

Roberto Caso, *Oscuramento di tv private: il ministero colpisce ancora?* (Nota a P. Bari, 3 settembre 1992), in *Foro it.*, 1992, I, 2851

I. - Il provvedimento è gemellato da identica e contemporanea ordinanza emessa dallo stesso Pretore di Bari nei confronti della soc. Gruppo editoriale Sigma 86, proprietaria dell'emittente televisiva Radio Telegiornali Puglia. Tali provvedimenti hanno ricevuto, quasi in tempo reale, una notevole eco sulla stampa quotidiana (si veda per tutti il trafiletto apparso su *La Repubblica* del 4 settembre 1992) e si inscrivono in un clima politico reso nuovamente rovente dalle polemiche sulla gestione ministeriale delle c.d. concessioni televisive.

Ma veniamo subito ai fatti. Il 12 agosto 1992 il ministro delle poste e telecomunicazioni emana un decreto in cui si approvano «la graduatoria delle domande di concessione per la radiodiffusione televisiva in ambito locale, distinta per bacini di utenza...» (art. 1), e «l'elenco degli aventi titolo al rilascio delle concessioni per la radiodiffusione televisiva in ambito locale distinto per bacini di utenza...». Due società proprietarie di due distinte televisioni pugliesi, incluse nella graduatoria ministeriale ma non utilmente collocate nella stessa, ricorrono ex art. 700 c.p.c. affinché il pretore inibisca la minaccia di 'oscuramento' proveniente dal medesimo ministro delle poste. Il pretore accoglie entrambi i ricorsi.

Cerchiamo, ora, di ricostruire per summa capita il background normativo in cui si colloca il decreto ministeriale. L'art. 16 l. 6 agosto 1990 n. 223 regola la concessione per l'installazione e l'esercizio di impianti di radiodiffusione sonora e televisiva. L'art. 24 del regolamento di attuazione della legge, promulgato con il d.p.r. 27 marzo 1992 n. 255, disciplina la valutazione e la comparazione delle domande di concessione in ambito locale a carattere commerciale. L'art. 32 della medesima legge fissa una regola transitoria in base alla quale «i privati, che alla data di entrata in vigore della presente legge esercitano impianti per la radiodiffusione sonora o televisiva in ambito nazionale o locale e i connessi collegamenti di telecomunicazione, sono autorizzati a proseguire nell'esercizio degli impianti stessi, a condizione che abbiano inoltrato domanda per il rilascio della concessione di cui all'art. 16 entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge fino al rilascio della concessione stessa ovvero fino alla reiezione della domanda e comunque non oltre settecentotrenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge». Due giorni dopo il decreto ministeriale contenente le graduatorie 'della discordia', il consiglio dei ministri (con il d.l. 14 agosto 1992 n. 361, *Le leggi*, 1992, I, 3070) ha prolungato fino al 28 febbraio 1993 il termine per la prosecuzione provvisoria delle trasmissioni previsto nell'art. 32 ora riportato.

II. - Il primo, e forse più complesso, nodo problematico che si è presentato al pretore riguarda la giurisdizione. D'altronde, non è una novità che le schermaglie giudiziarie sulle frequenze televisive si combattano su questo piano.

Prima della c.d. legge Berlusconi (l. 4 febbraio 1985 n. 10) la Cassazione era intervenuta con una schiera di regolamenti di giurisdizione per dipanare la matassa. Alcune di queste pronunce vertevano su azioni intentate da emittenti affiliate a networks per l'accertamento della liceità del loro operato e l'inibizione di «molestie e turbative» ad opera della concessionaria di Stato o della stessa amministrazione, altre su procedure d'urgenza attivate da stazioni locali per ottenere la sospensione di provvedimenti di chiusura coattiva degli impianti. In quella occasione la Suprema corte statui la sussistenza della giurisdizione amministrativa (v., a mo' di campione, Cass., sez. un., 3 dicembre 1984, n. 6337, riportata, accanto ad altre sentenze incentrate su diverse questioni giurisdizionali, in *Foro it.*, 1984, I, 2955, con osservazioni di R. PARDOLESI, *La storia infinita: guerra dell'etere, problemi di giurisdizione*, ivi riferimenti). Ma la situazione di allora – dopo Corte cost. 202/76 (id., 1976, I, 2066) che aveva legittimato le tv locali – era caratterizzata da un vuoto normativo pressoché assoluto. Comunque, secondo la Cassazione, il potere di assegnazione delle

frequenze rimaneva in capo alla pubblica amministrazione e il provvedimento autorizzatorio (nei fatti mai emanato) aveva natura costitutiva.

