

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO

SEDE DI ROMA

Ricorso

Nell'interesse della soc. **MEDIA E SERVIZI COMMUNICATION** s.r.l.s. (C.F./P.IVA 01748920707) con sede legale in Campobasso (CB) Via Conte Verde n. 41/A in persona del legale rap.te p.t. Liliana Sabelli (SBLLLN71E62Z401N) rap.ta e difesa congiuntamente e disgiuntamente dagli Avv.ti Eleonora Zazza (ZZZLNR78B61H501O) e Fabrizio Magliaro (MGLFRZ69E07H501G) del Foro di Roma presso lo studio dei quali è elettivamente dom.ta in Roma, Viale Giuseppe Mazzini, 73 con domicilio digitale eletto alla pec: eleonorazazza@ordineavvocatiroma.org, giusta procura digitale in calce al presente ricorso su foglio separato i quali dichiarano di voler ricevere le comunicazioni di cancelleria al seguente numero di fax: 06.3216398 e agli indirizzi di PEC: eleonorazazza@ordineavvocatiroma.org e/o fabriziomagliaro@ordineavvocatiroma.org.

contro

- **MINISTERO DELLE IMPRESE E DEL MADE IN ITALY** in persona del Ministro l.r.p.t.
- **PRESIDENZA DELLA REPUBBLICA** in persona del Presidente l.r.p.t.
- **PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI** in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri l.r.p.t.
- **MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE** in persona del Ministro l.r.p.t.

e nei confronti di

- **AUDITEL SRL**, in persona del l.r.p.t.
- **TELENORBA SPA** (C.F. 00825610728) in persona del l.r.p.t.
- **VIDEOLINA SPA** (C.F. 00442500922) in persona del l.r.p.t.

E per quanto di interesse

- **AGCOM - AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI** (C.F. 95011660636) in persona del legale rap.te p.t.

per l'annullamento previa concessione di più idonea misura cautelare

del Decreto Direttoriale AOO COM Registro Ufficiale Int. del Decreto Direttoriale AOOCOM. Registro Ufficiale I. 0246641 del 22.12.2023 con il quale il Ministero delle Imprese e del Made in Italy ha approvato la graduatoria definitiva delle domande ammesse al contributo per l'anno 2023 delle emittenti televisive a carattere commerciale e l'elenco degli importi dei contributi spettanti ai relativi soggetti beneficiari, ai sensi dei commi 3 e 4 dell'art. 5 del DPR 23.10.2017 n. 146 come riportati negli allegati A e B; gli allegati al Decreto Direttoriale A (graduatoria definitiva) e B

(importi spettanti) fascia a) e b), la graduatoria provvisoria Decreto Direttoriale prot. n. 194453 del 6 ottobre 2023, la nota prot. n. 245934 del 21 dicembre 2023; gli atti istruttori relativi alle rilevazioni Auditel e rilevazioni stesse utilizzate per la formazione della graduatoria, come anche il DPR 146/2017 del 23.08.2017 e il DM edito in GU n. 239 del 10.11.2017 e ogni atto ulteriore, connesso, presupposto, antecedente e/o conseguente, anche ove non conosciuti.

/**/*/

L'odierna ricorrente svolge attività di fornitore di servizi media audiovisivi, editoriali, informativi, quale emittente locale anche tramite la testata televisiva TRSP e svolge la propria attività in Molise.

La ricorrente presentava rituale domanda per l'ammissione ai contributi per l'anno 2023 delle emittenti televisive a carattere commerciale ai sensi dei commi 3 e 4 dell'art. 5 del DPR 23.10.2017 n. 146 posizionandosi al numero 110 della graduatoria definitiva.

/**/*/

Il mondo della telediffusione locale è costituito da micro-imprese che svolgono un'attività economica di precipua rilevanza costituzionale ex art. 21 della Costituzione.

Questo è stato destinatario di misure di sostegno normate con la legge 448/1998 e da successivi regolamenti di attuazione per l'attribuzione ed erogazione di fondi.

Il perno strutturale del sistema è sempre stato: la località - rapporto tra utenza/territorio e informazione/cultura/intrattenimento, sia come produzione che come platea di fruizione la ripartizione su base strettamente regionale dei fondi tra le imprese beneficiarie.

Basterà qui richiamare il decreto MISE 06.08.2015 che regola in modo chiaro (art. 1, 3) la "località" specifica dell'impresa e le limitazioni alle sue capacità espansiva condizionata solo da incrementi di fatturato e dipendenti.

Il sistema, stante la potestà concorrente delle Regioni ex art. 117 Cost., fu via via integrato da leggi Regionali di sostegno. Non tutte le Regioni, né in modo uniforme, hanno però legiferato sul punto.

Il legislatore nazionale ritenne di dover migliorare il sistema sopra delineato proprio in ossequio alla sua valenza costituzionale.

A tal fine intervenne con la legge 208/2015 (legge di stabilità per il 2016) inserendo all'art. 1 i seguenti commi: “160. Per gli anni dal 2016 al 2018, le eventuali maggiori entrate ...”; “... sono riversate ... per essere destinate ...,” “b) al finanziamento, fino ad un importo massimo di 50 milioni di euro in ragione d'anno, di un Fondo per il pluralismo e l'innovazione dell'informazione, da istituire nello stato di previsione del Ministero dello sviluppo economico ...”.

Nel Fondo di cui al comma 160, lettera b), confluiscono altresì le risorse iscritte nello stato di previsione del Ministero dello Sviluppo Economico relative ai contributi in favore delle emittenti radiofoniche e televisive in ambito locale. 163. Con regolamento da adottare ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono stabiliti i criteri di riparto tra i soggetti beneficiari e le procedure di erogazione delle risorse del Fondo di cui alla lettera b) del comma 160, da assegnare in favore delle emittenti radiofoniche e televisive locali per la realizzazione di obiettivi di pubblico interesse, quali la promozione del pluralismo dell'informazione, il sostegno dell'occupazione nel settore, il miglioramento dei livelli qualitativi dei contenuti forniti e l'incentivazione dell'uso di tecnologie innovative. 164. Con effetto a decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 163, sono abrogate le disposizioni vigenti relative alle provvidenze in favore delle emittenti radiofoniche e televisive operanti in ambito locale...”. Il disegno di riorganizzazione finanziaria del fondo fu realizzato con Lg. 198 del 26.10.2016 istitutiva del Fondo per il pluralismo e l'innovazione dell'informazione e la precedente provvista MISE, specifica per le emittenti in ambito locale (cfr. comma 162), conflui nel più ampio contenitore del “fondo per il pluralismo e l'innovazione” (cfr. comma 160, b) ed art. 1, 2 lett. b) lg 198/2016.

Ai nostri fini rileva direttamente solo la costituzione del Fondo unico ed il suo *plafond*, siccome la lg 198/2016 null'altro ha statuito per il settore radio televisivo locale.

Il DPR di cui al comma 163 è stato emanato il 23.08.2017 con il n. 146 e intitolato: *“Regolamento concernente i criteri di riparto tra i soggetti beneficiari e le procedure di erogazione delle risorse del Fondo per il pluralismo e l'innovazione dell'informazione in favore delle emittenti televisive e radiofoniche locali”* pubblicato il 12.10.2017 in GU n. 239.

In particolare l'art. 6 al comma 2 prevede: *“2. Nell'ambito dell'istruttoria per la predisposizione delle graduatorie di cui all'articolo 5, nella parte relativa alle emittenti televisive commerciali, sulla base del punteggio totale che ciascuna emittente consegue dalla somma dei punteggi relativi alle aree indicate nella tabella 1 e dalle maggiorazioni di punteggio di cui ai commi 3 e 4 del presente articolo, il Ministero forma una graduatoria. Alle prime cento emittenti è destinato il 95 per cento delle risorse disponibili. Alle emittenti che si collocano dal centunesimo posto in poi è destinato il 5 per cento delle medesime risorse. Per queste ultime, si procede al riparto delle somme secondo il punteggio individuale conseguito per ciascuna delle tre aree indicate nella tabella 1, fermo restando che l'emittente collocatasi al centunesimo posto non può ottenere un contributo complessivo di importo più elevato di quella che si colloca al centesimo. Eventuali residui sono riassegnati alle prime cento emittenti in graduatoria, in misura proporzionale ai punteggi individuali relativamente alle tre aree indicate nella tabella 1”*.

Successivamente con Decreto MISE del 20.10.17 pubblicato in G.U. n. 263 del 10.11.2017 furono emanate le norme attuative che, tramite la relativa modulistica allegata, rendevano concretamente possibile l'attuazione del dettato normativo determinando i requisiti di accesso ai benefici e la graduazione di una graduatoria nazionale tramite l'attribuzione di un punteggio in relazione ai requisiti in possesso del singolo partecipante.

La legge di Bilancio 2018 ovvero la L. n. 205 del 27.12.2017 *“Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020”* al comma 1034 nonché l'art. 4-bis comma 1 del decreto legge 91 del 25.07.2018 convertito dalla Lg n. 108 del 21.09.2018 ha recepito i criteri sanciti dal DPR 146/2017 - Regolamento. Da ultimo la legge 15/12/23, n. 191 di conversione del d.l. 18 ottobre 2023, n. 145 che ha inserito l'art. 13, comma 1-bis nel quale si legge: con cui viene introdotto l'art. 13 comma 1 bis per il quale: *“Per lo stesso fine, l'articolo 4-bis del decreto-legge 25 luglio 2018, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 settembre 2018, n. 108, nella parte in cui riporta*

integralmente il decreto del Presidente della Repubblica 23 agosto 2017, n. 146, si interpreta nel senso che il rinvio operato alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 23 agosto 2017, n. 146, ha inteso attribuire valore di legge a tutte le disposizioni ivi contenute a decorrere dalla sua entrata in vigore”; legge approvata con il voto di fiducia.

Dall'entrata in vigore del DPR 146/2017 specialmente con precipuo riguardo alla previsione dell'art. 6 comma 2 la questione dei contributi alle emittenti televisive locali negli ultimi anni ha tenuto “banco” nelle aule della Giustizia Amministrativa come anche nelle camere istituzionali, politiche interessando anche le Autorità di controllo come l'AGCOM.

Si è da subito a gran voce eccepita l'incostituzionalità e l'illegittimità dell'introdotta “scalino” - ovvero la ripartizione del 95% dei contributi ai primi 100 in graduatoria e del restante 5% agli altri come anche della regionalità/località.

La norma impone, infatti, a tutti i soggetti richiedenti gli stessi requisiti di partecipazione, tutti devono avere infatti: almeno 8 dipendenti (di cui 2 giornalisti), 11 dipendenti (di cui 3 giornalisti) oppure 14 dipendenti (di cui 4 giornalisti), in funzione della popolazione della regione di appartenenza.

Come anche sono richieste per tutti: non più del 20% di televendite al giorno, due edizioni di telegiornale al giorno, rispetto di tre codici di autoregolamentazione, sui Minori, ecc.. Nulla, quindi, giustifica la differente percentuale nell'erogazione del contributo che crea quindi una stortura ingiustificata e rilevante ai sensi degli artt. 4 e 5 della costituzione.

