

INCENTIVI PUBBLICI PER I *DECODER*: ESISTE UN GIUDICE A ROMA?

La vicenda è nota, ma forse meno note sono le responsabilità istituzionali che essa innesca.

La legge finanziaria per il 2004 e quella per il 2005 hanno disposto un finanziamento pubblico diretto a sostenere l'acquisto di *decoder* televisivi da parte dei privati. La diffusione dei *decoder* era una tappa importante che condizionava il successo della "legge Gasparri", la legge con cui il secondo Governo Berlusconi intendeva superare la censura di illegittimità che aveva colpito la legge 249/1997 (Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo), 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 di Rete4 avrebbero dovuto essere trasmessi esclusivamente via satellite o via cavo.

La norma suscitava critiche immediate, che venivano portate all'attenzione sia dell'Autorità garante della concorrenza che della Corte costituzionale.

La Corte costituzionale viene investita in via diretta dalla Regione Emilia-Romagna: in esso – come riferisce la stessa sentenza della Corte (151/2005) – si esclude che la legge possa farsi rientrare nella tutela della concorrenza, avendo anzi la funzione obiettiva di prorogare l'attuale situazione anticoncorrenziale dell'emittenza televisiva con tecnologia tradizionale. Ma la Corte non è di tale avviso: il fatto che si privilegi solo una determinata tecnologia, a scapito di ogni altra, non turba affatto la giustificazione della legge, che viene ritenuta "strumento di attuazione del principio del pluralismo informativo esterno, che rappresenta uno degli imperativi ineludibili emergenti dalla giurisprudenza costituzionale in materia di emittenza televisiva", che rientra in una "pluralità di materie e di interessi (tutela della concorrenza, sviluppo tecnologico, tutela del pluralismo di informazione), appartenenti alla competenza legislativa esclusiva o concorrente dello Stato, senza che alcuna tra esse possa dirsi prevalente così da attrarre l'intera disciplina".

Come sempre quando sono le Regioni ad agire, la scure della Corte è implacabile. Mentre in Germania molte delle più importanti sentenze in materia di diritti pronunciate dal *Bundesverfassungsgericht* sono pronunciate in sede di *abstrakte Normenkontrolle*, su ricorso dei *Länder* (così ad esempio la famosa

sentenza sull'aborto o le recentissime decisioni sulla detenzione preventiva e sull'ingegneria genetica), in Italia le Regioni non sono legittimate a difendere principi o diritti costituzionali, ma solo le proprie competenze, anche se ciò le obbligherà ad attuare o applicare leggi anticostituzionali. Basti citare il clamoroso contrasto tra la sent. 28/2010, che viene di solito salutata come una grande apertura della Corte al diritto europeo perché ammette il sindacato delle *norme penali di favore* per evitare che l'attuazione delle direttive europee resti insindacabile, e la di poco precedente sent. 249/2009, che invece rigetta il ricorso di molte Regioni contro la stessa disposizione di legge italiana in materia di rifiuti, perché non si adduce "una sufficiente motivazione circa le modalità attraverso le quali la dedotta lesione [delle norme europee] ridonderebbe sulle sfere di competenza regionale". Quindi, anche per la legge sui *decoder* basta pronunciare la parola magica "concorrenza" per paralizzare il ricorso regionale, dimenticando però che norme di incentivazione come quella con ogni probabilità non avranno altro giudizio di legittimità costituzionale. Salvo che non intervenga l'Autorità garante.

Ma l'Autorità garante della concorrenza non ha nulla da obiettare. Attivata da esposti presentati da parlamentari dell'opposizione, l'Autorità decide (Prov. n. 15389 del 2006, relatore Catricalà, che, sebbene la previsione legislativa del contributo per l'acquisto dei decoder sia riconducibile alla responsabilità del Presidente del Consiglio dei Ministri, "poiché sul maxi-emanamento al disegno di legge finanziaria 2006, è stata posta questione di fiducia... la riferibilità [della quale] al Presidente del Consiglio dei Ministri non può essere esclusa dalla sua assenza durante la deliberazione, deve però escludersi, "per difetto di un vantaggio patrimoniale specifico e preferenziale e per assenza di un danno al pubblico interesse, la sussistenza, nei confronti del Presidente del Consiglio dei Ministri, di una situazione di conflitto d'interessi, ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 215/04, in relazione all'adozione delle disposizioni della legge finanziaria per il 2006 che prevedono l'erogazione di contributi statali per l'acquisto di decoder digitali"; e di conseguenza deve escludersi la violazione "legge Frattini" sul conflitto di interessi (legge 215/2004) da parte delle imprese facenti capo al Presidente del Consiglio dei Ministri o a suoi parenti entro il secondo grado.