L'emanazione della legge Berlusconi non ha dissipato le ombre addensatesi sull'inquadramento della tutela giudiziaria delle emittenti private. Favorevoli alla sussistenza della giurisdizione dell'a.g.o. e alla concessione della tutela cautelare avverso la chiusura coattiva delle stazioni televisive sono Pret. Firenze 16 settembre 1989 e Pret. Roma 8 giugno 1989, id., 1990, I, 3328; nonché Pret. Roma 17 marzo 1987, id., Rep. 1987, voce Radiotelevisione, n. 70 e Giust. civ., 1987, I, 1857, con nota di THOMAS; Pret. Perugia 8 marzo 1985 e Pret. Bologna 22 febbraio 1985, Foro it., 1985, I, 1832; per una pronuncia che ha concesso la tutela possessoria contro la disattivazione degli impianti, v. Pret. La Spezia 10 agosto 1985, id., Rep. 1985, voce cit., n. 69; contra, si pongono App. Cagliari 9 novembre 1989, id., Rep. 1990, voce cit., n. 53; Pret. Firenze 6 marzo 1989, id., 1990, I, 3329; Pret. Roma 12 maggio 1986, id., 1986, I, 3141, con nota di PARDOLESI. Contro la giurisdizione del giudice ordinario nelle fattispecie in argomento, anche ai soli fini dell'adozione di provvedimenti urgenti, si è espressa, da ultimo, la Consulta; quest'ultima ha, in pratica, negato la sussistenza in capo al privato di un diritto soggettivo all'attivazione e all'esercizio degli impianti radiotelevisivi (sent. 2 marzo 1990, n. 102, id., 1990, I, 3375, con nota critica di P. FORMICA, il quale mette in evidenza il sostanziale revirement della corte rispetto alle pregresse posizioni sul carattere del provvedimento amministrativo – ora ritenuto di natura costitutiva – che abilita il privato a trasmettere).

Recentemente la Cassazione – con la sent. 26 luglio 1990, n. 7563, id., Rep. 1990, voce cit., n. 51 – ha affermato che, «in tema di trasmissioni radiotelevisive 'via etere' in ambito locale, deve negarsi che il privato, utilizzando una determinata banda di frequenza (ancorché senza autorizzazione, od in attesa di conseguirla), possa adire il giudice ordinario, pure al fine di ottenere provvedimenti cautelari ed urgenti, con la denuncia di indebite interferenze su quella frequenza da parte della Rai (...), dato che la pubblica amministrazione è titolare di poteri discrezionali ed autoritativi, circa l'autorizzazione e regolamentazione di dette trasmissioni, e che, quindi, le posizioni del privato non hanno natura di diritti soggettivi, ma di interessi legittimi, tutelabili davanti al giudice amministrativo (principio non innovato dalla nuova disciplina introdotta in materia dal d.l. 6 dicembre 1984 n. 807, convertito in l. 4 febbraio 1985 n. 10, peraltro caducata, dopo la scadenza del 31 dicembre 1985, in mancanza di proroghe successive)» (in senso conforme, v. Cass. 19 luglio 1990, n. 7385, ibid., n. 52; 8 febbraio 1990, n. 864, ibid., n. 46; nello stesso senso per il caso speculare del privato che chieda la tutela urgente contro i provvedimenti amministrativi di chiusura degli impianti, v. Cass. 12 dicembre 1988, n. 6766, id., Rep. 1989, voce cit., n. 59 e Giur. it., 1989, I, 1, 1734).

Si tratta ora di misurare l'incidenza del nuovo dato normativo (ci riferiamo alla l. 223/90) sulle fattispecie in argomento.

A prima vista, l'opzione del legislatore a favore del regime concessorio – per ciò che riguarda l'effettivo esercizio dell'attività radiotelevisiva – spingerebbe a configurare la posizione soggettiva dell'emittente privata come interesse legittimo. A questo induce il carattere costitutivo della concessione (per ripercorrere il sentiero argomentativo che porta a tali conclusioni, v., in margine all'art. 16 l. 223/90, P.A. CAPOTOSTI, in Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato a cura di ROPPO e ZACCARIA, Milano, 1991, 366 ss.; a differenza di quanto avviene nei procedimenti autorizzatori che si ricollegano alle più varie situazioni soggettive, nei procedimenti concessori «le situazioni soggettive del privato sono sempre e solo di interesse legittimo, e sorgono con l'atto di iniziativa del procedimento»). Ma vi è già chi critica tale prospettazione e osserva che «sono (...) i mezzi necessari a svolgere l'attività, non l'attività stessa a poter essere oggetto diretto della concessione. Sull'attività, in effetti, la concessione non produce, né può produrre, effetti diretti, bensì soltanto effetti indiretti; non si potrebbe, infatti, mai, per mezzo di essa, paralizzare il diritto a radiotrasmettere di alcuni dei privati richiedenti, se titolari dei requisiti richiesti dalla legge in vista

dell'esercizio di quel diritto fondamentale (il diritto garantito dall'art. 21 Cost., n.d.r.), se non per la ragione dell'aver già, con il suo esercizio, dato soddisfazione alla pretesa identica di altri privati a ottenere i mezzi per renderlo concreto e dell'aver, di conseguenza esaurito i beni scarsi (impianti e radiofrequenze) che l'autorità amministrativa, tramite l'atto di concessione è tenuta a governare» (così, nel commento all'art. 16, S. STAMMATI, in Nuove leggi civ., 1991, 766 s.).