Le misure di sostegno avvantaggiano l'evoluzione delle prime 100 a svantaggio della crescita delle altre posizionate in graduatoria oltre i primi 100, tra cui la ricorrente, che impoverendosi non potranno più reggere la concorrenza schiacciate dal peso di chi ha ottenuto ingiustamente maggior sostegno.

Sul punto, con protocollo n. 0040015 del 20.05.20, si è espressa la stessa Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato segnalando le problematiche di carattere concorrenziale emerse dall'applicazione del DPR 146 al: Presidente del Senato della Repubblica; Presidente della Camera dei Deputati; Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministero dello Sviluppo Economico.

La segnalazione non ha ottenuto significativi riscontri da parte dei competenti organi. Si è quindi richiesto l'intervento della Giustizia Amministrativa.

La normativa e le graduatorie emanate, infatti, sono state oggetto sin dal 2017 di molteplici ricorsi, di cui il capofila promosso da questi difensori avanti all'Ill.mo Tribunale adito con il numero di RG 6605/2018 definito in modo sfavorevole alla ricorrente con la sentenza 2814/2020.

Il ricorso era fondato su due motivi.

Si eccepiva sinteticamente: *“1) l'incostituzionalità dell'art.1 c. 163 lg. 208/15 in relazione all'art. 15, 2 c. L. Cost. 243/12 e all'art. 76 Cost. per eccesso di delega. Nonché l'incostituzionalità del DPR 146/17 per violazione degli artt. 5 e 21 Cost. e subordinatamente sussumibile in vizio di contraddittorietà e di ragionevolezza. Illegittimità per violazione dell'art. 101, 102 e 106 TFUE e dell'art. 107 e 117 TFUE e della lg 78/99; violazione dell'art. 1 comma 163 della lg 208/15, abuso di potere per difetto di istruttoria, contraddittorietà con i principi della delega, violazione dell'art. 11 preleggi del cc”*.

La battaglia giudiziaria ha però avuto in via definitiva esito favorevole all'allora ricorrente con la pronuncia n. 7880 del 2022 emessa dall'Ecc.mo Consiglio di Stato sezione seste nel ricorso RG 10119 del 2020 che così decideva: *“26. Alla luce delle considerazioni svolte, deve riscontrarsi, in parte qua l'illegittimità del regolamento impugnato, relativamente alla previsione, recatane all'art. 6, comma 2, DPR n. 146/2017, secondo cui “Alle prime cento emittenti è destinato il 95 per cento delle risorse disponibili. Alle emittenti che si collocano dal centunesimo posto in poi è destinato il 5 per cento delle medesime risorse. Per queste ultime si procede al riparto delle somme secondo il punteggio individuale conseguito per ciascuna delle tre aree indicate nella tabella 1, fermo restando che l'emittente collocatasi al centunesimo posto non può ottenere un contributo complessivo di importo più elevato di quella che si colloca al centesimo. Eventuali residui sono riassegnati alle prime cento emittenti in graduatoria, in misura proporzionale ai punteggi individuali relativamente alle tre aree indicate nella tabella”. Tali disposizioni devono, dunque, essere annullate. Per l'effetto, in quanto inficiati da vizi di legittimità derivata, devono essere annullati anche i dipendenti atti amministrativi, impugnati in prime cure, relativi alle procedure concessorie svolte per le annualità 2016 e 2017, nella parte in cui hanno dato attuazione all'art. 6, comma 2, cit. e, dunque, hanno liquidato il contributo dovuto a ciascun operatore sulla base del previo riparto dello stanziamento annuale tra quota (95%) spettante ai primi cento classificati e quota (5%) destinata ai concorrenti collocati a partire dalla centunesima posizione a seguire. In attuazione del presente giudicato, rimane ferma la possibilità per l'Amministrazione: - di rideterminare, in favore dei concorrenti già graduati, i contributi dovuti per gli anni 2016 e 2017 rilevanti nell'odierno giudizio, destinando il 100% dello stanziamento annuale a tutti i graduati, liquidando il contributo a ciascuno di essi*

spettante in proporzione del rispettivo punteggio per come riportato nella graduatoria approvata (senza, pertanto, l'applicazione dello scalino preferenziale annullato con la presente pronuncia e tenendo conto, invece, dei punteggi assegnati in sede amministrativa, in applicazione di criteri selettivi ritenuti legittimi dal Collegio), nonché regolando, all'esito (anche attraverso la compensazione delle rispettive posizioni creditorie), i rapporti obbligatori nelle more instaurati con le parti private sulla base della disciplina in parte qua annullata; - in alternativa, stante l'inesauribilità del potere normativo, di procedere al suo riesercizio nell'osservanza dei criteri conformativi discendenti dalla presente sentenza (funzionali a garantire il pluralismo informativo in ogni ambito regionale e ad evitare distorsioni concorrenziali), provvedendo, all'esito e sulla base della disciplina per come eventualmente riformulata, ad una rideterminazione dei contributi dovuti per gli anni 2016 e 2017 ai con correnti classificati, con successiva regolazione (anche attraverso la compensazione delle rispettive posizioni creditorie) dei rapporti obbligatori nelle more instaurati con le parti private sulla base della disciplina in parte qua annullata”.

A fronte della sopraindicata pronuncia del CDS e in ottemperanza della stessa, il MISE con Decreto Direttoriale del 22.09.22 ha ridistribuito le somme senza il cd “scalino”.

La sentenza de quo aveva per oggetto esclusivamente le annualità 2016 e 2017, mentre per le altre annualità fino al 2023, l'Amministrazione ha continuato ad emanare graduatorie utilizzando il criterio del cd “scalino” fuggendo le indicazioni espresse dal Supremo Consesso.

Questo ha prodotto una “bulimia” di ricorsi che, sulla scia della statuizione Consiglio di Stato - sesta sezione - n. 7880 del 9.09.22, hanno trovato esito favorevole ai ricorrenti; da ultimo con le sentenze TAR: 10844-10845-10846-10847-10848-10849 tutte del 2023 relative alle annualità contributiva 2023.

Le pronunce citate sono state tutte oggetto di gravami promossi dall'Amministrazione e da alcune emittenti classificate nelle prime 100 posizioni.

A meno di un mese dalla discussione del merito dei giudizi di secondo grado, il legislatore è intervenuto, ci sia consentito di dire ancora una volta prepotentemente, sulla “questione contributi” con la legge di conversione del D.L. n. 145/23 l. n. 191/23 entrata in vigore il 17.12.23 con cui viene introdotto l'art. 13 comma 1 bis, di cui diremo specificatamente al motivo 1a).

Il Consiglio di Stato, con una dotta ed articolata pronuncia del 06.02.24, ha rilevato nella complessa normativa la non manifesta infondatezza delle eccezioni di

incostituzionalità sollevate dai ricorrenti, sospendendo i giudizi di appello, ai sensi dell'art. 23 della l. 11/03/1953 n. 87, e rimettendo alla Corte Costituzionale le questioni: “...degli articoli 4-bis del decreto legge 25/07/18, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 21/09/18, n. 108, e 13, comma 1-bis, del decreto legge 18/10/23, n. 145, come convertito con modificazioni dalla legge 15 /12/23, n. 191, nei sensi di cui in motivazione, in relazione agli artt. 3, 24, 77, 103, 111, commi 1 e 2, Cost., 113, e 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché, in subordine, rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale delle medesime disposizioni per violazione degli artt. 2, 3, 21, 41, Cost., e dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione agli artt. 10 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo”.

/**/*/

Nell'emanare la graduatoria definitiva delle domande ammesse al contributo per l'anno 2023 delle emittenti televisive a carattere commerciale, l'Amministrazione è incorsa - ancora una volta - nel vizio originario.

Ha, infatti, applicato il cd “scalino” sul presupposto: prima che sia intervenuta la legificazione delle disposizioni regolamentari recate nel DPR n. 146/2017, per effetto dell'art. 4 bis D.L. n. 91 del 2018 conv. con L. n. 108/18 e, ancor prima, dell'art. 1, comma 1034, Legge n. 205 del 2017 come interpretata successivamente con la legge 191 del 15.12.23.

Alla luce delle premesse in fatto, della pendenza dei giudizi di appello e ancor più in attesa del pronunciamento della Corte Costituzionale, i Ricorrenti sono costretti a riproporre in questa sede le già sollevate questioni di costituzionalità e di legittimità anche con riferimento alla graduatoria oggetto dell'odierna impugnazione e agli atti meglio specificati in epigrafe.

In tale sede potranno essere riesaminati dunque anche tutti i profili giustiziati dal Consiglio di Stato, siccome la graduatoria oggi impugnata è viziata dagli stessi vizi del *ductus* normativo regolamentare che di seguito si enunciano ed eccepiscono.

MOTIVI

1) Dei limiti di efficacia della presunta intervenuta legificazione o incostituzionalità del D.L. n. 91/2018. Violazione del giusto procedimento. Difetto di istruttoria vizio di motivazione; eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche.

Ci scusiamo con il Collegio ma al fine di comprendere le doglianze mosse con il presente ricorso sarà necessario richiamare più volte l'*arrêté* del Consiglio di Stato 7880/22 come anche espressamente condiviso nell'Ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale 1212/2024. Nel lungo argomentare in punto di efficacia e limiti dell'intervenuta legificazione, l'Ecc.mo Consesso (pagg. da 18/25 della sentenza 7880 del 9.9.22) si è particolarmente occupato della retroattività o meno della L. n. 108/18 giungendo coerentemente ad una dichiarazione di irretroattività secondo un principio generale dell'ordinamento, nonché secondo un'interpretazione coerente del fenomeno stesso. Concludendo però a pag. 22: *“nel caso di approvazione con legge di un atto amministrativo lesivo dei propri interessi, i diritti di difesa del soggetto leso non vengono ablati, ma si trasferiscono dalla giurisdizione amministrativa alla giustizia costituzionale”* (Consiglio di Stato, sez. IV, 9 marzo 2012, n. 1349).

Tuttavia è proprio sempre in virtù delle argomentazioni contenute nella sentenza citata a pag. 23 dove si legge: *“In tale caso, in assenza di elementi testuali contrari, pur sempre necessari (come osservato) per qualificare un rinvio in termini recettizi, il mero rinvio ai criteri stabiliti dal DPR n. 146/2017 non sembra denotare una univoca volontà del legislatore di incorporare la norma secondaria, esaurendosi in un mero rinvio alla fonte competente a regolare una determinata materia (quella dei criteri e le procedure per l'erogazione delle pubbliche contribuzioni alle emittenti televisive e radiofoniche locali), di cui non sono stati mutati la forza e il valore”*. L'Ecc.mo Collegio non può non sottolineare alla successiva pag. 79 poi come: *“- in alternativa, stante l'inesauribilità del potere normativo, di procedere al suo riesercizio nell'osservanza dei criteri conformativi discendenti dalla presente sentenza (funzionali a garantire il pluralismo informativo in ogni ambito regionale e ad evitare distorsioni concorrenziali), provvedendo, all'esito e sulla base della disciplina per come eventualmente riformulata, ad una rideterminazione dei contributi dovuti per gli anni 2016 e 2017 ai concorrenti classificati, con successiva regolazione (anche attraverso la compensazione delle rispettive posizioni creditorie) dei rapporti obbligatori nelle more instaurati con le parti private sulla base della disciplina in parte qua annullata”*. In presenza di un evidente danno determinato dalla esclusione/limitazione del beneficio la questione - ove non risolvibile in sede Amministrativa con l'applicazione delle indicazioni offerte dal CDS per rendere conforme a legittimità i criteri di distribuzione del fondo, eliminando lo scalino - si dovrà risolvere, per l'appunto avanti alla Corte Costituzionale!