Benché l'Autorità Antitrust richiami a conforto della sua decisione, per quanto riguarda il merito della scelta della tecnologia digitale terrestre, le indicazioni dettate dalla Commissione europea, questa – sollecitata da Centro Europa 7 e Sky Italia - apre una procedura d'infrazione contro l'Italia. La procedura si concludeva con la

decisione 2007/374/CE, in cui si qualificavano i contributi previsti per il 2004 e il 2005 (non invece quelli per il 2006, ritenuti “tecnologicamente” neutri, perché ne potevano beneficiare i decoder dell’intera gamma digitale) come aiuti di Stato che distorcono la concorrenza, incompatibili con il mercato comune e concessi illegittimamente: invitando perciò la Repubblica italiana a procedere “senza indugio” al loro recupero. Ma recuperati da chi, visto che i contributi erano diretti ad incentivare gli acquisti da parte dei consumatori? La Commissione ritiene però che “né i consumatori né i produttori di decoder possono essere considerati i beneficiari dell’aiuto di Stato”, per cui “gli aiuti vanno recuperati presso i beneficiari effettivi degli stessi, i quali, nel caso di specie, sono le emittenti digitali terrestri che offrono servizi di televisione a pagamento e gli operatori via cavo di televisione a pagamento”: cioè Mediaset. E la Commissione indica anche le metodologie da seguire nel calcolo delle somme da recuperare (punti 191-205 della delibera).

Mediaset ricorre, ma perde sia davanti al Tribunale (sent. del 15 giugno 2010, causa T-177/07) che in appello davanti alla Corte di giustizia (sent. del 28 luglio 2011, causa C-403/10). Il Tribunale è chiarissimo: “correttamente la Commissione ha qualificato la ricorrente come beneficiaria indiretta della misura di cui trattasi” (punto 79), per cui ad essa deve rivolgersi il recupero; l’Italia è tenuta a procedere al recupero “nel contesto più ampio dell’obbligo di cooperazione legale che vincola reciprocamente la Commissione e gli Stati membri nell’applicazione delle norme del Trattato in materia di aiuti di Stato” (punto 183); “il recupero di un aiuto dichiarato incompatibile con il mercato comune deve essere effettuato secondo le modalità previste dal diritto nazionale. Il contenzioso relativo a tale esecuzione rientra esclusivamente nella competenza del giudice nazionale” (punto 182). E la Corte di giustizia conferma tutto ciò, punto per punto.

Ecco quindi la situazione: la Corte costituzionale ha basato *anche* sulla tutela della concorrenza il rigetto delle censure regionali alla legge; l’Antitrust ha ritenuto che, pur essendo indiscutibile la responsabilità del Presidente del Consiglio per l’approvazione della legge, non ci fosse alcun conflitto d’interessi per difetto di un vantaggio patrimoniale specifico e preferenziale e per assenza di un danno al pubblico interesse; le istituzioni europee invece ritengono che la legge violi i principi della concorrenza e abbia favorito un’ unica impresa, quella che si fa risalire alla persona o alla famiglia dell’allora Presidente del Consiglio.

Alcuni quesiti allora devono essere posti. Si può ancora negare lo stato di “conflitto d’interessi” dopo le decisioni della Corte europea? Esistono profili penalmente rilevanti relativi all’interesse privato in atti d’ufficio? Che cosa fa il Governo, ora non più presieduto da Berlusconi, e quindi non più passibile che la sua eventuale inerzia configuri un ennesimo caso di conflitto di poteri?

Sono solo domande, a cui non so dare risposte. Ma nel momento in cui il Governo sta predisponendo l’ennesima manovra d’urgenza per salvare il Paese, come mai nessuno pensa di recuperare (almeno in parte, cioè per quanto dovuto) quei 220 milioni di euro?