Sul punto vi è già stata una prima sortita del Pretore di Ascoli Piceno (4 ottobre 1990, Foro it., Rep. 1991, voce cit., n. 44). In base a questa pronuncia «l'esercizio della radiodiffusione privata, sonora e televisiva, è subordinato al rilascio della concessione con decreto del ministero delle poste; il valore costitutivo (e non semplicemente dichiarativo) del provvedimento concessorio esclude la presenza di diritti soggettivi immediatamente tutelabili di fronte alla giurisdizione ordinaria, vertendosi in tema di interessi legittimi tutelabili innanzi al giudice amministrativo».

Secondo quanto, invece, affermato nell'ordinanza riportata è nell'humus normativo del regime transitorio che vanno ricercate le attuali coordinate giurisdizionali della tutela alle emittenti private locali. In motivazione si asserisce che è «di palmare evidenza che la legge ha delineato una duplicità di regime di regolamentazione di tale attività: un regime transitorio regolamentato mediante autorizzazione ex lege, ed un secondo regime, questo definitivo, regolamentato mediante concessione amministrativa; (...) la ricorrente è titolare di un diritto soggettivo perfetto che, in quanto tale, è tutelabile unicamente dinanzi al giudice ordinario».

In dottrina, si è messo in rilievo che «l'autorizzazione provvisoria ex lege legittima in blocco l'esistente attribuendo ai singoli esercenti il diritto a proseguire protetto da una tutela giudiziaria che, in virtù di tale riconoscimento, anche nei confronti delle altre emittenti, diventa piena e non più fondata sulla sola priorità possessoria» (così C. CHIOLA, Radiotelevisione, voce dell'Enciclopedia giuridica Treccani, Roma, 1991, XXV, 14; in generale, sull'art. 32 l. 223/90 e sui presupposti per beneficiare del regime transitorio, v. R. ESPOSITO, La disciplina del sistema, in Il sistema, cit., 536 ss.; D. DI SABATO, in Nuove leggi civ., 1991, 913 ss.

Ma il regime definitivo della legge e l'opzione in esso contenuta a favore della concessione dispiegano effetti immediati nei confronti delle posizioni soggettive dei privati. Si tratta, perciò, di definire la portata di questi effetti. Il bandolo della matassa sembra, dunque, identificarsi nel dubbio ermeneutico sulla natura e sull'oggetto della concessione disegnata dalla l. 223/90.

III. - Circa la natura della pronuncia in rassegna, il pretore ha osservato che «il provvedimento richiesto (...) non è diretto ad incidere su un atto amministrativo, né ad imporre alla pubblica amministrazione l'emanazione di un determinato atto, con conseguente, inammissibile ingerenza del potere giudiziario in quello esecutivo-amministrativo, ma ad inibire un comportamento meramente materiale dell'amministrazione resistente e, pertanto, non appare in alcun modo in contrasto con quanto disposto dall'art. 4 l. n. 2248 del 1865, all. E». Il potere di spegnimento delle stazioni televisive, trova (diretto) fondamento nell'art. 31 e, per ciò che riguarda la disattivazione degli impianti durante il regime transitorio, nell'art. 32, 5° comma, l. 223/90. Risulta, perciò, difficile qualificare la paventata disattivazione quand'anche fosse posta in essere in assenza dei presupposti legislativi, come atto materiale compiuto in carenza assoluta di potere. Ciò non esclude che essa possa comunque essere inquadrata – ma non è questa la sede per condurre una tal indagine – in una delle altre categorie di atti che la nostra giurisprudenza giudica come inidonei ad attivare il limite interno alla giurisdizione ordinaria di cui all'art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo (per alcune coordinate sull'orientamento evolutivo che ammette la condanna della pubblica amministrazione ad un *facere*, cfr., per ciò che attiene alle azioni possessorie e quasi possessorie, la nota di R. CASO a Cass., sez. un., 14 marzo 1991, n. 2715, Foro it., 1991, I, 2072; sulla possibilità di condannare la pubblica amministrazione ad un *facere* specifico quando quest'ultima abbia compresso il diritto alla salute del cittadino, v. Cass., sez. un., 20 febbraio 1992, n. 2092, id., 1992, I,

2123 con nota di BENINI; su analoghe fattispecie in tema di diritto alla libertà religiosa, v. i riferimenti contenuti in R. CASO in nota a Pret. Torino, ord. 11 febbraio 1991, id., 1991, I, 2586).

