceda all'assegnazione delle frequenze o che tale assegnazione non avvenga, dovendo nel primo caso il risarcimento essere limitato al lucro cessante relativo agli anni in cui la ricorrente non ha potuto operare e nel secondo caso all'intero valore dell'azienda, ritenuto corrispondente a circa 3,5 miliardi di euro.

Con le ultime memorie Centro Europa 7 ha confermato che il suo principale interesse è quello all'ottenimento delle frequenze e che la domanda di risarcimento per equivalente è stata proposta in estremo subordine e prevedendo le due alternative già indicate.

Il danno è stato quantificato nella somma di euro 2.169.144.602 in ipotesi di attribuzione, benché tardiva, delle frequenze e nella maggiore somma di euro 3.500.000.000,00 in caso di accertata impossibilità di assegnazione delle frequenze.

La stessa prospettazione dell'appellante individua la questione dell'assegnazione delle frequenze come prioritaria rispetto al risarcimento per equivalente.

Al riguardo, è già stato evidenziato come l'inammissibilità della prima domanda proposta nel presente giudizio non pregiudica la pretesa della ricorrente, sempre tendente all'assegnazione delle frequenze, oggetto del ricorso n. 1298/05.

Avendo questo Collegio in data odierna confermato la decisione di accoglimento del ricorso proposto da Centro Europa 7 avverso il diniego opposto dall'amministrazione alla sua richiesta di attribuzione di impianti e frequenze, è evidente che l'amministrazione dovrà ora dare esecuzione a tale decisione e che solo all'esito di tale fase potrà essere risolto il problema dell'assegnazione delle frequenze.

Allo stato non è possibile esaminare la domanda risarcitoria, risultando prioritaria la verifica delle modalità di esecuzione da parte dell'amministrazione della decisione assunta da questa Sezione in data odierna in relazione al ricorso n. 1298/05.

Al fine di decidere la domanda risarcitoria, si deve acquisire dal competente Ministero la seguente documentazione in sette copie:

a) una relazione contenente l'indicazione dell'attività svolta in esecuzione della decisione pronunciata in data odierna da questa Sezione in relazione al ricorso n. 1298/05, allegando copia di tutti i provvedimenti emessi e degli atti del procedimento;

- b) una relazione con indicazioni delle ragioni per le quali non sono stati fino ad oggi posti in essere atti di esecuzione della sentenza del Tar del Lazio n. 9325/2004, non sospesa e peraltro non impugnata dal Ministero, con indicazioni degli elementi ritenuti ostativi all'esecuzione della pronuncia dal 2004 ad oggi e con allegazione delle istanze pervenute dalla ricorrente o da altri soggetti all'amministrazione, aventi ad oggetto la questione dell'assegnazione delle frequenze;
- c) una relazione contenente l'indicazione delle frequenze resesi disponibili dal 2000 ad oggi e di quelle attualmente disponibili anche in ordine alla copertura che consentirebbero (o avrebbero consentito) e delle modalità di assegnazione o acquisizione delle stesse da parte degli operatori del settore, con illustrazione delle ragioni per le quali non sono state attribuite ad Europa 7 e dello stato della procedura indetta nel 2007, anche con riferimento alla possibilità, o meno, di partecipazione di Europa 7;
- d) ulteriore relazione, con allegazione di ogni provvedimento adottato e indicazione dello stato del contenzioso pendente, in relazione alla questione della scadenza della concessione del 28 luglio 1999, rilasciata ad Europa 7 e delle istanze da questa presentate, allegando copia dei relativi provvedimenti, fornendo informazioni anche con riferimento a quanto avvenuto alla scadenza dei provvedimenti concessori degli altri operatori nazionali del settore;
- e) ogni ulteriore elemento o atto, anche sopravvenuto, utile ai fini del decidere. Deve essere richiesto anche all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, che è parte del giudizio e nei cui confronti anche è stata proposta la domanda risarcitoria di produrre, sempre in sette copie, una unica relazione, contenente le informazioni di cui ai punti precedenti in possesso dell'Autorità o dipendenti da sua attività, precisando le ragioni della mancata adozione del programma di adeguamento al piano nazionale delle frequenze, previsto nella concessione rilasciata ad Europa 7. Deve, infine, essere richiesto a Centro Europa 7 di produrre, in sette copie:
- 1) copia dei bilanci della società e delle relative relazioni e note aggiuntive dal 1999 ad oggi;
 - 2) copia delle richieste relative all'attribuzioni delle frequenze presentate dal 2000 ad oggi e dell'attività posta in essere per l'esecuzione della sentenza del Tar del Lazio n. 9325/2004;
 - 3) una relazione contenente le ragioni della mancata partecipazione alla gara del 2007 per l'assegnazione delle frequenze;
 - 4) una relazione contenente la descrizione dell'attività imprenditoriale svolta dal 1999 ad oggi, degli investimenti effettuati anno per anno e delle modalità di utilizzo delle strutture della società;
 - 5) copia di ogni atto inerente la questione della scadenza della concessione e le iniziative, anche giurisdizionali, in corso e del loro stato.
- Ogni decisione sulla domanda di risarcimento per equivalente, sulle eccezioni proposte dalle parti e sulle spese del giudizio è riservata all'esito della disposta istruttoria.
4. In conclusione, non definitivamente pronunciando, deve essere respinto il ricorso in appello limitatamente alla declaratoria di inammissibilità, pronunciata dal Tar e qui confermata seppur con diversa motivazione, della domanda di condanna delle amministrazioni ad assegnare alla ricorrente una rete di impianti o comunque frequenze idonee a farle raggiungere la copertura di almeno l'80 % del territorio nazionale e di tutti i capoluoghi di provincia.
- In relazione alla domanda di risarcimento per equivalente viene invece disposta l'istruttoria di cui al punto precedente con riserva di ogni decisione.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, non definitivamente pronunciando, in parte respinge il ricorso in appello con riferimento alla prima domanda proposta da Centro Europa 7 e in relazione alla domanda di risarcimento del danno per equivalente, riservata ogni ulteriore decisione, ordina al Ministero, all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e all'appellante di depositare, in sette copie, presso la segreteria di questa Sezione, entro il termine del 15 ottobre 2008, quanto indicato in parte motiva.

Fissa la data del 16 dicembre 2008 per la successiva udienza di trattazione del ricorso.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 6 maggio 2008 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo	Presidente
Paolo Buonvino	Consigliere
Domenico Cafini	Consigliere
Roberto Chieppa	Consigliere Est.
Manfredo Atzeni	Consigliere

Presidente

Giovanni Ruoppolo

Consigliere

Roberto Chieppa

per il Segretario

Maria Rita Oliva

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il...31/5/2008.

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione

Maria Rita Oliva

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da R.T.I. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Luigi Medugno e Aldo Bonomo, ed elettivamente domiciliato presso il primo, in Roma, via Panama, n. 12;
contro

N.

Reg.Dec.

N. 1298 Reg.Ric.

ANNO 2005

Centro Europa 7 s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avv. Alessandro Pace e dall'Avv. Ottavio Grandinetti con domicilio eletto in Roma piazza delle Muse n. 8 presso Associazione Professionale Studio Legale Pace;

e nei confronti
Ministero delle comunicazioni, in persona del Ministro pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato ed elettivamente domiciliato presso la stessa, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

per l'annullamento
della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione II, n. 9325/04 pubblicata il 16 settembre 2004;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Centro Europa 7 s.r.l. e del Ministero delle comunicazioni;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 6 maggio 2008 relatore il Consigliere Roberto Chieppa.

Uditi l'Avv. Medugno, l'Avv. Pace, l'Avv. Grandinetti e l'Avv. dello Stato Di Carlo;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O E D I R I T T O

1. Centro Europa 7 s.r.l. ha partecipato alla gara, indetta in attuazione della legge n. 249 del 1997, ai fini del rilascio delle concessioni per la radiodiffusione televisiva su frequenze terrestri in ambito nazionale ed, essendosi classificata con l'emittente "Europa 7" al settimo posto della relativa graduatoria, ha ottenuto il rilascio di una delle suddette concessioni (d.m. 28 luglio 1999), nella quale, pur prevedendosi che in forza del suddetto provvedimento l'istante aveva titolo ad installare ed esercitare una rete d'impianti di radiodiffusione televisiva, non erano assegnate specifiche frequenze in attesa del programma di adeguamento degli impianti al Piano nazionale di assegnazione delle frequenze.