1a) Dei limiti di efficacia della presunta intervenuta legificazione o incostituzionalità del D.L. n. 91/2018 e della L. di conversione 108/2018 nonché della legge 191 del 15.12.2023. Violazione del giusto procedimento. Difetto di istruttoria vizio di motivazione; eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche.

Come noto al Collegio, in data 17.12.23 è entrata in vigore la L. 191/23 di conversione del D.L. n° 145/23 con cui viene introdotto l'art. 13 comma 1 bis per il quale: *“Per lo stesso fine, l'articolo 4-bis del decreto-legge 25 luglio 2018, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 settembre 2018, n. 108, nella parte in cui riporta integralmente il decreto del Presidente della Repubblica 23 agosto 2017, n. 146, si interpreta nel senso che il rinvio operato alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 23 agosto 2017, n. 146, ha inteso attribuire valore di legge a tutte le disposizioni ivi contenute a decorrere dalla sua entrata in vigore”*; legge approvata con il voto di fiducia.

Il comma de quo è stato introdotto solo in sede di conversione in recepimento dell'emendamento n. 13.300 (presentato a firma degli On. Romeo, Gasparri, Patuanelli, ed altri) e non era dunque presente nel D.L. convertito.

Prima di affrontarne il merito, si evidenzia che in sede di discussione in aula al Senato della Repubblica - come emerge dal resoconto stenografico della seduta n° 134 del 07.12.23, pag. 38 del pdf - l'On. Albano, sottosegretario di Stato per l'economia e finanze, così è intervenuto: *“Per quanto riguarda l'emendamento 13.300, il Governo deve evidenziare che la proposta presenta profili di criticità, in quanto inciderebbe su contenziosi in atto ed è suscettibile di generarne ulteriori, atteso che attiene ad annualità di fondi già ripartiti. Pertanto, su questo emendamento il Governo si rimette all'Assemblea”*.

La V Commissione permanente del Senato espresse “parere di semplice contrarietà” al detto emendamento, per i motivi sopra riportati.

Al di là di quanto già dedotto in merito all'applicabilità comunque al solo 2019 del regime transitorio e dell'efficacia *erga omnes* delle precedenti sentenze, si solleva qui espressamente la questione dell'illegittimità costituzionale del comma 1 bis dell'art. 13 L. 191/23 affinché venga da codesto Ill.mo Collegio sollevata in via incidentale avanti la Corte Costituzionale, anche alla luce di quanto già deciso dal Consiglio di Stato con l'ordinanza 1212/24.

Come noto, *nulla quaestio* sulla facoltà del legislatore di emanare norme interpretative o comunque leggi retroattive di interpretazione autentica.

Ma se ciò è valido in linea di principio, nel corso degli anni e nell'ottica della legittimità dell'intervento normativo, sono stati posti dalla Corte Costituzionale, dalla Corte di Cassazione e dalla Corte EDU alcuni "paletti" e limitazioni alle norme interpretative, relativamente agli artt. 117, 111, 3, 24, 102, 97 Cost. in relazione all'art. 6 CEDU.

Il principale è il divieto di ingerenza da parte del potere legislativo nei giudizi in corso al fine di indirizzarne l'esito, per i principi della preminenza del diritto e la nozione di equo processo sanciti dall'art. 6 CEDU (Corte Cost. nn. 257/11 e 15/12: *"La regola di diritto, affermata anche di recente con sentenza della seconda sezione in data 7 giugno 2011, in causa Agrati ed altri c/ Italia, è che «Se, in linea di principio, il legislatore può regolamentare in materia civile, mediante nuove disposizioni retroattive, i diritti derivanti da leggi già vigenti, il principio della preminenza del diritto e la nozione di equo processo sancito dall'articolo 6 ostano, salvo che per ragioni imperative d'interesse generale, all'ingerenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influenzare la risoluzione di una controversia. L'esigenza della parità delle armi comporta l'obbligo di offrire ad ogni parte una ragionevole possibilità di presentare il suo caso, in condizioni che non comportino un sostanziale svantaggio rispetto alla controparte»*).

Andando con ordine, la Corte di Strasburgo nelle pronunce relative all'art. 6 CEDU - operando una sorte di automatismo di illegittimità dell'intervento normativo in corso di causa - evidenzia che vi sia il veto al legislatore di interferire nell'amministrazione della giustizia per evitare ogni influenza sulla soluzione giudiziaria di una controversia in cui sia parte lo Stato, salvo che per imperative ragioni di interesse generale.

L'esame della giurisprudenza della Corte di Strasburgo evidenzia infatti che *"nella quasi totalità dei casi in cui è stata affermata la violazione dei diritti sanciti dall'art. 6 paragrafo 1 CEDU, ciò è avvenuto perché si trattava di interventi dello Stato diretti a garantirsi, in modo decisivo, l'esito favorevole di processi nei quali era parte"* (Corte Cost. n. 303/11).

È pacifico che lo Stato sia parte nel presente giudizio, ma lo Stato non può recitare "due parti in commedia", violando il principio costituzionale della parità delle parti

immettendo nell'ordinamento “una fattispecie di *ius singolare* che determina lo sbilanciamento fra le due posizioni in gioco” (Corte Cost. nn. 191/14; conf. 186/13).

Ciò perché “non può essere consentito di risolvere con la forma della legge specifiche controversie ... violando i principi relativi ai rapporti tra potere politico e potere giurisdizionale e concernenti la tutela dei diritti” (Corte Cost. n. 94/09; conf. nn. 83/13 e 374/00).

Per quanto verrà dedotto più oltre rilevante è anche che “7. Tra gli elementi sintomatici di un uso distorto della funzione legislativa, questa Corte, in armonia con le enunciazioni di principio della Corte EDU, ha conferito rilievo al metodo e alla tempistica dell'intervento legislativo, che vede lo Stato o l'amministrazione pubblica parti di un processo già radicato e si colloca a notevole distanza dall'entrata in vigore delle disposizioni oggetto di interpretazione autentica (sentenza n. 12 del 2018, punto 3.2. del Considerato in diritto)” (Corte Cost. n° 174/19).

In ogni caso, la retroattività di una norma (come nella fattispecie, seppur interpretativa) reca un *vulnus* alle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario “nel caso in cui la disposizione non stabilisce una regola astratta, ma mira a risolvere specifiche controversie (*ex plurimis*, sentenza n. 94 del 2009), risultando diretta ad incidere sui giudizi in corso, per determinarne gli esiti (sentenza n. 170 del 2008)” (Corte Cost. n. 93/11).

La Corte Costituzionale dal canto suo ha più volte affermato la corrispondenza tra i principi costituzionali interni e i principi contenuti nella CEDU (*ex multis* sent. n. 191/14) e l'avvicinamento evolutivo della giurisprudenza della Corte italiana a quella di Strasburgo ha avuto un notevole impulso con le sentenze nn° 103/13, 12/18 e 174/19.

In esse vengono scolpite le figure sintomatiche rivelatrici dell'abuso e la Corte individua due divieti all'*agere* del legislatore: l'impossibilità di risolvere per legge specifiche controversie e il divieto di immettere nell'ordinamento una fattispecie di *ius singulare* che violi la parità delle parti in causa (da intendersi quale fattispecie modificata in corso d'opera con una legge che intervenga in un processo già in corso e quindi a regolare una situazione con un destinatario certo e non generico).

Così operando in violazione dei principi di preminenza del diritto e del diritto ad un giusto processo di cui agli artt. 6 CEDU e 111 Cost.: “se non vi sono motivi imperativi di interesse generale, i principi di preminenza del diritto e la nozione di

giusto processo precludono l'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, quando il fine evidente è quello di influenzare la soluzione di una controversia. La "parità delle armi" impone di assicurare a ogni parte la possibilità di presentare la propria causa senza trovarsi in una situazione di svantaggio rispetto alla controparte (Corte EDU, sent. 9/12/1994, *Raffineries grecques Stran e Stratis Andreadis contro Grecia*, §46)" (Corte Cost. n. 174/19).

L'intervento del legislatore era infatti da considerarsi imprevedibile, tanto più alla luce delle note sentenze nn. 7880, 7878 e 7881/22, che con efficacia erga omnes avevano espunto dal sistema il famigerato "scalino" e avevano già interpretato la norma; certamente non era prevedibile al momento della proposizione della azione giudiziaria, considerando anche il notevole lasso di tempo trascorso dall'emanazione delle norme impugnate.

Perché in tale ottica, non è secondario rilevare come l'intervento normativo vi sia stato ben oltre 6 anni dopo il DPR 146/17 e ben oltre 5 anni dopo la L. 108/18 e - non casualmente - solo dopo le pronunce di questo Consiglio di Stato nn. 7880, 7878 e 7881/22 sfavorevoli alle Amministrazioni statali coinvolte.

Nella fattispecie, poi, non si rinviene alcuno dei requisiti stabiliti dalla Corte Costituzionale per cui si possano individuare i richiesti "motivi imperativi di interesse generale" che "ragionevolmente" giustificano l'esegesi normativa ai sensi della giurisprudenza CEDU (v. sent. CEDU n. 264/12 e Corte Cost. n. 156/14).

Qui la retroattività "non trova giustificazione nella tutela di principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti "motivi imperativi di interesse generale" ai sensi della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Una tale finalità della disposizione censurata non emerge né dai lavori parlamentari né dal suo intrinseco contenuto normativo. Tale contenuto viene ad incidere su rapporti ancora in corso..." (Corte Cost. n° 103/13).

E certamente l'intervento non era giustificato rispetto allo scopo, se non dalla sola e unica circostanza di indirizzare l'esito del presente giudizio.

Il Governo era ben conscio di quanto sopra, considerato il tenore letterale dell'intervento del Sottosegretario in sede di relazione ed il parere contrario espresso; altra circostanza rilevante come sottolineato dalla Corte Costituzionale *“Dal dibattito consiliare emerge la consapevolezza del contenzioso pendente, occasione immediata e, al tempo stesso, esclusiva giustificazione dell'intervento retroattivo del legislatore regionale”* sent. n° 174/19 punto 7.2). E ancora.

Stante l'esito dei precedenti giudizi (v. sent. nn° 7880, 7878 e 7881/22) e quindi di un consolidato orientamento giurisprudenziale contrario al suo tenore, l'adozione della norma non è valsa a risolvere una situazione di incertezza sull'applicazione della disposizione interpretata, violando così gli artt. 3, 24 I c. e 102 Cost.

Nel caso che occupa, non vi era infine alcuna esigenza di tutela finanziaria del bilancio statale, posto che la somma oggetto di ripartizione tra le società resta comunque immutata.