IV. - Veniamo ora al merito della fattispecie. Secondo quanto si legge nell'ordinanza in rassegna le ricorrenti lamentavano che «il ministro delle poste aveva minacciato di inibire la prosecuzione delle trasmissioni oltre alle emittenti escluse dalla graduatoria per mancanza di titoli, anche a quelle non “utilmente” graduate... (nel decreto ministeriale)». Di là dall'itinerario argomentativo sul sostrato costituzionale del diritto di trasmettere, il Pretore di Bari ha sostenuto che la proroga del termine per la prosecuzione provvisoria delle trasmissioni, disposta dal d.l. 14 agosto 1992 n. 361 al fine dei consentire l'acquisizione della documentazione prescritta per il rilascio delle concessioni, viene letteralmente riferita dallo stesso testo normativo all'elenco degli aventi titolo al rilascio della concessione approvato con il citato d.m. 12 agosto 1992. Il decreto legge non fa differenza tra emittenti utilmente collocate in graduatoria ed emittenti non utilmente collocate, ed esso, quindi, non può che riguardare tutte le stazioni televisive che sono elencate nel decreto ministeriale. In particolare è stato osservato che «risulta (...) insanabile la contraddizione tra l'esigenza di acquisire la «necessaria documentazione» e la pretesa di attribuire in via definitiva un «titolo al rilascio della concessione» ove si consideri che non si sfugge alla seguente alternativa: o il procedimento amministrativo è concluso e l'amministrazione è in grado di rilasciare le concessioni ai sensi dell'art. 40 del regolamento approvato con d.p.r. 27 marzo 1992 ed allora la protrazione ulteriore dell'autorizzazione provvisoria a trasmettere è del tutto priva di ratio, se, invece, (come nella specie appare evidente) sono necessari ulteriori accertamenti o l'acquisizione di documenti, nessuna delle emittenti comprese negli elenchi, per definizione ancora suscettibili di radicali variazioni, ha con certezza ed in via definitiva titolo al rilascio di una concessione che sarà effettivamente rilasciata all'esito di una istruttoria (...) ancora in corso (...). Va, infine, posto in rilievo che l'art. 3 del d.m. del 12 agosto 1992 consente la presentazione di osservazioni ed istanze di correzione entro trenta giorni dalla comunicazione dell'accoglimento o del rigetto della concessione; è, pertanto, evidente che, uniformandosi ai principi generali la stessa amministrazione attribuisce rilievo esterno ed efficacia precettiva solo ai provvedimenti mediante i quali viene in concreto rilasciata o negata la concessione considerando meramente transitori gli elenchi degli aventi (potenzialmente) titolo alla (futura) emanazione dell'atto amministrativo».

Un tale excursus motivazionale offre il destro per mettere in luce ciò che sembra un (forse, l'unico) dato certo: l'innegabile e, al tempo stesso, inspiegabile difficoltà di coordinamento tra due testi normativi emanati a distanza di ventiquattro ore. Tale difficoltà di coordinamento dipende dall'ambiguità letterale del decreto ministeriale e dal fatto che le sue finalità, alla luce del successivo decreto legge, risultano per lo meno misteriose. Infatti, il testo del decreto ministeriale fa riferimento, tra l'altro, all'art. 34 l. 223/90, il quale al 6° comma recita: «Il ministro delle poste e telecomunicazioni, in sede di prima applicazione della presente legge, è tenuto a rilasciare le concessioni di cui al presente articolo non oltre novanta giorni dalla data di emanazione del regolamento di cui all'art. 36»; il decreto ministeriale fa anche riferimento all'art. 40 regolamento di attuazione (d.p.r. 27 marzo 1992 n. 255), il quale disciplina, appunto, il rilascio delle concessioni in sede di prima applicazione. Alla luce di questi elementi e del fatto che il decreto ministeriale è stato emanato prima del decreto legge, lo stesso decreto ministeriale sembrava, quanto meno, preludere ad un imminente rilascio delle concessioni di cui agli art. 34 della legge e 40 del regolamento, se non, addirittura, rappresentare esso stesso il provvedimento concessivo. Questa interpretazione è ora sicuramente smentita dal decreto legge.

Va poi rimarcata un'altra circostanza. A quanto è dato evincere dalla ordinanza in rassegna, l'elenco degli «aventi titolo» di cui al decreto ministeriale non comprende alcune emittenti le quali sarebbero prive dei titoli necessari al rilascio. Posto che il decreto legge concede la proroga solo agli «aventi titolo», è giocoforza dedurre che a queste ultime emittenti la concessione sia stata (quanto

meno implicitamente) già negata. Si verrà fuori da questo ginepraio? Per ora le 'guerre dell'etere' continuano.

ROBERTO CASO