Non avendo le competenti amministrazioni proceduto all'assunzione di alcun provvedimento di assegnazione delle frequenze, Centro Europa 7 notificava al Ministero delle comunicazioni atto di diffida e messa in mora sollecitando l'adozione da parte del resistente Ministero degli atti necessari al fine di individuare gli impianti da utilizzare per l'attività di radiodiffusione televisiva nonché le relative frequenze di funzionamento.

Il Ministero rispondeva con la nota del 22 dicembre 1999, facendo presente che la mancata assegnazione delle frequenze era dipesa dalla circostanza che non era stato definito il programma di adeguamento al piano nazionale delle frequenze e che sarebbe stata cura del Ministero attivarsi affinché nel più breve tempo possibile si potesse pervenire, di concerto con l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, alla definizione del programma di adeguamento al piano che, una volta attuato, avrebbe consentito a tutte le concessionarie di esercire la propria rete.

Centro Europa 7 impugnava tale nota davanti al Tar del Lazio, che, con la sentenza n. 9325/04, accoglieva il ricorso.

Il giudice di primo grado riteneva che, sulla base del provvedimento concessorio, l'amministrazione era tenuta o ad adottare i provvedimenti necessari al fine di consentire al suddetto provvedimento di produrre i propri effetti tipici ovvero, a negare l'assegnazione delle frequenze, procedendo, pertanto, ad una sostanziale revoca della concessione la quale in assenza delle frequenze risultava essere

totalmente inefficace, sulla base di una specifica e dettagliata illustrazione dei presupposti di fatto e di diritto che rendevano impossibile tale operazione. Secondo il Tar, con l'impugnata nota del 22 dicembre 1999, il Ministero, dopo aver richiamato il disposto della concessione a suo tempo rilasciata e le ragioni che hanno precluso l'individuazione in tale sede delle frequenze da assegnare, avrebbe illegittimamente fatto rinvio ad un generico impegno del Ministero di attivarsi al fine di procedere, di concerto con l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, alla definizione del programma di adeguamento, ponendosi in tal modo in palese contrasto con l'obbligo assunto dalle competenti amministrazioni nel provvedimento concessorio e per di più senza indicare alcuna ragione in base alla quale non era stato possibile procedere alla definizione del programma di adeguamento.

R.T.I. s.p.a. proponeva ricorso in appello avverso tale decisione.

Centro Europa 7 si costituiva in giudizio, eccependo l'inammissibilità dell'appello e chiedendone comunque la reiezione.

Il Ministero delle comunicazioni, pur non avendo proposto ricorso in appello avverso la sentenza del Tar del Lazio, si costituiva in giudizio, chiedendo l'accoglimento del ricorso proposto da R.T.I.

Le parti hanno prodotto diversi documenti ed hanno ampiamente illustrato le proprie posizioni con le ultime memorie.

All'odierna udienza la causa è stata chiamata unitamente ad altri ricorsi attinenti la posizione di Centro Europa 7 e, dopo ampia discussione, è stata trattenuta in decisione; questo Collegio ha dato avviso alle parti che, pur non procedendosi alla riunione dei ricorsi, sarebbero stati valutati complessivamente tutti gli elementi contenuti nei singoli fascicoli.

2. Preliminarmente deve essere esaminata l'eccezione sollevata da Centro Europa 7, secondo cui l'appello deve essere dichiarato inammissibile per carenza della legittimazione ad impugnare in capo a R.T.I. s.p.a., avendo quest'ultima sostenuto che non vi sarebbe alcun rapporto tra l'occupazione delle frequenze da parte di Retequattro e la mancata assegnazione delle frequenze ad Europa 7.

L'eccezione è priva di fondamento.

Sotto un primo profilo formale, si rileva che ad R.T.I. s.p.a. era stato notificato il ricorso di primo grado, con cui peraltro si sosteneva che l'assegnazione delle frequenze ad Europa 7 sarebbe risultata possibile se non si fosse consentito a Retequattro di continuare a trasmettere; che R.T.I. era quindi parte del giudizio di primo grado e, come tale, legittimata a contestare le statuizioni ad essa sfavorevoli.

Sotto l'aspetto sostanziale, si ricorda che, secondo la giurisprudenza, nel processo amministrativo, la legittimazione all'appello va individuata in base al criterio della soccombenza, ossia in capo alle parti che subiscono un effetto giuridico sfavorevole dalla sentenza di primo grado. Pertanto, nel caso di una pronuncia d'accoglimento del ricorso di primo grado e di annullamento dell'atto impugnato, detta legittimazione spetta non solo alla amministrazione emanante, ma anche a chi è portatore di una posizione sostanziale differenziata, diretta a sostenere l'atto annullato, anche in assenza dei presupposti per qualificare tale parte come controinteressato (Cons. Stato, V, n. 1764/2000; n. 456/1997; IV, n. 1826/2004).

Nel caso di specie, ai fini della legittimazione al ricorso in appello, è sufficiente rilevare che l'annullamento dell'atto, con cui il Ministero non ha dato positivo riscontro alla diffida dei Centro Europa 7, costituisce decisione potenzialmente idonea a provocare – in sede di definizione del programma di adeguamento al piano delle frequenze – una risistemazione delle frequenze delle emittenti televisivi

nazionali, incidendo in modo rilevante sul mercato televisivo, in cui opera R.T.I. che fa valere il suo interesse al mantenimento degli attuali assetti.

Non si tratta di un interesse di mero fatto al *quieta non movere*, in relazione al quale è stata esclusa in data odierna da questo Collegio la legittimazione di R.T.I. ad appellare altra sentenza del Tar riguardante sempre il settore televisivo (R.G. n. 2862/07), ma si è in presenza di una autonoma posizione sostanziale, che può essere pregiudicata dall'attuazione del Piano nazionale delle frequenze e da quella risistemazione delle frequenze, postulata da Europa 7 e idonea a coinvolgere la posizione di R.T.I. di materiale utilizzatrice della frequenze, anche con riferimento alla c.d. rete "eccedente" (Retequattro).

Da ciò deriva la legittimazione di R.T.I. a contrastare la risistemazione delle frequenze domandata dall'originaria ricorrente in quanto potenzialmente suscettibile di produrre effetti negativi nella sua sfera giuridica.

3. Ai fini dell'esame del merito del ricorso, è opportuna una ricostruzione della vicenda oggetto del giudizio.

Come evidenziato dalla Corte Costituzionale (sent. n. 466/2002), "la formazione dell'esistente sistema televisivo italiano privato in ambito nazionale ed in tecnica analogica trae origine da situazioni di mera occupazione di fatto delle frequenze (esercizio di impianti senza rilascio di concessioni e autorizzazioni), al di fuori di ogni logica di incremento del pluralismo nella distribuzione delle frequenze e di pianificazione effettiva dell'etere". Detta occupazione di fatto è stata, peraltro, in varie occasioni per lunghi periodi temporali, legittimata *ex post* e sanata dal legislatore (decreto legge 6 dicembre 1984, n. 807, convertito, con modificazioni, nella legge 4 febbraio 1985, n.10, prorogato con decreto-legge 1° giugno 1985, n. 223, convertito nella legge 2 agosto 1985, n. 397; art. 32, comma 1, legge 6 agosto 1990, n. 223, con termini prorogati dal decreto-legge 19 ottobre 1992, n.407, convertito, con modificazioni, nella legge 17 dicembre 1992, n. 482, dal decreto-legge 27 agosto 1993 n. 323 convertito, con modificazioni, nella legge 27 ottobre 1993, n. 422; dal decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 545 convertito, con modificazioni, nella legge 23 dicembre 1996, n. 650).