La stessa Corte di Cassazione ha ribadito i medesimi principi (v. ad esempio sentenza SS.UU. n. 25506/06) statuendo che *“Nel caso di specie, poi, non è facile distinguere l'Amministrazione finanziaria, parte in causa, dal legislatore, posto che la norma interpretativa è stata approvata con decreto-legge del Governo, convertito in una legge, la cui approvazione è stata condizionata dal voto di fiducia al Governo. Tanto che se fosse stato diverso l'orientamento del Collegio (rispetto alla scelta legislativa), non ci si sarebbe potuto esimere dal valutare la compatibilità della procedura di approvazione dell'art. 36, comma 2, del D.L. n. 223/2006, con il parametro costituzionale di cui all'art. 111 della Costituzione, che presuppone una posizione di parità delle parti nel processo, posto che, nella specie, l'Amministrazione finanziaria ha avuto il privilegio di rivestire il doppio ruolo di parte in causa e di legislatore e che, in questa seconda veste, nel corso del giudizio ha dettato al giudice quale dovesse essere, pro domo sua, la corretta interpretazione della norma sub iudice. L'intervento è apparso inopportuno anche perché la Pubblica amministrazione, anche quando è parte in causa, ha sempre l'obbligo di essere e di apparire imparziale, in forza dell'art. 97 della Costituzione”*.

Nella fattispecie dunque lo Stato italiano è intervenuto con una norma ad hoc al fine di assicurarsi un esito favorevole nel presente giudizio di cui è parte: questa arbitraria interferenza su un processo in corso radica un abuso processuale in violazione dell'art. 6 CEDU e 111 Cost. (l'emanazione di una norma diretta ad incidere sui giudizi in corso per determinarne l'esito è stata più volte dichiarata illegittima, v. Corte Cost. nn. 15/95, 397/94, 155/90).

Si rinvencono allora tutte le caratteristiche di un intervento illegittimo per come delineate dalla Giurisprudenza CEDU e dalla Corte italiana: il metodo e la tempistica; l'essere lo Stato parte del giudizio; il dibattito precedente all'emanazione della norma; l'imprevedibilità dell'evento; l'adozione della norma in concomitanza di un determinato andamento della lite; il dato temporale; l'assenza di motivi imperativi di interesse generale a fronte invece di una platea circoscritta e agevolmente individuabile di destinatari specifici (i ricorrenti e le "società TV").

Per i motivi sopra dedotti, e stante la rilevanza della vicenda anche alla luce delle difese di controparte, si solleva qui espressamente la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 comma 1 bis L. 191/23 di conversione del D.L. n° 145/23.

Il Consiglio di Stato con Ordinanza n. 1212/2024 di rimessione alla Corte Costituzionale ha ritenuto di condividere le doglianze dei ricorrenti e che oggi si ripropongono sottoponendo alla Corte Costituzionale le questioni di legittimità costituzionale: *"...degli articoli 4-bis del decreto legge 25 luglio 2018, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 settembre 2018, n. 108, e 13, comma 1-bis, del decreto legge 18 ottobre 2023, n. 145, come convertito con modificazioni dalla legge 15 dicembre 2023, n. 191, nei sensi di cui in motivazione, in relazione agli artt. 3, 24, 77, 103, 111, commi 1 e 2, Cost., 113, e 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché, in subordine, rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale delle medesime disposizioni per violazione degli artt. 2, 3, 21, 41, Cost., e dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione agli artt. 10 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo"*.

1b) Incostituzionalità dell'art. 1 comma 163 lg 208/2015; La legge di Bilancio 2018 ovvero la l. 27.12.2017 n. 205; decreto legge 91 del 2018 convertito dalla legge 21.09.2018 n. 108 in relazione all'art. 15, 2 comma della lg Costituzionale n. 243/2012 ed all'art. 76 Cost. per eccesso di delega.

La Legge Costituzionale 243/12 in vigore dal 30.01.13 vieta che nella legge di bilancio, comunque chiamata, siano previste norme di delega di carattere ordinamentale o organizzatorio, o interventi di natura localistica o microsettoriali (art. 15, 2 comma). La ratio della norma è intuibilmente la "certezza dei conti pubblici" in relazione sia al quantum delle somme stanziare, sia di conformità socio economica agli scopi che lo stanziamento intendeva perseguire. In breve si vuole

evitare che tramite la delega si aggirino le determinazioni del disegno collettivo di bilancio.

Appare inoltre violato il dettato degli artt. 76 e 77 Cost., che definiscono i confini tra il potere legislativo e quello esecutivo.

Al di là dell'ipotesi di decreto legge ex art. 77, 2 comma Cost., la funzione legislativa non può essere esercitata dal Governo se non nei ristretti limiti tracciati dagli artt. 77, 1 e 76 Cost.; necessità di legge delegante; fissazione necessaria da parte della norma delegante di “principi e criteri direttivi”, di oggetti definiti e limitazione temporale della delega.

Quanto alla forma, il Governo deve attenersi o alla legge delegata o a decreti che “abbiano valore di legge ordinaria”. Quel che sia la forma stante la inscindibile connessione tra “fase delegante e fase delegata”, anche nell'ipotesi ex art. 77, 1 comma il vizio della fase di delega, violazione dell'art. 76 Cost.; che l'eccesso di delega, vizio della norma delegata producono l'incostituzionalità della normazione.

Risalenti i principi esposti a sent. 3/57; e non colpiti dalla successiva normazione.

Quanto qui eccepito andrà però saggiato alla luce dell'art. 17, 2 comma lg 400/88 come novellata.

Questo il dettato dell'art. 1, comma 163 della lg 208/2015: “Con regolamento da adottare ai sensi dell'art. 17, comma 2, della L. 23/08/1988, n. 400, e successive modificazioni, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono stabiliti i criteri di riparto tra i soggetti beneficiari e le procedure di erogazione delle risorse del Fondo di cui alla lettera b) del comma 160, da assegnare in favore delle emittenti radiofoniche e televisive locali per la realizzazione di obiettivi di pubblico interesse, quali la promozione del pluralismo dell'informazione, il sostegno dell'occupazione nel settore, il miglioramento dei livelli qualitativi dei contenuti forniti e l'incentivazione dell'uso di tecnologie innovative”.

Non pare che il sintagma (art. 1, comma 160 lett. b) “Fondo per il pluralismo e l’innovazione dell’informazione” sia sufficientemente specifico; stante la destinazione del fondo a sostenere vari e diversi comparti.

Tanto ciò è vero che è il comma 163 a prevedere nello specifico che con il successivo DPR: “sono stabiliti i criteri di riparto tra i soggetti beneficiari e le procedure di erogazione ... da assegnare in favore delle emittenze ... televisive locali”; ad identificare gli obiettivi di pubblico interesse, “quali la promozione del pluralismo dell’informazione, il sostegno dell’occupazione nel settore, il miglioramento dei livelli qualitativi... e l’incentivazione dell’uso di tecnologie innovative”.

È di tutta evidenza che il comma 163, delega al DPR la determinazione dei criteri direttivi e non invece li determina come previsto dall’art. 76 Cost..

Quanto ai principi ed agli “oggetti definiti” il pronome “... quali ...” indica non solo la sciatteria del legislatore, ma piuttosto la genericità, dell’area del pubblico interesse, che può così realizzarsi in più modi: ad esempio per l’occupazione, l’abbattimento del cuneo fiscale, piuttosto che una quota di sovvenzione, o la riduzione dell’IVA.

Si converrà che dire a chi ne chiede, che Milano sta a Nord di Roma e assai diverso che indicargli l’autostrada o la via Cassia!

In breve non più che uno scopo generico; non è questo il requisito richiesto dalla norma costituzionale.

La domanda è: il DPR ex art. 17, 2 lg 400/88 è atto soggetto al divieto ex art. 15, 2 comma della L. 243/12 ed al dettato dell’art. 76 Cost.?

Senza voler entrare in complesse questioni certamente superiori alla capacità del sottoscritto difensore, la valenza ripristinatoria del valore non meramente regolamentare dei regolamenti generali indotta dalla novella lg 69/09, non pare dubitabile, alla luce della necessità del parere delle Commissioni parlamentari competenti.

Del pari è evidente che la *ratio* del divieto di delega ex L. 243/12 non cambia qual che sia lo strumento adottato nella legge di bilancio.

Il DPR diverrebbe una comoda via di alterazione del fondamentale equilibrio dei conti e delle scelte socio economiche sottese agli stanziamenti.

Vedremo come il caso che ne occupa ne sia palese conferma.

Tuttavia non può negarsi che il DPR ex art. 17, 2 L. 400/88 presenti due evidenti difformità testuali dall'art. 76 Cost.

La prima è la caducazione della temporalità della delega, la seconda la caducazione del requisito della specificità dell'oggetto.

La prima differenza non appare essenziale e trova la sua ragionevolezza nel predisporre uno strumento normativo "elastico" dal punto di vista temporale; sia per la complessità dell'oggetto da normare, che per la necessità di varare norme logicamente antecedenti (ex: la costituzione e la provvista del "Fondo").

Ma tutto questo non pone la "variante" in contrasto ontologico con l'art. 76 Cost., ma è il testo dell'art. 17, 2° L. 400/88 a definire la questione "... per le quali le leggi della Repubblica autorizzando l'esercizio della potestà regolamentare del Governo determinano le norme generali regolatrici delle materie e dispongono l'abrogazione delle norme vigenti ...".

Sempre le leggi della Repubblica determinano le norme regolatrici delle materie e determinano l'abrogazione nel caso che ne occupa, dunque il comma 163 è viziato di costituzionalità, perché non determina alcuna norma generale della materia. Tra legge delegata e decreto legge c'è dunque un *tertium jenus* ma sempre bisognevole di precisa perimetrazione, da cui omissione vizia la delega e la norma delegata e stante *l'eadem ratio* in tema di bilancio la legge non potrà delegare.

Le proposte eccezioni di costituzionalità come pure quella avanzata nel seguente secondo motivo; appaiono non manifestamente infondate. Del pari queste ove accolte sono in grado di risolvere la lite poiché viziano alla radice, in quanto relative agli atti presupposti.

1c) Incostituzionalità del DPR 146/2017 La legge di Bilancio 2018 ovvero la l. 27.12.2017 n. 205; decreto legge 91 del 2018 convertito dalla legge 21.09.2018 n. 108 per violazione degli

artt. 5 e 21 Cost. e subordinatamente sussumibile in vizio di contraddittorietà e di ragionevolezza. Illegittimità per violazione dell'art. 101, 102 e 106 TFUE e dell'art. 107 e 117 TFUE e della lg 78/1999; violazione dell'art. 1 comma 163 della lg 208/2015, abuso di potere per difetto di istruttoria, contraddittorietà con i principi della delega, violazione dell'art. 11 preleggi del cc.

§1. Ove pure si ritenesse il precedente motivo privo di pregio, valutando il DPR 146/17 e la legge 108/2018 costituzionalmente corretti; questo sarebbe comunque in sé viziato e comunque illegittimo per i vizi sintomatici sintetizzati in epigrafe.

Ritenuti ai fini del presente ricorso residuali altri profili di illegittimità, essenziali appaiono invece tre punti del dettato normativo.

- a) La previsione di una graduatoria nazionale.
- b) L'obbligo di contrarre con l'Auditel e la sua efficacia retroattività al DPR ed al DM Mise impugnati.
- c) Violazione delle regole di concorrenza, sotto vari profili.

§2. Quanto alla graduatoria nazionale.