Su tale assetto ha poi inciso la sentenza n. 420 del 1994 con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionale l'art. 15, comma 4 l. 6 agosto 1990 n. 223 (c.d. legge Mammì), nella parte in cui consente ad uno stesso soggetto di esser titolare di tre delle nove concessioni per reti televisive su scala nazionale assenti ai privati, ritenendo infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 comma 1 e 3 d.l. 27 agosto 1993 n. 323, che consentiva provvisoriamente la prosecuzione dell'esercizio degli impianti preesistenti fino all'agosto del 1996 (termine poi prorogato).

La nuova disciplina del sistema radiotelevisivo è stata dettata dalla legge 31 luglio 1997 n. 249 (c.d. legge Meccanico), con cui è stato vietato ad uno stesso soggetto di essere titolare di concessioni o autorizzazioni che consentano di irradiare più del 20 per cento delle reti televisive analogiche in ambito nazionale su frequenze terrestri sulla base del piano delle frequenze.

Con la stessa legge è stata introdotta una ulteriore disciplina transitoria delle reti televisive nazionali eccedenti i predetti limiti concentrativi, stabilendo che dette reti potevano continuare a trasmettere in via transitoria, dopo il 30 aprile 1998, nel rispetto degli obblighi previsti per le emittenti concessionarie, a condizione che le trasmissioni fossero effettuate simultaneamente su satellite o cavo (art. 3, comma 6) ed affidando all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni la fissazione del termine entro il quale, in relazione all'effettivo e congruo sviluppo dell'utenza dei programmi via cavo o via satellite le predette reti eccedenti avrebbero dovuto

trasmettere programmi esclusivamente su satellite o cavo, abbandonando le frequenze terrestri (art. 3, comma 7).

In attuazione della legge n. 249/1997 sono stati adottati il Piano nazionale delle frequenze approvato con delibera n. 68/98 dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il regolamento n. 78/98 della stessa Autorità relativo ai requisiti ed alle modalità per il rilascio delle concessioni televisive su frequenze terrestri in tecnica analogica.

Il Piano ha individuato 11 reti televisive a copertura nazionale da assegnare alle emittenti nazionali. Su tale numero era calcolato il 20 per cento - limite antitrust - pari a due reti. Delle 11 reti tre erano assegnate per legge al servizio pubblico radiotelevisivo ed otto reti a copertura nazionale erano assentibili ad emittenti privati a mezzo di gara.

All'esito della gara, in data 28 luglio 1999, sulla base della graduatoria approvata dalla Commissione, furono rilasciate le seguenti concessioni nazionali: Canale 5, Italia 1, Tele+Bianco, Tmc, Tmc2, Europa 7, Elefante Telemarket.

Alle emittenti Retequattro e Tele+Nero, benché utilmente collocate nella graduatoria, la concessione non fu rilasciata perché eccedevano i limiti concentrativi, anche se furono abilitate in via transitoria a proseguire l'attività di radiodiffusione televisiva privata in ambito nazionale a condizione che le trasmissioni fossero effettuate contemporaneamente su frequenze terrestri e via satellite o via cavo e che fossero irradiate esclusivamente via satellite o via cavo a decorrere dal termine fissato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ai sensi dell'art. 3, comma 7, della legge n. 249/1997.

Europa 7, invece, pur avendo ottenuto la concessione, era un nuovo entrante privo di rete e non era, quindi, nella condizione di esercire una rete all'atto di presentazione della domanda di concessione, quanto meno fino all'assegnazione delle frequenze da parte dell'amministrazione.

Anche nei decreti degli altri concessionari nazionali non venivano indicate le frequenze, ma veniva stabilito che, fino alla completa assegnazione delle frequenze di funzionamento di ciascun impianto (poi mai avvenuta), la concessionaria poteva proseguire nell'esercizio dell'attività radiotelevisiva con impianti e frequenze già in uso ed oggetto del censimento di cui alla legge n. 223/90.

Per completare il quadro del settore televisivo nazionale anche con riferimento a fatti sopravvenuti rispetto al diniego impugnato in primo grado, va menzionata la sentenza n. 466 del 2002, con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionale l'art. 3, comma 7, della legge n. 249/97 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.

Successivamente, prima della scadenza del termine del 31 dicembre 2003, dopo il rinvio alle Camere da parte del Presidente della Repubblica del disegno di legge in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI s.p.a., che era stato approvato dal Parlamento il 2 dicembre 2003, con il D.L. 24 dicembre 2003, n. 352 veniva demandato all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni l'accertamento dell'offerta dei programmi televisivi digitali terrestri sulla base di predeterminati parametri e veniva consentito, sempre in via transitoria, alle c.d. emittenti eccedenti di proseguire l'esercizio delle reti fino alla data di adozione delle deliberazioni dell'Autorità, per le quali era fissato il termine del 30 aprile 2004.

Il nuovo assetto del sistema radiotelevisivo è stato poi definito dalla legge 3 maggio 2004 n. 112 (c.d. legge Gasparri), con cui sono stati introdotti differenti

criteri per stabilire i limiti di concentrazione ed è stata prevista la prosecuzione da parte delle attuali emittenti delle trasmissioni anche analogiche fino all'attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze televisive in tecnica digitale. Infine, con sentenza della sezione IV, 31 gennaio 2008, C-380/05, la Corte di Giustizia, in risposta ad un rinvio pregiudiziale disposto dalla Sezione nell'ambito di altro giudizio promosso da Centro Europa 7, ha dichiarato che "l'art. 49 CE e, a decorrere dal momento della loro applicabilità, l'art. 9, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/21/CE, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva «quadro»), gli artt. 5, nn. 1 e 2, secondo comma, e 7, n. 3, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva «autorizzazioni»), nonché l'art. 4 della direttiva della Commissione 16 settembre 2002, 2002/77/CE, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, devono essere interpretati nel senso che essi ostano, in materia di trasmissione televisiva, ad una normativa nazionale la cui applicazione conduca a che un operatore titolare di una concessione si trovi nell'impossibilità di trasmettere in mancanza di frequenze di trasmissione assegnate sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati".

4. Ricostruita la vicenda, normativa ed amministrativa, oggetto del giudizio, deve ora essere verificato se il diniego alla richiesta di assegnazione delle frequenze opposto dal Ministero con l'impugnato provvedimento del 22 dicembre 1999 sia legittimo o si ponga, come ritenuto dal Tar, in contrasto con il contenuto stesso dell'atto concessorio.

Viene in primo luogo in rilievo la questione, controversa tra le parti, della natura del provvedimento di concessione rilasciato ad Europa 7.

L'appellante R.T.I. deduce che i motivi del ricorso di primo grado sono tutti riconducibili a vizi dello stesso provvedimento di concessione rilasciato in favore di Europa 7 e ormai preclusi in assenza di una rituale impugnazione di tale concessione.

Anche secondo l'Avvocatura dello Stato, l'azione qui esperita da Europa 7 sarebbe preclusa dall'omessa impugnazione del provvedimento di concessione, rilasciato in suo favore: se l'oggetto della concessione consiste nell'attribuzione di determinate frequenze, allora la mancata assegnazione delle stesse costituisce un vizio del provvedimento ampliativo, che non può non comportarne l'illegittimità per violazione della vigente disciplina e che doveva essere contestato nel termine di decadenza.

Al riguardo, si osserva che con il decreto del 28 luglio 1999 il Ministero ha concesso ad Europa 7 l'installazione e l'esercizio di una rete d'impianti di radiodiffusione televisiva a copertura nazionale tra quelle individuate nelle deliberazioni dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni concernenti "Piano nazionale d'assegnazione delle frequenze per la radiodiffusione televisiva" precisando che la rete d'impianti di radiodiffusione è costituita da impianti ubicati nei siti individuati dal Piano nazionale d'assegnazione delle frequenze, utilizzante un raggruppamento di tre canali di cui uno del gruppo A, uno del gruppo B ed uno del gruppo C, tra i 17 canali generici allocati in ciascun sito, con i quali la concessionaria deve assicurare la copertura di almeno l'ottanta per cento del territorio nazionale e di tutti i capoluoghi di provincia (art. 1, co. 1).

Tuttavia, con il decreto non sono stati individuati, e quindi non sono stati assegnati, né i siti degli impianti né le frequenze, ma è stato previsto che "l'adeguamento degli impianti alle prescrizioni del piano d'assegnazione dovrà avvenire, secondo il

programma d'adeguamento stabilito dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni d'intesa con il Ministero delle comunicazioni, entro il termine di 24 mesi decorrenti dalla data di comunicazione del presente provvedimento. Il suddetto termine potrà essere prorogato di dodici mesi ove sussistano impedimenti di carattere oggettivo che dovranno essere valutati dal Ministero delle comunicazioni, d'intesa con l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni" (art. 1, co. 2).

Nelle ulteriori parti del decreto l'atto viene espressamente qualificato come concessione ed Europa 7 individuata come concessionaria.

Non vi è, quindi, dubbio che il rilascio della concessione era già avvenuto e non era stato rinviato ad un momento successivo, come anche sostenuto dall'Avvocatura. Tuttavia, il rilascio della concessione non è stato accompagnato dall'attribuzione delle frequenze e lo stesso decreto rinviava tale adempimento ad una ulteriore fase, dipendente da successiva attività dell'amministrazione (programma di adeguamento degli impianti alle prescrizioni del piano nazionale d'assegnazione delle frequenze), cui sarebbero seguiti adempimenti a carico della concessionaria (adeguamento degli impianti da effettuare entro il termine di 24 mesi).

Dovendosi escludere che la mancata immediata attribuzione delle frequenze costituisca motivo di nullità dell'atto, dalla mancata impugnazione di tale atto non può derivare ad Europa 7 alcuna preclusione rispetto alla presente azione, in quanto questa avrebbe al massimo potuto contestare, attraverso il ricorso avverso la concessione in parte qua, la mancata contestuale attribuzione delle frequenze, ma ben poteva, come ha fatto, limitarsi ad agire per l'esecuzione del decreto emesso in suo favore attraverso la richiesta dei successivi adempimenti che l'amministrazione doveva porre in essere.

Del resto, non è ragionevole ritenere che la mancata impugnazione di un provvedimento favorevole possa comportare limitazioni alla tutela della parte, che quel provvedimento intende far valere.

Né l'impugnata nota, con cui si rinvia l'attuazione dello stesso provvedimento concessorio può ritenersi un atto meramente confermativo della concessione e, quindi, non autonomamente impugnabile, come sostenuto da R.T.I..

5. Con riferimento al contenuto dell'impugnata nota del 22 dicembre 1999, si rileva che il Ministero si è limitato a richiamare gli atti già emanati, precisando che il mancato inizio dell'attività da parte di Europa 7 è derivato dal fatto che l'emittente non era già titolare di una rete in quanto nuovo entrante e che non si era ancora pervenuti alla fase di attuazione del piano.

Il Ministero ha, infine, ribadito il proprio impegno ad attivarsi affinché nel più breve tempo possibile fosse definito, di concerto con l'Autorità di settore, il programma di adeguamento al piano delle frequenze, che, una volta attuato, avrebbe consentito a tutte le emittenti di esercire la propria rete.

Come rilevato dal Tar, tale risposta non può ritenersi soddisfacente.

Accertato che non si era in presenza di una concessione nulla ma al più di un atto a formazione progressiva, lo stesso contenuto della concessione imponeva all'amministrazione di svolgere ulteriore attività amministrativa per soddisfare la pretesa di Europa 7.

Nell'atto di concessione non era stabilito un termine per svolgere detta attività, ma era previsto che l'adeguamento degli impianti alle prescrizioni del piano d'assegnazione dovrà avvenire entro il termine di 24 mesi decorrenti dalla data di comunicazione del provvedimento stesso.

Si trattava di un termine rivolto alla concessionaria Europa 7, cui compete l'adeguamento degli impianti, ma subordinato ad un'attività amministrativa

(programma d'adeguamento), rimessa al Ministero ed all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (la stessa Avvocatura riconosce che il termine di 24 mesi riguardava il periodo concesso al privato per la realizzazione della rete; v. pag. 12 memoria del 30.4.2008).

Tenuto conto che la concessionaria doveva comunque poi provvedere ad adeguare gli impianti nel termine di 24 mesi decorrenti dal luglio del 1999, il programma di adeguamento avrebbe dovuto essere sollecitamente approvato.

Il riferimento di R.T.I. all'impossibilità di attribuire a Europa 7 "frequenze non pianificate" conferma che l'amministrazione doveva porre in essere ogni adempimento per completare il processo di pianificazione, avviando il procedimento per l'approvazione del programma di adeguamento.

Ogni eventuale sopravvenienza di fatto e di diritto, ostativa all'approvazione del programma e alla conseguente attività di attribuzione delle frequenze inerenti la concessione già rilasciata poteva al più costituire motivo per ulteriori provvedimenti dell'amministrazione, ma ciò non è avvenuto.

Peraltro, con l'impugnata nota, il Ministero non richiama alcun elemento ostativo all'attuazione del piano delle frequenze e si limita ad affermare che la pretesa azionata non può essere soddisfatta fino all'approvazione del menzionato programma.

E' evidente che rispetto ad una precisa richiesta della concessionaria l'amministrazione non si può limitare a non accoglierla perché mancano alcuni adempimenti, che spetta alla stessa amministrazione, benché unitamente all'Autorità di settore, porre in essere.

Correttamente, il Tar ha affermato che "l'amministrazione era tenuta o ad adottare i provvedimenti necessari al fine di consentire al suddetto provvedimento di produrre i propri effetti tipici ovvero, a negare l'assegnazione delle frequenze, procedendo, pertanto, ad una sostanziale revoca della concessione la quale in assenza delle frequenze risultava essere totalmente inefficace, sulla base di una specifica e dettagliata illustrazione dei presupposti di fatto e di diritto che rendevano impossibile tale operazione".

Nessuna delle due alternative è stata seguita dall'amministrazione e l'impugnata nota costituisce una sostanziale (ed illegittima) determinazione dilatoria rispetto alla pretesa azionata con la diffida, che poggia su presupposti inidonei a giustificare l'inerzia della stessa amministrazione nel porre in essere i richiamati adempimenti. L'Avvocatura dello Stato ha anche sostenuto che vi erano fattori normativi ostativi al riconoscimento del bene (frequenze) richiesto da Centro Europa 7 e che vi erano i presupposti di fatto e di diritto per revocare la concessione del luglio del 1999. L'argomento è privo di rilievo per il semplice fatto che la concessione non è mai stata revocata e che ciò non è avvenuto neanche in esecuzione dell'impugnata (e non sospesa) sentenza del Tar, che ha fatto riferimento alla possibilità di una revoca della concessione.

6. Con riferimento alle preclusioni all'approvazione del programma di adeguamento ed all'attribuzione delle frequenze derivanti dallo *ius superveniens* ed invocate sia dal Ministero che da R.T.I., si rileva che anche questo elemento poteva (e può) costituire oggetto di valutazione da parte del Ministero nell'esame della diffida inoltrata da Centro Europa 7, ma che non può essere valutato direttamente in questo giudizio, il cui oggetto è l'impugnata nota ministeriale che non fa riferimento ad alcuna preclusione normativa ostativa al soddisfacimento della pretesa di Europa 7.

L'amministrazione, unitamente all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, dovrà ovviamente tenere conto di tali sopravvenienze in sede di esecuzione della

presente decisione, ma dovrà anche dare applicazione alla sentenza della Corte di Giustizia del 31 gennaio 2008, C-380/05, con cui è stata ritenuta contrastante con il diritto comunitario una normativa nazionale la cui applicazione conduca a che un operatore titolare di una concessione si trovi nell'impossibilità di trasmettere in mancanza di frequenze di trasmissione assegnate sulla base di criteri obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati.

7. Parimenti estranea all'oggetto del presente giudizio è la questione della scadenza del titolo concessorio rilasciato ad Europa 7 e del suo mancato rinnovo.

Si tratta di un fatto, temporalmente riferibile al 2005, in relazione al quale pende altro contenzioso in primo grado e che è controverso tra le parti, anche con riferimento alla possibilità della decorrenza del termine di durata della concessione prima del completamento della "fattispecie progressiva" dell'atto.