Ad onta del requisito ex art. 3, lett. a) DPR 146/17 e del precedente sistema ex lg 448/98; l'art. 5, 3 dispone: “Conclusa l'istruttoria, il Ministero pubblica sul proprio sito web le 4 graduatorie nazionali provvisorie dei soggetti ammessi al contributo, distintamente per le emittenti televisive e per quelle radiofoniche a carattere commerciale nonché separatamente per le emittenti televisive e per le emittenti radiofoniche a carattere comunitario, e l'indicazione degli importi dei contributi spettanti”.

E l'art. 6, 2° recita: “il Ministero forma una graduatoria. Alle prime cento emittenti è destinato il 95 per cento delle risorse disponibili. Alle emittenti che si collocano dal centunesimo posto in poi è destinato il 5 per cento delle medesime risorse...”; “...Eventuali residui sono riassegnati alle prime cento emittenti in graduatoria...”.

Una graduatoria nazionale, salvo quanto si argomenterà nel prosieguo, si pone in palese contraddizione con gli artt. 5 e 21 Cost. e con il comma 163 che dichiara “obiettivo di pubblico interesse” il pluralismo specificando il favore per le emittenti “locali”.

Le norme citate astraggono invece da ogni riferimento alla “località” di produzione e fruizione, solo valorizzando la natura dell’autorizzazione (art. 31, 9).

Il requisito si palesa del tutto insufficiente in sé e non essendo più regolata alcuna ipotesi di soggetti operanti in più ambiti locali, di fatto o diritto (ex: rete, controllo, partecipazione societaria ex art. 2359 cc, usufrutto di azienda...) o di un unico soggetto titolare di più autorizzazioni locali.

Il modello normativo appare vocato alla condivisibile esigenza di superare la diffusa marginalità qualitativa ed economica di una pletera di impresa, ma sconta la formale e sostanziale “delocalizzazione” derivate dalla norma e dalle sue irragionevoli contraddizioni con il fine di pubblico interesse, che derivano dall’abnorme forbice del riparto tra i primi 100 ed il resto dell’emittenza (come a dire fatevi bastare la mancetta o rinunciate); la lotta tra poveri per la sopravvivenza è dichiarata; come pure dalla previsione dei requisiti occupazionali ex art. 4, 1 a). Illogicità manifesta e difetto di quell’istruttoria espressamente richiamata del CdS nei suoi pareri.

Il rapporto tra personale occupato e popolazione regionale, peraltro utenza meramente supposta, è articolato in fasce avulse da ogni logica graduazione, con scalini troppo ampi nel rapporto dipendenti/abitanti e senza considerare il Pil. Questo comporta l’evidente esclusione dal beneficio di tutte le Regioni di cui al n. 3. Il bonus ex art. 6, 4 può avere una qualche marginale pregnanza per le Regioni più popolate, ma certo è inutile per la Basilicata e non previsto per tutte le altre in fascia tre.

Le allegate tabelle Istat ed Eurostat convalidano l’assunto difensivo.

E più guardando al futuro l’art. 4, 1 b) e d) del DPR contraendo la primaria fonte di autofinanziamento - televendite (cfr: relazione AGCM 236/17 §199) - toglie con una mano quel che ha dato con l’altra (il contributo) e questo inciderà senza dubbio anche nell’ambito dei primi 100 in graduatoria. Patente vizio di irragionevolezza.

Il costruire in questo modo una “classe media” dell’emittenza ed incrementare l’occupazione di giornalisti relitti della carta stampata; sarà pure buona cosa, ma

rispetto alla tutela e sviluppo delle autonomie locali e della pluralità dell'informazione e del rispetto delle culture locali si pone in evidente conflitto.

§3. Dell'Auditel.

Quanto sopra trova conferma della previsione dell'art. 6, 1 lett. c): “con riferimento alle sole emittenti televisive, media ponderata dell'indice di ascolto medio giornaliero basato sui dati del biennio precedente e del numero dei contatti netti giornalieri mediati sui dati del biennio precedente, calcolata secondo quanto indicato nell'allegata tabella 1, per marchio/palinsesto nella relativa regione, indicati nella domanda, rilevati dall'Auditel, nel biennio solare precedente alla presentazione della domanda.”.

Balza agli occhi, alla luce della necessaria rivalutazione, come l'assumere la retroattività a parametro, lautamente valutato nel punteggio, sia in contrasto con l'art. 11 delle preleggi; a prescindere dalla legittimità dell'obbligo di contrarre delle emittenti con l'Auditel.

L'art. 25 Cost. e 11 preleggi vietano la retroattività delle leggi.

Tuttavia nel concetto di leggi la giurisprudenza ha da tempo ricompreso qualsiasi norma in senso lato fin dalla risalente Cass. n. 3111/79 (oltre trenta conformi).

Mentre il CdS sez. V con suo *arrêté* n. 140/81 ha stabilito che la retroattività delle leggi civili debba essere espressamente prevista dalle norme. Ora da un lato né l'art. 1 comma 163 lg 208/15 prevede il ricorso all'Auditel, né la sua retroattività ed il DPR non la prevede espressamente.

Né la conclusione cambia sotto il profilo della retroattività dell'atto amministrativo alla luce dell'art. 21 bis della L. 241/90. Orientamento consolidato in giurisprudenza; per tutte Cass. SS.UU. ord. 20.07.11 n. 15866, CdS sez. IV sent. 5949 del 26.11.01 che limita gli effetti retroattivi alla fattispecie “ora per allora” e Tar Veneto sez. I sent. 11.02.09 n. 339 che li limita solo in *bonam partem*.

Non appare infatti sufficiente il sintagma “si tiene conto della media dei dati ...” poiché non vi è un espresso obbligo o a contrarre con l'Auditel, ma piuttosto il riferimento a dati statistici peraltro di provenienza privata.

Anche sul punto ci pare che il CdS abbia nel suo potere espresso dubbi.

Ma anche a voler ritenere tutto questo non risolutivo anticipando quanto argomentaremo in punto di violazione dei principi nazionali e comunitari di concorrenza non possiamo non osservare, che rendere obbligatorio retroattivamente l'obbligo di contrarre con l'Auditel non solo produce la formazione di un monopolio per il futuro, ma che induce una evidente disparità di trattamento tra soggetti, che avessero, per mera scelta interna o migliore potere economico, ritenuto di contrarre senza averne l'obbligo per averne i servizi statistici, rispetto a coloro che ritennero, qual che ne fosse la motivazione, di non contrattare con quella società privata.

Il sistema Auditel in ogni caso è costituito da una società privata di evidente scopo consortile, che rende un servizio statistico ai suoi soci, al solo fine di ottenere parametri sui quali stabilire il prezzo, che gli inserzionisti debbano pagare per ottenere spazi pubblicitari.

Questa osservazione solleva anche un altro profilo di ragionevolezza per l'estensione del sistema alle emittenti locali in relazione ai pur generici principi contenuti nel più volte richiamato comma 163 e nell'ancor più generico ambito dell'art. 17, 2 L. 400/88.

Essendo il dato statistico vocato alla frequenza di ascolti in determinate fasce orarie, pur riconoscendo che con qualche fatica si possa risalire alla tipologia di programma, si deve escludere che questo possa essere di alcun ausilio ai fini della valutazione della qualità dell'informazione e della qualità culturale dei programmi delle emittenti locali in evidente contraddizione con l'art. 6 del DPR.

Il sistema, che ha valenza meramente commerciale, appare poi non decisivo e può essere supplito dai dati di bilancio in relazione alle televendite che riguardando per la più parte aziende locali hanno un evidente e più diretto circuito di valutazione della capacità dell'emittenza a veicolare i loro prodotti. In breve l'inserzionista ed il televenditore non rinnoveranno il contratto con l'emittente ove non riscontrassero un incremento di vendita e nella fruizione dei servizi resi.

Non è quindi solo una questione di obbligo a contrarre, ma di inefficacia del sistema Auditel che si risolve in un incremento di costo senza neppure la protezione per l'emittente dell'obbligo a contrarre ex art. 2597 cc e di un prezzario pubblico di riferimento.

Quanto argomentato aggiunge un altro tassello alla fondatezza della avanzata critica (cfr: ultimo cpv §2) sulla conflittualità del nuovo modello rispetto ai fini di valorizzazione della "località" sanciti dagli artt. 5 e 21 Cost. e comma 163 e dell'innalzamento qualitativo e culturale dei programmi.

§4. Delle regole di concorrenza.

La concorrenza appare sotto più profili violata dalle formazioni impugnate. In primo luogo non si può non osservare che all'Auditel venga riconosciuto un vero e proprio monopolio.

Infatti le considerazioni legittimanti dell'Auditel contenute nel citato rapporto AGCM del 2017 debbono ritenersi superate dalla intervenuta costituzione di un vero e proprio monopolio poiché da un lato ogni emittente televisiva, qual che sia la sua dimensione, sarà obbligata a contrarre con l'Auditel e non con altri soggetti pur presenti nel mercato. Palese la violazione dell'art. 117 TFEU poiché in Europa vi sono altri soggetti che svolgono le stesse funzioni.

E più si tratterà di un soggetto privato che nella sua compagine societaria non contiene sufficiente e proporzionale rappresentanza delle realtà locali ingenerando conflitti di interesse (cfr: 1997 del 236/17 AGCM). Il monopolio infine produrrà servizi a minor costo per i soci maggioritari, i quali ammortizzeranno i costi dell'Auditel con l'incremento delle entrate derivanti dai nuovi contraenti obbligati paganti, ma non associati e quindi non percepenti alcun dividendo.

L'auditel infatti da in appalto sia la rilevazione che l'elaborazione dei dati.

Varrà infine la pena di osservare come, peraltro già patentato in filigrana dal CdS, la coniugazione del monopolio Auditel a compagine oligopolistica con la graduatoria nazionale configurerebbe certamente un'ipotesi di illegittimi aiuti di Stato,

premendosi in contrasto con l'art. 107 TFUE, che vizia il DPR di legittimità per violazione di norma gerarchicamente superiore.

Emergono tuttavia altri elementi gravi distorsivi della concorrenza.

Stante infatti la concorrente potestà normativa ex art. 117 Cost., molte Regioni hanno previsto l'erogazione di contributi in favore delle emittenti locali regionali. Non tutte le Regioni hanno emanato tali norme, né queste sono uniformi. Ora il precedente sistema di erogazione dei benefici su base regionale questo non aveva effetti discorsivi gravi nel bacino di utenza, ma varata una graduatoria nazionale l'effetto discorsivo della concorrenza sarà inevitabile e grave.

Alcuni soggetti avranno vantaggio già solo nell'aver un posto tra i 100 in relazione ai contributi già ricevuti e/o una maggior quota di benefici, rispetto a chi pur nei 100 non ne ha goduto.

Ed ancora tra le emittenti locali ve ne sono alcune che hanno più di un'autorizzazione nelle stesse Regioni o in altre; non c'è bisogno di un'espressa consulenza tecnico economica per verificare come le sommatorie contributi statali + contributi regionali consolidati + contributi maggiori ex DPR 146/17 e DM Mise + contributi regionali per n. di emittenti ammesse produca effetti discorsivi del mercato, al limite di posizioni dominanti certamente a livello regionale, nei confronti di concorrenti che non fruiscano in tutto od in parte degli effetti di cumulo.

A tacere della circostanza che a produrre tali effetti sono fondi pubblici.