Anche tale elemento potrà essere valutato dall'amministrazione in sede di riesercizio del potere, dovendosi comunque applicare alla questione i principi affermati dalla Corte di Giustizia ed essendo evidente che un diniego fondato unicamente sulla scadenza della concessione presupporrebbe il riconoscimento dell'assenza di ragioni ostative all'accoglimento della richiesta di Europa 7 fino a tale data, e, quindi, l'illegittimità della precedente inerzia per il periodo antecedente al 2005.

8. In conclusione, il ricorso in appello deve essere respinto e deve essere confermato l'annullamento dell'impugnata nota del 22 dicembre 1999, benché sulla base di considerazioni anche ulteriori rispetto a quelle del giudice di primo grado.

Gli effetti conformativi della presente decisione comportano che il Ministero dovrà ora rideterminarsi sull'istanza di Centro Europa 7 sulla base dei principi qui affermati e con piena applicazione della sentenza della Corte di Giustizia del 31 gennaio 2008.

In considerazione della complessità della vicenda, ricorrono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge il ricorso in appello indicato in epigrafe.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 6 maggio 2008 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez. VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo	Presidente
Paolo Buonvino	Consigliere
Domenico Cafini	Consigliere
Roberto Chieppa	Consigliere Est.
Manfredo Atzeni	Consigliere

Presidente

Giovanni Ruoppolo

Consigliere

Roberto Chieppa

per il Segretario

Maria Rita Oliva

N.
Reg.Dec.
N. 2862-9257 Reg.Ric.
ANNO 2007

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 2862/2007 e sul ricorso per opposizione di terzo n. 9257/2007 proposti:

a) – quanto all’ appello n. 2862/2007, dalla società R.T.I. - Reti Televisive Italiane - s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Luigi Medugno e Giuseppe Rossi e presso il primo elettivamente domiciliata in Roma, alla Via Panama 12,

contro

la società Rete A s.p.a., in persona del legale rappresentante p. t., costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall’ avv. Federico Sorrentino, presso il quale è elettivamente domiciliata in Roma, lungotevere delle Navi 30,

e nei confronti

del Ministero delle Comunicazioni, in persona del Ministro p. t., e dell’ Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, in persona del Presidente p. t., non costituitisi in giudizio,

e

della società Television Broadcasting System (TBS) s.p.a., in persona del legale rappresentante p. t., costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Carla Rizzo e Nicola Lafranceschina e presso la prima elettivamente domiciliata in Roma, via Anapo 20,

interveniente ad opponendum

nonché

delle società Toscana TV s.r.l., TVR Teleitalia s.r.l. e Teletruria 2000 s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., costituitesi in giudizio, rappresentate e difese dagli avv.ti Avilio Presutti e Felice Vaccaro,

intervenienti ad adjuvandum

b) - quanto al ricorso per opposizione di terzo n. 9257/2007, dalla società Centro Europa 7 s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Alessandro Pace e Ottavio Grandinetti presso i quali elettivamente domicilia in Roma, piazzale delle Muse 8,

contro

la società Rete A s.p.a., in persona del legale rappresentante p. t., costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall’ avv. Federico Sorrentino, presso il quale è elettivamente domiciliata in Roma, lungotevere delle Navi 30,

e nei confronti

del Ministero delle Comunicazioni, in persona del Ministro p. t., e dell’ Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, in persona del Presidente p. t., non costituitisi in giudizio,

e

della società Television Broadcasting System (TBS) s.p.a., in persona del legale rappresentante p. t., costituitasi in giudizio, come sopra rappresentata, difesa e

domiciliata,

interveniente ad opponendum

nonché

della società R.T.I. – Reti Televisive Italiane – s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., costituitasi in giudizio, *ut supra* rappresentata, difesa e domiciliata,

interveniente ad opponendum

per la riforma

della sentenza del TAR del Lazio, Sezione III *ter*, n. 13415/2006;

visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

visto il ricorso in opposizione con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio, nell'appello n. 2862/2007, della società Rete A, della società Television Broadcasting System (TBS) s.p.a., interveniente *ad opponendum*, delle società Toscana TV s.r.l., TVR Teleitalia s.r.l. e Teletruria 2000 s.r.l., intervenienti *ad adjuvandum*;

visti gli atti di costituzione in giudizio, nel ricorso in opposizione n. 9257/2007, della società Rete A, delle società Television Broadcasting System (TBS) s.p.a. ed R.T.I. s.p.a., intervenienti *ad opponendum*;

viste le memorie prodotte dalle parti, nei due giudizi, a sostegno delle rispettive difese;

visti gli atti tutti delle cause;

alla pubblica udienza del 6 maggio 2008 relatore il Consigliere Paolo Buonvino;

uditi, per le parti, gli avv.ti Luigi Medugno, Federico Sorrentino, Alessandro Pace e Ottavio Grandinetti.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto, quanto segue:

Ritenuto in fatto

1) - Con il ricorso di primo grado la società Rete A s.p.a. (di seguito: Rete A), titolare di autorizzazione in data 21 luglio 2004 per l'attività di radiodiffusione televisiva nazionale su frequenze terrestri in tecnica analogica a carattere commerciale, esercitabile con le stesse posizioni giuridiche ed obblighi dei concessionari televisivi privati in ambito nazionale, ha chiesto l'annullamento:

- della nota del D.G. della Direzione Generale Servizi di Comunicazione

Elettronica e di Radiodiffusione in data 8 agosto 2005, prot. n. 12466;

- della nota del Direttore del Dipartimento Regolamentazione dell'A.G.COM. del 25 maggio 2005, prot. n. U/05450/05/NA.

Ha premesso, il TAR, che la ricorrente lamentava che la sua disponibilità di frequenze (193 in totale) non le consentiva di garantire la copertura di tutta la popolazione nel territorio cui si riferiva l'autorizzazione; che la stessa, inoltre, aveva presentato all'A.G.COM, in ragione di ciò, in data 3 giugno 2005, istanza di assegnazione di ulteriori frequenze televisive, notificando la richiesta anche al Ministero e, in particolare, di avere chiesto l'assegnazione di frequenze disponibili nell'ambito del territorio nazionale e, in via prioritaria, relativamente alle regioni Sardegna, Valle d'Aosta, Trentino Alto Adige, Friuli Venezia Giulia e Sicilia (il riferimento a tali regioni si giustificava in considerazione del fatto che il Ministero aveva annunciato che la conversione all'*all digital* sarebbe avvenuto secondo piani regionali, iniziando proprio dalle predette regioni a statuto speciale).

Con il gravato provvedimento dell'8 agosto 2005 il Ministero delle Comunicazioni rispondeva di non poter evadere l'istanza ai sensi dell'art. 3, comma 8, della legge n. 249/1997 in quanto, secondo l'art. 23, comma 3, della legge n. 112/2004, per la realizzazione delle reti digitali si prevedevano soltanto trasferimenti di impianti o di rami di azienda tra soggetti esercenti l'attività televisiva, a condizione che le

acquisizioni operate fossero destinate alla diffusione in tecnica digitale; in altri termini, risultava ormai possibile soltanto l'acquisto delle frequenze.

2) - Il TAR ha respinto, preliminarmente, l'eccezione di inammissibilità del ricorso svolta dall'interveniente *ad opponendum* società R.T.I. s.p.a. (nel prosieguo: RTI) per difetto di notifica di esso ad alcun controinteressato.

Il rigetto dell'eccezione non escludeva, peraltro, per il TAR, l'ammissibilità dell'intervento di R.T.I. s.p.a. avendo, questa, un interesse indiretto, riflesso, o, quanto meno, di fatto, al mantenimento del diniego gravato e, dunque, alla reiezione del ricorso.

Il TAR ha respinto, poi, anche il secondo profilo di inammissibilità connesso al carattere cumulativo del ricorso, che si sarebbe connotato, per di più, come cumulo di domande assoggettate a riti diversi (ordinario quello dell'impugnativa del provvedimento ministeriale, e speciale, *ex art. 23 bis* della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, quello dell'impugnativa dell'atto dell'A.G.COM).

Nel merito, i primi giudici hanno, poi, accolto il ricorso, avendo ritenuto che non risultava compatibile, con i principi costituzionali in materia di radiotelevisione (e, in particolare, con il principio pluralistico ritenuto dal giudice delle leggi il valore costituzionale più importante), oltre che con il riconoscimento dell'etere in termini di bene comune, la prospettazione, alla base del provvedimento gravato, secondo cui l'unica modalità attualmente prevista dall'ordinamento per l'ampliamento delle risorse frequenziali in uso per i singoli concessionari od autorizzati fosse quella prevista dall'art. 23, comma 3, della legge n. 112/2004 (il c.d. *frequency trading*), conseguentemente, precluso l'incremento della rete anche per le trasmissioni analogiche; che altrimenti, l'acquisto delle frequenze sarebbe stato consentito solo agli operatori con maggiori potenzialità economiche, determinandosi un *vulnus* ai principi di pluralismo e di eguaglianza ed anche, indirettamente, agli artt. 41 e 42 della Costituzione.

Inoltre, ha rilevato, tra l'altro, il TAR, pur non sussistendo un diritto all'utilizzo del mezzo radiotelevisivo, pur tuttavia doveva essere garantito al soggetto che intendeva accedere a detto mezzo, secondo le modalità previste dall'ordinamento, una posizione di eguaglianza dei punti di partenza con gli altri concorrenti; ciò che trovava conferma nella considerazione secondo cui il sistema di trasmissione analogica era destinato ancora a durare per un numero variabile di anni, il che, già di per sé, non giustificava la "sterilizzazione" del principio pluralistico.

Aggiungevano, infine, i primi giudici che la pretesa all'assegnazione di nuove frequenze disponibili sembrava trovare ulteriore fondamento anche nel diritto comunitario e, più specificamente, sia nei principi generali (in particolare, per effetto del richiamo, operato dall'art. 6, II comma, del Trattato U.E., dell'art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950), sia nelle norme del Trattato poste a garanzia della libertà di prestazione di servizi e la concorrenza, sia, inoltre, nella direttiva 7 marzo 2002, n. 2002/20/CE (c.d. direttiva autorizzazioni) e nella direttiva 7 marzo 2002, n. 2002/21/CE (c.d. direttiva quadro).

Rispetto alle disposizioni quivi contenute risultava di dubbia compatibilità sistemica l'interpretazione, fatta propria dal provvedimento gravato, dell'art. 23, comma 3, della legge n. 112/2004, nel senso che avrebbe precluso la possibilità di acquisire ulteriori frequenze in via amministrativa.

3) - La sentenza è appellata dalla RTI con appello n. 2862/2007, con il quale ne viene contestata la correttezza sia laddove ha ritenuto il ricorso ammissibile, sia laddove l'ha accolto nel merito.

Resiste all'appello Rete A che ne eccepisce l'inammissibilità e ne deduce, a ogni buon conto, l'infondatezza nel merito.

Svolgono intervento *ad adjuvandum* le società Toscana TV s.r.l., TV Teleitalia s.r.l. e Teletruria 2000 s.r.l.

Interviene *ad opponendum*, insistendo per la conferma della sentenza appellata, la società Television Broadcasting s.p.a.

4) – Avverso la stessa sentenza volge opposizione di terzo, con ricorso n. 9257/2007, la società Centro Europa 7 s.r.l. (di seguito: Centro Europa 7), che fa valere la sussistenza del proprio tutelato interesse all'accoglimento del gravame (nel caso in cui la sentenza dovesse essere ritenuta per la stessa deducente pregiudizievole con riguardo ad altri ricorsi pendenti dalla stessa Centro Europa 7 instaurati nei confronti di Rete A) ed insiste per l'accoglimento dello stesso e la riforma della sentenza impugnata.

Resiste al ricorso Rete A, che ne eccepisce l'inammissibilità e insiste, comunque, per l'infondatezza nel merito.

Si è costituita *ad opponendum*, nel presente giudizio in opposizione, anche la società Television Broadcasting s.p.a., insistendo per l'inammissibilità e, comunque, per l'infondatezza del ricorso stesso.

Si è costituita per resistere anche RTI, che insiste per l'inammissibilità e, comunque, l'infondatezza nel merito del gravame.

5) – Con memorie conclusionali depositate in prossimità dell'udienza le parti ribadiscono i rispettivi assunti difensivi.

Considerato in diritto

1) - Con il ricorso di primo grado Rete A, titolare di autorizzazione in data 21 luglio 2004 per l'attività di radiodiffusione televisiva nazionale su frequenze terrestri in tecnica analogica a carattere commerciale, esercitabile con le stesse posizioni giuridiche ed obblighi dei concessionari televisivi privati in ambito nazionale, ha chiesto l'annullamento:

- della nota del D.G. della Direzione Generale Servizi di Comunicazione Elettronica e di Radiodiffusione in data 8 agosto 2005, prot. n. 12466;
- della nota del Direttore del Dipartimento Regolamentazione dell'A.G.COM. del 25 maggio 2005, prot. n. U/05450/05/NA.

Il TAR ha accolto il ricorso dopo aver rigettato le eccezioni pregiudiziali sollevate da RTI.

Avverso detta sentenza propone appello (n. 2862/2007) RTI, mentre propone ricorso per opposizione di terzo (n. 9257/2007) Centro Europa 7.

I ricorsi ora detti vanno riuniti in quanto proposti avverso la stessa sentenza. Entrambi sono inammissibili.

2) - Quanto, in particolare, all'appello n. 2862/2007, va rilevato che il TAR ha ritenuto non essere configurabile RTI (al pari di ogni altra emittente) quale controinteressata necessaria in primo grado, ma solo portatrice di un interesse di fatto legittimante il suo intervento *ad opponendum*.

RTI contesta sul punto la sentenza, assumendo il carattere lesivo nei suoi confronti che l'accoglimento dell'originario ricorso sarebbe stato in grado di produrre; carattere lesivo confermato dal fatto che a pag. 12 del ricorso sarebbero state anche individuate talune frequenze in ambito sardo, utilizzate dalla stessa RTI, che, secondo la ricorrente in primo grado, avrebbero dovuto essere dismesse ed eventualmente ad essa assegnate; che discorso analogo valeva per altre frequenze, pure individuate, utilizzate da altre emittenti.

Senonché, correttamente il TAR ha ritenuto che, poiché Rete A aveva chiesto l'assegnazione di frequenze disponibili, e dunque "adespote", senza avanzare una

specifica pretesa di attribuzione di frequenze già concesse ad altri specifici operatori, invocando, a tutto concedere, l'esercizio, da parte dell'Amministrazione, del potere discrezionale volto alla cessazione delle frequenze non indispensabili per l'illuminazione dell'area di servizio e del bacino (come, peraltro, espressamente previsto dalla legge), il provvedimento impugnato, frutto di un procedimento ad istanza di parte, nel rigettare la domanda di assegnazione di frequenze di Rete A, non conferiva, in effetti, alcuna utilità specifica ad alcun soggetto terzo e, quindi, neppure a RTI che, per l'effetto, risultava priva del requisito di ordine sostanziale identificante la figura processuale del controinteressato.

Al riguardo, va rilevato che l'atto di diniego impugnato in primo grado non individuava, in effetti, alcun soggetto del diniego stesso direttamente beneficiario, limitandosi ad affermare che l'istanza di assegnazione di frequenze era da rigettare ai sensi dell'art. 3, comma 8, della legge n. 249/1997, in quanto, secondo l'art. 23, comma 3, della legge n. 112/2004, per la realizzazione delle reti digitali si prevedono soltanto trasferimenti di impianti o di rami di azienda tra soggetti che esercitano l'attività televisiva, a condizione che le acquisizioni operate siano destinate alla diffusione in tecnica digitale; e che, quindi, risultava ormai possibile soltanto l'acquisto delle frequenze.