La violazione degli artt. 101 ss e 117 del TFUE e delle norme interne a titolo della concorrenza sono palesi, come sotto altro profilo evidente l'illegittimità degli atti impugnati per irragionevolezza, difetto di istruttoria, disparità di trattamento, contraddittorietà con i principi delle norme più volte citate da cui prende origine il disegno riformatore.

Ne infine allo stato delle cose, perché i livelli qualitativi dell'informazione locale e delle qualità culturali in generale e locale dei programmi mandati in onda dai soggetti privilegiati sia tale da farne una "categoria a parte". Chiara è invece la

fruizione dell'Auditel nel piano di riordino, creare le condizioni per i 100 in graduatoria per aver più potere contrattuale nei confronti degli inserzionisti e tali venditori così minimizzando il sovracosto del contratto di servizi con Auditel.

1d) Del vizio costituzionale di irragionevolezza.

In pendenza delle discussioni giudiziarie e non solo è intervenuto il DL 91/2018 come convertito cui si attribuisce l'effetto legificante del DPR 146/2017.

Sul DL, richiamato nella parte motiva, il Decreto Direttoriale oggi impugnato fonda la propria legittimità. In realtà anche il DL 91/2018 e la legge di conversione devono ritenersi costituzionalmente viziati per gli stessi motivi già dedotti e più ancora in quanto punto terminale di una formazione del tutto irragionevole.

Non si può preliminarmente non osservare la scorrettezza istituzionale di un simile agire che muta unilateralmente le regole del gioco in corso di partita.

E più non è chi non veda come rappresenti una vera e propria *excusatio non petita*, formidabile sostegno alla fondatezza della già proposta eccezione di incostituzionalità e qui reiterata.

Il vizio di irragionevolezza trova fondamento nei seguenti elementi che si espongono sinteticamente per non tediare la Corte e per rispetto dei criteri di sinteticità degli atti.

a) L'irretroattività del DL che, come interpretata oggi dall'Amministrazione, spezza la catena normativa e regolamentare in un primo illegittimo e un dopo asseritamente legittimo.

b) La violazione di un principio di ordine pubblico quale quello delle non ratificabilità degli atti nulli che vanno invece, previa ablazione dei derivati effetti di nullità - *quod nullum est nullum effectum producit* - ripetuti espressamente in forma "purgata".

La legge 108/2018, richiamata dal DD oggi impugnato, introduce l'art. 4 bis che recita: "...all'art. 4 comma 2 ultimo periodo DPR 146/2017 recante il regolamento da intendersi qui integralmente riportato, concernente i criteri di riparto tra i soggetti beneficiari...".

Ora il modo di legiferare, come richiamo di un atto costituzionalmente viziato non vale a superarne il vizio ma, anzi, come un virus lo inocula nella novellazione.

In ogni caso simile modo di legiferare non è conforme alle procedure costituzionali.

c) Nel soprascritto motivo sono state partitamente trattate tutte le questioni che, pur sostenendo il vizio di costituzionalità, possono essere lette anche sotto il profilo di vizio di legittimità.

Tutte queste argomentazioni che devono intendersi qui ritrascritte integralmente sono di implemento alla valutazione di irragionevolezza del sistema normativo così come congeniato.

d) Vi è infine un telaio normativo costituzionale di riferimento da cui non può prescindersi. Ci riferiamo agli artt. cost. 3, 4, 41, 3 c., 42, 2 c. e 44 in particolare l'ultimo alinea del comma 1. Ed infine con un evidente tasso di autonomia l'art. 117, 4 comma.

Qui è il nodo! Da questo telaio normativo si evincono; da un lato la funzione sociale della proprietà e dall'altro il sostegno alla piccola e media impresa.

Sono questi i due principi posti a fondamento del sistema di regionalità dei criteri distributivi adottati fino alla contestata formazione.

Dalla stessa pagina del DD in contestazione e dall'esame della graduatoria allegata letta in sinossi, si evince facilmente che in tutte le graduatorie ai primi 10/15 posti vi sono sempre le stesse società che, con il gioco della pluralità di marchio, in realtà costituiscono una rete nazionale surrettizia e quindi acquisiscono una dimensione nazionale distorsiva del principio di concorrenza e soprattutto contraddicono nei fatti al suddetto principio di tutela della località e cioè del principio di funzione sociale, che pone direttamente il servizio in contatto con la specificità del territorio.

In questa ottica viene in evidenza l'art. 117 Cost. che elenca tra le materie di legislazione concorrente l'ordinamento della comunicazione, la valorizzazione dei beni culturali ambientale, la promozione e l'organizzazione di attività culturali.

Si sottopone all'attenzione del Collegio, ove si ritenesse l'argomentare non privo di pregio, il comma 4 della richiamata norma per la quale la potestà regolamentare spetta alle Regioni restando in capo allo Stato soltanto la possibilità di finire la cornice.

Orbene del citato art. 4 bis L. 208/2018 la normazione non è certamente di cornice ma anzi di dettaglio!

Si sottolinea, come già argomentato, che se così non fosse le Regioni non avrebbero potuto erogare, come invece hanno fatto, propri diversi e ulteriori contributi alle emittenti locali.

2) Vizio di incostituzionalità per irragionevolezza del sistema normativo di settore tra cui nello specifico il DPR 146/2017 del 23.08.2017 e il DM edito in GU n. 239 del 10.11.2017 DL. 91/2018 la Lg. 108/2018. Anche sotto il profilo della violazione del principio di concorrenza e della Costituzione: artt. 3, 4, 41, 3 comma, 42, 2 comma e 44 in particolare l'ultimo alinea del comma 1, ed infine con evidente tasso di autonomia l'art. 117, comma 4.

Tuttavia appare ancora qui ulteriormente valutabile il vizio di irragionevolezza.

Non appare infatti congruo affermare a pagina 61 della citata sentenza: *“Una tale differenziazione, come si osserverà infra, non resiste alle censure sostanziali svolte dalla parte appellante, trattandosi di una scelta normativa incompatibile con gli obiettivi di interesse pubblico imposti dal legislatore”*.

Da un lato infatti ciò corrobora il primo motivo sopraesposto e rende assolutamente corretto l'argomentare per come da noi interpretato dal Consiglio di Stato in punto di delegificazione sancendo oltre ogni ragionevole dubbio la perpetua ablazione dello scalino, dall'altro appare in contrasto con il rigetto del vizio costituzionale di irragionevolezza a pagina 36 punto 9.3: *“Deve ritenersi manifestamente infondata anche la questione di legittimità costituzionale incentrata sull'irragionevolezza della disciplina primaria. Secondo quanto precisato dalla giurisprudenza costituzionale, è possibile desumere “dall'art. 3 Cost. un canone di “razionalità” della legge svincolato da una normativa di raffronto, rintracciato nell'esigenza di conformità dell'ordinamento a criteri di coerenza logica, teleologica e storico-cronologica (sentenza n. 87 del 2012). Il principio di irragionevolezza è dunque lesa quando si accerti l'esistenza di una irrazionalità intra legem, intesa come “contraddittorietà intrinseca tra la complessiva finalità perseguita dal legislatore e la disposizione espressa dalla norma censurata” (sentenza n. 416 del 2000). Tuttavia, “non ogni incoerenza o imprecisione di una normativa può venire in questione ai fini dello scrutinio di costituzionalità” (sentenza n. 434 del 2002), consistendo il giudizio di irragionevolezza in un “apprezzamento di conformità tra la regola introdotta e la “causa” normativa che la deve assistere” (sentenze n. 89 del 1996 e n. 245 del 2007) che, “quando è disgiunto dal riferimento ad un tertium comparationis, può trovare ingresso solo se l'irrazionalità o iniquità delle conseguenze della norma sia manifesta e irrefutabile”(sentenza n. 46 del 1993)” (Corte costituzionale, 13 aprile 2017, n. 86). Il sindacato di*

ragionevolezza tende, dunque, a valutare la giustificazione sottesa alla disciplina in esame, onde verificare sia la coerenza tra la valutazione compiuta e la decisione assunta, sia la coerenza rispetto a situazioni comparabili, tenendo conto del bene giuridico tutelato, della sua meritevolezza e della sua idoneità a prevalere sul diverso bene giuridico eventualmente limitato, alla stregua di un giudizio bilanciamento tra contrapposti interessi da svolgere in base alla gerarchia di valori espressa dall'ordinamento. Avuto riguardo al caso di specie, non emergono dalle deduzioni attore e specifici elementi da cui poter desumere un'irragionevolezza della decisione legislativa di vincolare i criteri selettivi e le procedure concessorie dei contributi pubblici de quibus al rispetto degli obiettivi di pubblico interesse, quali la promozione del pluralismo dell'informazione, il sostegno dell'occupazione nel settore, il miglioramento dei livelli qualitativi dei contenuti forniti e l'incentivazione dell'uso di tecnologie innovative. Trattasi, infatti, di obiettivi, da un lato, coerenti con la decisione di agevolare l'attività delle emittenti televisive locali (per quanto di interesse nell'odierno giudizio), in specie degli operatori che investano effettivamente nella relativa attività economica, producendo un servizio di qualità in favore dell'utenza; dall'altro, armoniosi rispetto ad altri valori costituzionali rilevanti in materia, quali la tutela del lavoro e il pluralismo informativo. Pertanto, non si ravvisa alcun profilo di irragionevolezza nella decisione legislativa sottesa all'art. 1, comma 163 cit. suscettibile di fare emergere dubbi di legittimità costituzionale della disciplina in commento”.

Che vi sia una “contraddittorietà intrinseca tra la complessiva finalità perseguita dal legislatore e la disposizione espressa dalla norma censurata “stante la conclamata irrazionalità o iniquità delle conseguenze della norma sia manifesta e irrefutabile”. Tale manifesta contrarietà si ricava inoltre proprio dal testo della sentenza in altri punti: ad esempio pag. 63 punto 20: “20. Meritano, invece, adesione le censure sostanziali riferite alla violazione del principio del pluralismo dell'informazione e alla distorsione concorrenziale prodotta dalla disposizione in esame” in punto di concorrenza quando non tiene in giusto conto il principio di regionalità localizzazione ma ne sottovaluta la capacità che a molti deriva e dalla duplicità dei contributi e dalla possibilità di operare in rete trasferendo risorse dalle sedi più “ricche” a quelle marginali mentre la pluralità di voci la tesi del collegio trova contraddizione in quanto esso dichiara a pag. 66: “tale pluralità di operatori non può che essere garantita nell'ambito di ciascuna delle aree geografiche interessate, occorrendo che in ogni area locale così definita vi sia una pluralità di voci, riconducibili a plurimi emittenti in concorrenza tra di loro”.

La stessa argomentazione sulla entità della capacità potenzialmente espansiva di un mercato nazionale delle TV locali stimato al 5-6 % (pag. 70 punto 24.2 .1ss) e la stima di uno share per le tv locali a prescindere dal numero dei contendenti così che ogni operatore potrebbe migliorare i propri dati di ascolto non può poi non

osservare che la capacità di guadagnare quote di mercato sia influenzata: “...in misura differente a seconda del contesto regionale preso in esame” e cioè dalla singola capacità espansiva, dalla clientela potenziale (ricavi pubblicitari) e soprattutto in virtù del reiterato criterio dello scalino penalizzato su una capacità di investimento. Il problema non è quello di premiare il merito ma incentivare la località quale strumento di un pluralismo informativo.