Né può parlarsi di soggetti facilmente individuabili, dal momento che l'atto stesso non prendeva affatto in considerazione la posizione di altri soggetti, attuali detentori o comunque utilizzatori - per concessione, per effetto di decisioni dei giudici amministrativi ovvero per legge - di frequenze suscettive di assegnazione. Allora è da chiedersi se la presenza di controinteressati nella presente controversia non fosse riconducibile ai contenuti dell'originaria domanda e a quelli del ricorso avanti al TAR.

Ebbene, per ciò che attiene all'istanza di assegnazione delle frequenze, va rilevato che, a pag. 2, Rete A segnalava che essa, in quanto operatrice nazionale (dotata di autorizzazione per l'attività di radiodiffusione televisiva su frequenze terrestri in tecnica analogica a carattere commerciale, esercitabile con le stesse posizioni giuridiche ed obblighi dei concessionari televisivi privati in ambito nazionale giusta l'apposito titolo rilasciatole il 21 luglio 2004) aveva interesse ad ottenere ulteriori frequenze, reperibili tra quelle risultanti, allo stato, disponibili per effetto dell'estinzione di concessioni, ovvero liberate per qualunque motivo, ovvero non necessarie secondo il piano di assegnazione delle frequenze in tecnica analogica e/o digitale; ciò anche in considerazione del fatto:

- che la legge n. 249/1997 attribuisce all'Autorità il potere di disporre la cessazione dell'uso delle frequenze ritenute non indispensabili ai soggetti esercenti l'attività radiotelevisiva per l'illuminazione dell'area di servizio e del bacino;
- che l'Autorità stessa è tenuta ad assegnare, anche in via provvisoria, le suddette frequenze ai concessionari aventi un grado di copertura della popolazione inferiore al 90% di quella residente nel territorio cui si riferisce la concessione;
- che l'emittente richiedente versava nella situazione prevista dalla legge ai fini della richiesta assegnazione.

Nella parte finale, poi, la richiedente insisteva per l'assegnazione delle frequenze già disponibili o che l'amministrazione avrebbe eventualmente provveduto a rendere tali, sussistendo a tal fine, in suo favore, i requisiti di legge.

Nei termini e limiti che precedono, quindi, la domanda non era volta alla sottrazione di frequenze in danno di specifici operatori che ne disponevano, ma solo a sollecitare un'attività amministrativa i cui effetti e i cui possibili destinatari (ammesso che ve ne potessero essere) erano tutti ancora da definire in base a ordinarie procedure da condursi *secundum legem*.

Né rileva che nella domanda stessa sia indicato che taluni protocolli d'intesa tra amministrazione e RTI avrebbero assicurato a quest'ultima, in talune regioni a statuto speciale, la transizione al sistema digitale, mentre analoga possibilità non era stata offerta ad altri operatori privati e, tra questi, a Rete A; ciò in quanto a tale affermazione non si accompagnava né la richiesta di subentrare nella relative frequenze in luogo di RTI, né venivano fatti oggetto di specifica contestazione, ai fini della loro modificazione o rimozione, i protocolli stessi, la vicenda relativa ai quali appare riportata quale dato storico volto solo a segnalare il deteriore trattamento riservato agli operatori privati diversi da RTI, senza, però, volere, per tale via, chiedere il ridimensionamento delle posizioni di asserito favore di cui la stessa RTI avrebbe fruito, ma solo di conseguire le frequenze eventualmente disponibili o che l'amministrazione avesse reso tali conformandosi alla disciplina normativa di settore.

Non essendo contenuto, quindi, nella detta richiesta, alcun invito all'amministrazione a liberare specifiche frequenze di altri operatori, ma solo ad attivarsi per reperire, nel rispetto della legge, un sufficiente numero di frequenze onde assegnarle ad un operatore carente di idonee frequenze quale era Rete A, è da escludere che la richiesta stessa, in se considerata, fosse in grado di produrre, se accolta, un necessario pregiudizio in danno di RTI, la domanda stessa non individuando affatto le specifiche frequenze cui la richiedente avrebbe ambito. Pertanto, il danno paventato da RTI appare meramente eventuale, futuro e incerto e non tale da concretizzare in capo ad essa una posizione di controinteressata necessaria in sede di impugnativa del provvedimento reiettivo della domanda stessa; in altre parole, l'intendimento perseguito dall'odierna appellante appare essenzialmente quello del *quieta non movere*, votato, quindi, a perseguire un mero interesse di fatto, di generica tutela concorrenziale, in assenza dell'adozione, da parte della P.A., di provvedimenti concretamente lesivi della sua sfera giuridica; il semplice *metus* di adozione di futuri provvedimenti lesivi non può, invero, costituire, in capo all'odierna appellante (né degli altri imprenditori operanti nel campo della diffusione televisiva), una posizione di controinteresse atta a legittimarla alla proposizione dell'appello.

È anche vero che la legittimazione all'appello va individuata in base al criterio della soccombenza, ossia in capo alle parti che subiscono un effetto giuridico sfavorevole dalla sentenza di primo grado; sicché, nel caso di una pronuncia d'accoglimento del ricorso di primo grado e di annullamento dell'atto impugnato, detta legittimazione spetta non solo all'amministrazione emanante, ma anche a chi è portatore di una posizione sostanziale differenziata, diretta a sostenere l'atto annullato, anche in assenza dei presupposti per qualificare tale parte come controinteressato (Cons. Stato, V, n. 1764/2000; n. 456/1997); sennonché, nella specie, l'annullamento dell'atto impugnato in primo grado non è idoneo, neanche potenzialmente, a pregiudicare la posizione di RTI, in quanto la domanda avanzata da Rete A era diretta a consentire l'attribuzione, da parte dell'amministrazione, delle c.d. frequenze adespote, senza riferimento alcuno alla specifica posizione di RTI o di altre emittenti.

Al contempo, il provvedimento impugnato affermava che per la realizzazione delle reti digitali si prevedevano soltanto trasferimenti di impianti o di rami di azienda tra soggetti esercenti l'attività televisiva, a condizione che le acquisizioni operate fossero destinate alla diffusione in tecnica digitale e che, in altri termini, risultava ormai possibile soltanto l'acquisto delle frequenze; ma anche per questa parte l'annullamento del provvedimento impugnato in primo grado non investe la sfera

giuridica dell'odierna appellante, per la quale il mantenimento di altre forme di acquisizione delle frequenze non appare produttivo di alcuna lesione.

Né a conclusioni differenti può pervenirsi se si prendono in esame i puntuali contenuti del ricorso di primo grado.

È vero che in questo, a pag. 12, come rilevato dall'appellante, si afferma che il Ministero, nel rinviare l'istanza di Rete A alla fase di attuazione del piano nazionale di assegnazione delle frequenze in tecnica digitale, non avrebbe considerato nemmeno che, a partire dal 31 gennaio 2006, nelle regioni a statuto speciale il patrimonio frequenziale disponibile (a seguito dello *switch-off* che avrebbe dovuto interessare a breve, prima delle altre, proprio tali regioni e tra esse, in particolare, la Sardegna) si sarebbe accresciuto a seguito delle restituzione delle risorse attualmente in capo ai maggiori operatori (frequenze che venivano, in parte, indicate e comprendenti anche, nella Regione Sardegna, tra analogici e digitali, dodici canali Mediaset e, quindi, facenti capo a RTI); non di meno, si tratta di un'indicazione meramente esemplificativa, volta solo a dare atto dell'esistenza del problema e, cioè, della presenza, in determinati ambiti territoriali, di frequenze libere (o eventualmente destinate a liberarsi in caso di abbandono da parte dell'utilizzatore o, comunque, di rientro nella disponibilità della P.A.) ed a sollecitare l'amministrazione ad attivarsi ai fini della sua risoluzione e non a richiedere espressamente la messa a disposizione dell'interessata delle frequenze stesse, previa loro specifica sottrazione ad RTI.

Solo nel momento in cui l'amministrazione, nell'attivarsi e nell'individuare, quindi, concretamente le frequenze disponibili, vada ad individuare specifiche frequenze in capo a RTI o da essa, comunque, utilizzate, destinate ad esserle sottratte e redistribuite a favore di altre emittenti (conformemente anche ai principi e alle direttive comunitarie che regolano la materia, giusta quanto emerge, tra l'altro, dalla sentenza della Corte di giustizia del Lussemburgo del 31 gennaio 2008 in causa pregiudiziale C-380/05, su questione rimessa da questa stessa Sezione con decisione n. 3846/2005 resa in sede di appello n. 10395/2004), potrebbe venire a radicarsi in capo a detta concessionaria, l'interesse concreto e tutelato (e solo in quel momento dotato del requisito dell'attualità) a reagire avverso i relativi provvedimenti riduttivi del *plafond* di frequenze in precedenza da essa utilizzate (e risulta, del resto, che RTI abbia impugnato, successivamente, il bando con il quale il Ministero ha messo a concorso talune frequenze rese disponibili).

Per tali motivi deve escludersi, in definitiva, che RTI sia titolare di una posizione di interesse qualificato che la legittimi a proporre il presente gravame, donde l'inammissibilità dell'appello n. 9257/2007.

3) – Parimenti inammissibile va dichiarato, poi, il ricorso in opposizione avanzato da Centro Europa 7.

Detta emittente, invero, precisa, a pag. 6 del proprio ricorso, che le impugnazioni da essa svolte, a suo tempo, avverso il provvedimento di autorizzazione del 2004 a favore di Rete A ed il successivo provvedimento del 2005, sempre in suo favore, che ne legittimava il prolungamento di efficacia, non avrebbero potuto subire pregiudizio dalla sentenza oggetto di gravame, in quanto atti impugnati dalla stessa Centro Europa 7 con ricorsi tuttora pendenti innanzi al TAR; subito dopo, peraltro, la medesima società segnala che, "*per doverosa cautela*", intende proporre ricorso in opposizione, "*per le non creduta e remota ipotesi*" che la sentenza stessa "*dovesse essere ritenuta incompatibile con la propria situazione giuridica e/o i propri interessi legittimi azionati nei giudizi sopra richiamati*".

Di seguito la ricorrente svolge le proprie censure nei riguardi della gravata sentenza, sostenendo, in primo luogo, che l'autorizzazione fatta valere da Rete A ai

fini dell'assegnazione di nuove frequenze sarebbe illegittima e la sua illegittimità travolgerebbe anche la controversia radicata innanzi al TAR e ora in esame, privando la stessa originaria ricorrente della necessaria legittimazione a ricorrere; in via di subordine, assume che il titolo autorizzatorio fatto valere dalla stessa Rete A non legittimerebbe il rilascio di frequenze, non potendo essere confuso con i titoli concessori che, in via esclusiva, legittimerebbero, ai sensi della legge n. 249 del 1997, l'assegnazione delle stesse.

Ora, come è noto, la legittimazione a proporre l'opposizione di terzo nei confronti di una sentenza del giudice amministrativo resa tra altri soggetti va riconosciuta ai controinteressati pretermessi *tout court*; ai controinteressati pretermessi perché sopravvenuti (è il caso dei beneficiari di un atto consequenziale, quando una sentenza abbia annullato un provvedimento presupposto all'esito di un giudizio cui siano rimasti estranei); ai controinteressati non facilmente identificabili; più in generale, ai terzi titolari di una situazione giuridica autonoma ed incompatibile, rispetto a quella riferibile alla parte risultata vittoriosa per effetto della sentenza oggetto di opposizione (cfr., per tutte, A.P. 10 gennaio 2007, n. 2).

Senonché, nel caso in esame, la ricorrente in opposizione svolge un ricorso del tutto condizionato affidato semplicemente al timore che la decisione gravata possa produrre un *vulnus* nella propria posizione giuridica e processuale; senonché, la stessa deducente non è in grado di segnalare quale concreta lesione la sentenza possa avere prodotto o possa produrre nella sua sfera di interessi.

Perciò non solo essa – alla pari di RTI - non può essere riguardata alla stregua di un contraddittore necessario nel ricorso di primo grado, ma neppure ha dimostrato, in qualche misura, di versare in una situazione giuridica autonoma, incompatibile rispetto a quella riferibile alla parte risultata vittoriosa; solo nell'ipotesi in cui dovesse concretizzarsi, in prospettiva, il *metus* qui solo ipotizzato e alla decisione oggetto del presente gravame dovessero ricollegarsi pregiudizi immediatamente interferenti con la sfera giuridica dell'interessata, la questione potrebbe essere, astrattamente, riconsiderata, se e in quanto sia possibile configurare un'ipotesi di controinteressato pretermesso perché tale divenuto solo in un momento successivo (e, quindi, una sorta di controinteressato o, comunque, di "legittimando" *in pectore*).

E, si aggiunga, le censure in concreto formulate sotto nessun profilo sono volte a contestare i contenuti – pregiudiziali e di merito – della sentenza oggetto di opposizione di terzo, ma valgono solo, tendenzialmente, a delegittimare la proponibilità dell'originario ricorso per difetto di una valida posizione legittimante in capo alla ricorrente; senonché, l'illegittimità del provvedimento autorizzatorio del 2004 è oggetto di separato giudizio (già in fase d'appello con il ricorso n. 9258/2007) ed è in quella sede e solo in quella sede che va definito mentre, in questo giudizio, la relativa questione non può essere fatta valere autonomamente per manifesta tardività (detto provvedimento autorizzatorio, infatti, è stato impugnato, dalla stessa odierna ricorrente, nel 2005) e per il divieto del *bis in idem*. E analoghe considerazioni valgono anche con riguardo alle censure svolte in via di subordine, dal momento che la questione relativa al fatto che il titolo autorizzatorio fatto valere dalla stessa Rete A non legittimerebbe il rilascio di frequenze, non potendo essere confuso con i titoli concessori che, in via esclusiva, legittimerebbero, ai sensi della legge n. 249 del 1997, l'assegnazione delle stesse, è pure questione oggetto del giudizio anzidetto.

Si noti, infine, che in pari data il predetto appello n. 9258/2007 è stato definito in termini non favorevoli all'odierna opponente sotto entrambi i profili dedotti in

questa sede, con la conseguenza che il ricorso dalla stessa proposto in opposizione sarebbe, comunque, infondato anche nel merito.

4) – Per completezza può anche osservarsi, infine, che la declaratoria di inammissibilità ora detta lascia ferma la pronuncia del TAR di inammissibilità del ricorso di primo grado nella parte in cui investiva la nota del Direttore del Dipartimento Regolamentazione dell’A.G.COM. del 25 maggio 2005, prot. n. U/05450/05/NA e di ammissibilità dello stesso originario ricorso sebbene teso ad investire provvedimenti (del Ministero e dell’A.G.Com.) la cui impugnativa soggiace a differente regime processuale; con la conseguenza che – non essendo stato svolto appello incidentale, da parte di Rete A, avverso detta parziale declaratoria di inammissibilità - la decisione sul presente appello, involgendo, in effetti, solo la tematica relativa all’annullamento del provvedimento ministeriale, deve ritenersi regolata dal rito ordinario e non da quello di cui all’art. 23 *bis* della legge n. 1034 del 1971.

5) - Per i motivi che precedono sia il ricorso in appello, n. 2862/2007, sia quello in opposizione di terzo, n. 9257/2007, vanno dichiarati inammissibili.

Le spese del grado relative al ricorso in appello (n. 2862/2007) e quelle relative al ricorso per opposizione di terzo (n. 9257/2007) possono essere integralmente compensate tra le parti in considerazione della complessità del giudizio.

P. Q. M

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione sesta:

a) – riunisce il ricorso in appello n. 2862/2007 e il ricorso per opposizione di terzo n. 9257/2007;

b) - dichiara inammissibili entrambi i ricorsi;

c) - compensa tra le parti le spese di entrambi i giudizi.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 6 maggio 2008 con l’intervento dei sigg.ri:

GIOVANNI RUOPPOLO - Presidente

PAOLO BUONVINO - Consigliere est.

DOMENICO CAFINI - Consigliere

ROBERTO CHIEPPA - Consigliere

MANFREDO ATZENI - Consigliere

Presidente

Giovanni Ruoppolo

Consigliere

Paolo Buonvino

per il Segretario

Maria Rita Oliva

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il...31/5/2008...

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione

Maria Rita Oliva