Tutte imprese volate in paradiso. Domanda retorica: e a tutela dell'uguaglianza neppure serve la ragionevolezza?

È quindi proprio la questione di ragionevolezza e proporzionalità a viziare l'impianto normativo siccome il risultato selettivo illegittimo ottenuto non si inserisce nel vuoto, ma in una tecnica già premiale con percentuali e criteri distributivi ben diversi ed equilibrati o meglio in parte squilibrati.

Una così drastica scelta di innovazione retroattiva di parametri (Auditel) e assurdo sbilanciamento dal 37 al 95 % della premialità e l'assoluta ablazione, da tutti consigliata di un percorso incentivante e il più possibile diffuso ha fatto sì che ai più toccano solo: “le briciole dell'ampio bottino coloniale altrui” (citazione eterodossa ma molto icastica). Sul punto altre argomentazioni svolte da questa difesa devono e possono essere valutate in un quadro sistemico ai fini di un vizio di ragionevolezza.

3) Del DM Mise.

Sul DM Mise edito in GU n. 239 del 10.11.2017 è necessario chiarire come questo sia viziato irreparabilmente dallo stigma di incostituzionalità e/o di illegittimità degli atti logicamente e giuridicamente antecedenti e presupposti e successivi.

Il DM ha natura nella sostanza meramente endiadica delle norme presupposta dalle quali esterna i passaggi formali ritenuti necessari per l'esternazione dei requisiti all'accesso ed all'erogazione dei contributi da parte delle emittenti.

Tutte le eccezioni ed argomenti esplicitati nei motivi precedenti si intendono qui, per ovvi motivi di economia dell'atto, integralmente ristrascritti.

Ovviamente essenziali è la premessa al DM 20.10.2017, con il richiamo dell'art. 1 comma 160 ss lg 208/2015; il riferimento ex lg 198/16 “al sostegno pubblico ... per l'emittenza televisiva locale” e con il richiamo al DPR 146/17.

Sarà utile poi solo evidenziare i passaggi più pregnanti ed utili al fine art. 1: “Il presente decreto ai sensi di quanto previsto dal comma 2 dell’art. 5 del decreto del Presidente della Repubblica 23 agosto 2017, n. 146, di seguito denominato «Regolamento», disciplina le modalità di presentazione delle domande e la documentazione da presentare da parte dei soggetti che intendono beneficiare dei contributi disciplinati dal medesimo Regolamento”; art. 3.1: “Per richiedere i contributi le emittenti televisive possono presentare singole domande per ogni regione nella quale operano e per ogni marchio/palinsesto di cui sono titolari”; art. 3.2 lett. b), d) ed e) ed infine 3.2 lett. g): “L’eventuale iscrizione all’Auditel per il marchio/palinsesto oggetto della domanda indicando la corrispondente dicitura se diversa da quella autorizzata e il periodo di riferimento temporale della rilevazione se parziale rispetto all’intero biennio precedente”.

Evidente l’interesse della ricorrente al ricorso in virtù delle lamentate distorsioni giuridiche e tecniche dedotte. Prima fra tutte l’assurda assunzione a parametro valutativo della rilevazione Auditel retroattiva e per di più in assenza di obbligatorietà dell’iscrizione. La evidente posizione peggiore derivante ad esempio a Telenorba spa in relazione all’effetto di cumulo sopra citato ed evidenziato dai numeri della graduatoria, valendo questo come esempio. Così pure l’omessa corretta valutazione del rapporto interno, quantità e qualità del personale e più ancora l’attribuzione alla rilevazione Auditel del valore di accertamento della qualità invece che di mero accertamento della quantità.

Confusioni aggravate dalla rilevazione Auditel dei dati h24, ove si confondono i programmi culturali e informativi con lotto, lotteria e altro. Tutto quanto qui lamentato non è meramente endiadico di quanto già esposto poiché inverato da una graduatoria e dai quantum di erogazione che concretizzano il danno.

L’interesse della ricorrente allora non è solo quello relativo a far valere in astratto un principio di legittimità, ma quello di modificare, tramite le eccezioni di incostituzionalità e illegittimità, radicalmente il quadro normativo e attuativo, fidando che all’esito, in particolare eliminando la ripartizione nazionale e il limite

dei 100; possa ottenere giusto contributo conformemente a quanto percepito negli ultimi anni pur avendo di anno in anno migliorato la rispondenza della propria azienda rispetto ai parametri. Tutto quanto dedotto conferma la rilevanza delle eccezioni di incostituzionalità avanzate in quanto essenziali alla definizione della lite e non manifestamente infondate.

4) Violazione e/o falsa applicazione di legge, regolamenti e linee guida con riferimento alle rilevazioni dei dati AUDITEL nella parte in cui non viene considerato e indicato il margine di errore della rilevazione statistica ai fini della formazione della graduatoria. Violazione del Regolamento AGCOM (allegato A della delibera AGCOM 256/10/CSP del 9 dicembre 2010, G.U. n. 301 del 27/12/2010) artt. 3 e 5; Delibere AGCOM 85/06/CSP, G.U. 123 del 29/05/2006 - AGCOM n. 130/06/CSP, G.U. n. 174 del 28/07/2006 - AGCOM n. 55/07/CSP, G.U. 89 del 17/04/2007. Violazione del DPR 146/2017. Vizio e difetto di istruttoria nella redazione della/delle graduatorie. Nullità/annullabilità dell'art. 6 c. 1 DPR 146/2017. Violazione del Giusto procedimento. Violazione e/o falsa applicazione legge 241/1990.

Ai sensi dell'art. 6 comma 1 lettera c) del DPR 146/2017 alla formazione della graduatoria concorrono le rilevazioni Auditel s.r.l.: *“...con riferimento alle sole emittenti televisive, media ponderata dell'indice di ascolto medio giornaliero basato sui dati del biennio precedente e del numero dei contatti netti giornalieri mediati sui dati del biennio precedente, calcolata secondo quanto indicato nell'allegata tabella 1, per marchio/palinseso nella relativa regione, indicati nella domanda, rilevati dall'Auditel, nel biennio solare precedente alla presentazione della domanda”*.

I dati Auditel s.r.l., ex DPR 146/17 tabella 1 punto 3, sono *“acquisti direttamente dal Ministero presso la società Auditel”* quali atti istruttori necessari.

A seguito dell'istanza presentata al Mimit da una Emittente Televisiva riguardo i dati/documenti/atti AUDITEL s.r.l. che avevano concorso alla determinazione del proprio punteggio e del posizionamento in graduatoria. Con riscontro del 29.11.2023 il Ministero dichiarava che: *“i dati in possesso di questa Amministrazione relativi al criterio Auditel di cui all'art. 6 comma 1, lettera c) del DPR n. 146/2017 sono oggetto di pubblicazione e sono espressamente riportati nella graduatoria...pubblicata...al quale si rimanda”*.

La graduatoria viene quindi redatta sui dati di rilevazione che Auditel pubblica periodicamente sul proprio sito www.auditel.it. I dati di rilevazione degli ascolti che

vengono utilizzati dal MIMIT, quindi, sono quelli conosciuti dalle emittenti; nulla di diverso! Il chiarimento formalizzato dal MIMIT apre una autonoma questione di impugnazione della Graduatoria 2023 per le violazioni meglio indicate in epigrafe del quarto motivo e che di seguito saranno esplicitate, e come tecnicamente rappresentante nella perizia qui richiamata che si deposita in atti.

4a) La necessità di indicare il margine di errore nelle rilevazioni statistiche ai fini della loro validità e utilizzabilità.

Le indagini statistiche di carattere economico-sociale sono finalizzate a quantificare determinate caratteristiche di una popolazione oggetto di interesse. Nel caso che ci occupa la stima degli indici di ascolto realizzata da Auditel è basata su un'indagine campionaria a copertura Nazionale di tipo probabilistico.

Poiché l'indagine campionaria per sua natura prevede solo un'osservazione parziale del fenomeno oggetto di studio, tutti i risultati che ne derivano sono soggetti al cosiddetto errore campionario (o di campionamento), derivante dal fatto che il campione osservato può avere, per quanto riguarda il fenomeno oggetto di studio, caratteristiche diverse da quelle della popolazione.

Come meglio chiarito nella perizia redatta dal Prof. Lagazio - Ordinario di Statistica presso l'Università di Genova - che si deposita e che qui si intende integralmente trascritta e riportata facente parte del ricorso nel rispetto, nel dovere di *concinmitas*.

Quando si utilizza un piano di campionamento probabilistico, ossia nel quale la selezione delle unità campionarie viene effettuata mediante opportuni meccanismi di casualizzazione, è possibile dare una valutazione media dell'errore di campionamento, prendendo in considerazione l'insieme di tutti i campioni che potrebbero essere estratti dalla popolazione seguendo le procedure definite nel protocollo di studio (principio del campionamento ripetuto).

In questo modo, l'errore di campionamento può e deve essere adeguatamente trattato sia in sede di pianificazione dell'indagine, sia all'atto della presentazione dei risultati della stessa.

All'atto della presentazione dei risultati, le stime devono riportare quindi una misura

dell'errore di campionamento, perché da un lato esso costituisce elemento imprescindibile per valutare la qualità dei risultati ottenuti, dall'altro mette in evidenza l'incertezza intrinseca al processo di stima e induce maggiore prudenza nell'interpretazione dei risultati dell'indagine.

La necessità di corredare le stime derivanti da un'indagine campionaria con una misura dell'errore campionario è sottolineata in numerosi documenti relativi agli standard qualitativi del processo di produzione statistica dei principali enti nazionali ed internazionali di statistica ufficiale, tra i quali qui citiamo l'ISTAT che nelle Linee Guida per la Qualità delle Statistiche del Sistema Statistico Nazionale del 2018 chiarisce: “Le stime devono essere accompagnate da una misura dell'errore.” e, ancora “Prima di produrre le stime è opportuno definire dei criteri per la pubblicazione delle stesse: ovvero stabilire il livello di errore oltre il quale la stima non viene pubblicata”. Le modalità di diffusione delle informazioni derivanti da indagini campionarie sono oggetto anche di una norma dell'International Organization for Standardization¹⁵ (ISO), il più importante organismo internazionale per la definizione di standard tecnici.

La norma ISO in questione definisce gli standard qualitativi per l'analisi di mercato, i sondaggi di opinione e la ricerca sociale, questa cita ripetutamente l'errore di campionamento e le modalità di diffusione.

Sul punto è intervenuta più volte l'Autorità Garante per le Comunicazioni la quale ha ribadito l'importanza di utilizzare il margine di errore come indice qualitativo nei propri regolamenti.

Il Regolamento in materia di pubblicazione e diffusione dei sondaggi sui mezzi di comunicazione di massa (all. A della delibera AGCOM 256/10/CSP del 9/12/10, G.U. n. 301 del 27/12/10) prevede che la pubblicazione o la diffusione integrale o parziale dei risultati dei sondaggi sui mezzi di comunicazione di massa sia obbligatoriamente accompagnata dall'invio ad AGCOM o al Dipartimento per l'informazione e l'editoria presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri di un documento completo che renda disponibili i risultati nella loro integralità (art. 3).

Il medesimo Regolamento all'art 5 riporta in dettaglio le informazioni che devono necessariamente essere incluse nel documento e tra queste troviamo proprio la “rappresentatività del campione, inclusa l'indicazione del margine di errore”.

Più specificamente, in relazione alla rilevazione e alla diffusione degli indici di ascolto, AGCOM ha emanato più provvedimenti nei quali è stato preso in considerazione l'errore campionario e le modalità con le quali deve essere comunicato.

La rilevazione e la diffusione degli indici di ascolto sono regolamentate da AGCOM con un atto di indirizzo (Atto di indirizzo sulla rilevazione degli indici di ascolto e di diffusione dei mezzi di comunicazione, delibera AGCOM 85/06/CSP, G.U. 123 del 29/05/06) e dalle successive misure attuative (Misure attuative per l'acquisizione, l'elaborazione e la gestione delle informazioni richieste nell'atto di indirizzo sulla rilevazione degli indici di ascolto e di diffusione dei mezzi di comunicazione, delibera AGCOM n. 130/06/CSP, G.U. n. 174 del 28/07/06).

Nell'atto di indirizzo, all'art. 3 comma 2 si stabilisce che “la composizione e il dimensionamento del panel per la rilevazione dell'ascolto televisivo devono rispecchiare quanto più fedelmente possibile il tasso di penetrazione delle diverse offerte televisive analogiche e digitali, comprese quelle diffuse via satellite e via cavo, anche attraverso un criterio di maggior rotazione del campione e mantenendo i margini di errore delle stime di ascolto a livelli statisticamente accettabili.”.

All'art. 6 comma 1 si stabilisce inoltre che: “Le società che effettuano le rilevazioni degli indici di ascolto e di diffusione dei mezzi di comunicazione sono tenute a comunicare, ai fini della sua pubblicazione sul sito Internet dell'Autorità (<http://www.agcom.it>), una “nota informativa” contenente le seguenti indicazioni minime: “[...] d) le modalità di rilevazione e l'eventuale margine di errore per categoria [...]”. Detto articolo è ripreso, invariato, nelle successive misure attuative (art. 6 comma 1). AUDITEL, invece, non ottempera alle indicazioni fornite dall'Autorità, nonostante questa abbia emanato uno specifico provvedimento per gli ascolti televisivi, indirizzato espressamente ad Auditel (Misure e

raccomandazioni nei confronti della società Auditel in materia di rilevazione degli indici di ascolto, delibera 55/07/CSP, G.U. 89 del 17/04/07) nel quale compaiono esplicitamente alcuni riferimenti all'errore di campionamento.

In primo luogo, nel paragrafo 2.2, relativo alla valutazione del processo di adeguamento della metodologia di ricerca, AGCOM raccomanda di fornire, per le emittenti con piccola audience, una informazione adeguata sull'errore campionario e sulla numerosità del campione sulla base del quale sono state elaborate le stime.

Il concetto viene ulteriormente elaborato nelle considerazioni preliminari di AGCOM: “Considerato che l'aumento della numerosità campionaria necessario per ridurre la variabilità delle stime di piccole audience, può non risultare in concreto praticabile dal punto di vista gestionale, organizzativo e finanziario ed è, pertanto necessario, nel caso di stima di un fenomeno con un elevato grado di variabilità, raccomandare ad Auditel di fornire agli utenti dei dati di ascolto dei canali satellitari (o di analoghe stime riferite a piccole audience) una informazione adeguata sull'errore campionario e sulla numerosità del campione sulla base del quale sono state elaborate le stime ed è, inoltre, opportuno che Auditel metta a disposizione dei soggetti interessati, su loro richiesta, oltre ai dati di ascolto quotidiani, i dati di ascolto accorpati sulla base di diverse periodicità” ed è stato successivamente inserito nell'art. 1 (Raccomandazioni metodologiche relative alla diffusione degli indici di ascolti nel caso di piccole audience), comma 1: “Al fine di soddisfare i criteri metodologici per la ricerca dell'ascolto televisivo stabiliti dall'articolo 3 della delibera n. n. 85/06/CSP nel caso di diffusione di stime riferite a piccole audience, che comportino un elevato grado di variazione dei dati rilevati, la società Auditel è tenuta a:

- a) fornire agli utenti dei dati di ascolto una informazione adeguata sull'“errore campionario” e sulla numerosità del campione sulla base del quale le stime sono state elaborate;
- b) fornire, ove richiesto, i dati di ascolto anche in forma aggregata sulla base di periodicità diverse dal dato giornaliero.”

Come meglio indicato nella perizia del Prof. Lagazio, dalle analisi svolte emerge che AUDITEL: “Non documenti il processo utilizzato per la definizione della numerosità campionaria”.

Le stime degli indici di ascolto sono riportate senza il corrispondente errore standard o equivalente misura dell'errore campionario, che addirittura non viene nemmeno menzionato nella nota metodologica di accompagnamento alle stime da questa redatta.

Quanto alle emittenti locali AUDITEL non si limita a pubblicare le stime dell'audience al massimo livello di aggregazione possibile (intera giornata del giorno medio) ma fornisce una serie di disaggregazioni di dettaglio sia a livello temporale (arrivando a produrre stime su fasce orarie di mezz'ora, tavole 10 del report) sia per tipologia di ascoltatore (disaggregazioni per genere, età, comune di residenza, tavole 6 e 9 del report), in palese violazione delle raccomandazioni AGCOM di cui nella delibera 55/07/CSP.

La totale assenza di informazioni specifiche sull'errore campionario rende di fatto inutilizzabili e/o inattendibili le stime degli indici di ascolto fornite da AUDITEL in quanto è impossibile valutarne il livello di attendibilità statistica. Questa considerazione è valida a livello generale e, in misura più rilevante, per le emittenti locali, le quali per ambito operativo e livello di ascolti, sono maggiormente soggette all'errore di campionamento (per sintesi, v. Conclusioni pag. 6 perizia). Il dato AUDITEL, quindi, così come reso è contrario a norme e a regolamenti e come tale è in grado di inficiare la graduatoria nella sua interezza. Il dato AUDITEL deve allora essere espunto dai criteri posti dal DPR 146/17 ai fini della formazione delle graduatorie poiché vizia i risultati della graduatoria in modo insanabile oppure il dato AUDITEL dovrà essere rilevato con differenti modalità in conformità alle prescrizioni vigenti.

Sulla domanda cautelare

Sul fumus ci si riporta quanto ampiamente dedotto ed argomentato per non tediare il Collegio e per dovere di sinteticità degli atti.

Sul periculum in mora.

Insistere nell'applicazione di un sistema "sbagliato" di distribuzione comporterà il ripetersi della storia. Valanghe di ricorsi interesseranno nuovamente le aule giudiziarie con costi privati e pubblici non recuperabili. Errare è umano perseverare è diabolico mai detto fu più calzante.

Ci troviamo a combattere nuovamente un illegittimo disequilibrio delle erogazioni che crea e aggraverà il gap tra emittenti, soprattutto nella medesima regione, difficilmente recuperabile. Chi più ha seguità ad ottenere di più perché grazie alla contribuzione si rafforzerà a discapito di chi meno ottiene e meno otterrà.

Non basta infatti la prospettiva del risarcimento o della redistribuzione postuma delle somme: il danno è ora!

Il settore televisivo è caratterizzato da un equilibrio di tipo "instabile", cioè le maggiori entrate di un soggetto riversandosi sul palinsesto e sul prodotto aumentano la differenza con gli altri soggetti in concorrenza. Solo in presenza di investimenti ulteriori ed estranei alla gestione il soggetto soccombente può recuperare un equilibrio di concorrenza.

Il contributo pubblico per sua natura deve servire come sostegno all'emittenza televisiva. Aiuto economico di natura pubblica che se destinato ad un intero settore non può e non deve avvantaggiare alcuni in danno di altri.

Ci troviamo di fronte ad un contributo "mascherato" che viene distribuito in modo difforme pur se le condizioni richieste per ottenerlo sono identiche per tutti i richiedenti: per primo della graduatoria così come per l'ultimo.

Sostegno avrebbe voluto dire distribuire i fondi sulla base del rapporto risorse/punteggi conseguiti dalle singole aziende senza che sull'intera risorsa si applichi la preliminare suddivisione in percentuale (95% ai primi 100 contro il 5% agli altri).

E oggi a fronte dell'ennesimo avvertimento del sommo Consesso e in attesa del pronunciamento della Corte Costituzionale trovarsi a ridiscutere della questione è ancor più grave.

La tutela risarcitoria è inadeguata al caso di specie siccome una emittente che perde il passo, lo cede definitivamente e quello che eventualmente risorgerà, ammesso e non concesso, sarà altro.

Fermarsi servirebbe a tutti per non continuare ad errare e ad elargire somme con la speranza di doverle poi recuperare con evidente danno all'interesse pubblico di cui poi la Corte dei Conti dovrà occuparsi.

Tutto quanto sopra esposto, si insiste affinché l'Ill.mo Collegio Voglia concedere la misura cautelare ex art. 55 c.p.a. ritenuta più idonea a tutelare l'interesse della ricorrente sospendendo l'esecutività degli atti impugnati e o fissando ex art. 55 comma 10 c.p.a. l'udienza di discussione del merito del ricorso ai fini della sollecita definizione dello stesso.

**Istanza di autorizzazione alla notifica per pubblici proclami ex art. 41
comma 4 c.p.a.**

La ricorrente sin da ora formula espressa istanza al fine di essere autorizzata alla notifica per pubblici proclami ex art. 41 comma 4 c.p.a..

Considerato, infatti, che le doglianze mosse con il ricorso si rivolgono alla disciplina dell'intera procedura in esame e che è quindi necessario convenire in giudizio, nella qualità di controinteressati, tutte le imprese che sono presenti in graduatoria. Considerato che il cospicuo numero dei soggetti da chiamare in giudizio rende particolarmente difficile la notifica nei modi ordinari, si chiede all'Ill.mo Sig. Presidente di voler autorizzare la ricorrente ex art. 41 comma 4 c.p.a. alla notifica degli atti mediante pubblici proclami al fine di consentire l'integrazione del contraddittorio e la chiamata in giudizio di tutti i soggetti presenti nella graduatoria. Tutto quanto sopra premesso la ricorrente soc. GRUPPO AIR s.r.l. *ut supra* rappresentata, difesa e dom.ta

RICORRE

All'Ill.mo Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sede di Roma adito affinché, previo accoglimento della proposta domanda cautelare con il ricorso Voglia:

- in via principale accogliere il presente ricorso e per l'effetto annullare gli atti impugnati, con ogni conseguenza di legge;
- in via graduata rimettere gli atti alla Corte Costituzionale per la deliberazione delle eccezioni sopra illustrate non manifestamente infondate e rilevanti ai fini del decidere;
- accogliere l'istanza di autorizzazione alla notifica per pubblici proclami ex art. 41 comma 4 c.p.a.

Ai fini istruttori si deposita perizia redatta dal Prof. Lagazio - Ordinario di Statistica presso l'Università di Genova oltre a documenti come da foliaro.

Con riserva di presentare memorie e documenti nei termini di legge.

Con vittoria di spese di lite e compenso professionale.

Ai fini del contributo unificato si dichiara che il C.U. dovuto e versato è pari ad € 650,00.

Salvis juribus

Avv. Eleonora Zazza

Avv. Fabrizio Magliaro