

OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA DEL CONSIGLIO DI STATO

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Commissioni speciali febbraio 2011

Televisione e radio. Frequenze radio. Diritti d'uso.

Consiglio di Stato, Commissione speciale, 10 febbraio 2011, n. 5365/2010 - Pres. Pajno, Est. Montedoro.

Nella definizione delle procedure per l'assegnazione delle frequenze disponibili in banda televisiva per sistemi di radiodiffusione digitale terrestre e nella determinazione delle misure atte a garantire condizioni di effettiva concorrenza, non può riconoscersi alcun potere integrativo attuativo del Ministero dello Sviluppo economico, nella redazione del bando e del disciplinare di gara, in ordine ai soggetti legittimati a presentare domanda, individuati dall'Autorità in relazione al principio comunitario della libertà di stabilimento, al di fuori del quale può operare la verifica di piena reciprocità ammissibile solo per soggetti (persone giuridiche) di nazionalità straniera e non per soggetti di diritto italiano controllati da società estere.

Un potere ministeriale in materia infatti si tradurrebbe in un temperamento sostanzialmente riduttivo delle possibilità di partecipazione alla gara comunitaria- mitrante all'esclusione dell'ammissibilità di domande di società comunitarie controllate da parte di società extracomunitarie - quale definite dall'Autorità.

Tale riduzione della possibilità di partecipazione alla gara non può essere legittimato nemmeno dalla condizione di reciprocità di cui all'art. 16 delle disposizioni sulla legge in generale in quanto ciò risulterebbe distonico rispetto ai principi di separazione fra politica e tecnica, insiti nell'adozione del modulo organizzativo dell'Amministrazione indipendente, volti a garantire la conformazione neutrale del mercato e ad evitare inframettenze politiche nelle gare pubbliche e nelle procedure selettive.

Nel rapporto fra politica e tecnica esistente nel settore delle comunicazioni , infatti, dopo l'istituzione dell' Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) , deve ritenersi che spetti all'Autorità la disciplina diretta a conformare il mercato, mentre spetta al Dicastero l'adozione, sul piano meramente gestionale, degli atti di gara, nonché il rilascio dei titoli abilitativi.

Essendo il Dicastero ormai spogliato dei poteri conformativi del mercato, alle sue strutture spettano solo gli atti di gestione da adottarsi in conformità al quadro regolatorio stabilito dall'Autorità (che è titolare di un potere regolatorio neutrale, esercitato nel rispetto delle regole comunitarie proprio al fine di sottrarre gli atti di gara a pericoli di inframettenza politica); la gara per il digitale terrestre quindi, improntata alla libertà di stabilimento, quanto a requisiti di partecipazione, è da considerarsi soddisfattiva di esigenze e valori (ad es. la concorrenza, il pluralismo informativo) valutati anche in sede sovranazionale dalla Commissione europea.

L'art. 16 delle preleggi può considerarsi, come norma preliminare , di ordine pubblico, allo stesso funzionamento del sistema del diritto internazionale privato, anche se non strettamente legata ad

esso, perché operante come limite all'applicazione del diritto interno e non solo del diritto straniero.

Il principio della condizione di reciprocità è stato nel complesso fortemente ridimensionato, per effetto della Costituzione (artt. 10 ed 11 Cost.) che contiene regole di apertura internazionalistica del nostro ordinamento quali quella dell'adattamento dell'ordinamento giuridico italiano alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute (art. 10 comma 1 Cost.), della garanzia della condizione giuridica dello straniero (regolata per legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali art. 10 comma 2 Cost.), del diritto di asilo (art. 10 comma 3 Cost.), del divieto di estradizione dello straniero per reati politici (art. 10 comma 4 Cost.) del ripudio della guerra come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali (art. 11 Cost.) del consenso alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che voglia assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni (art. 11 Cost.) della promozione e del favore per le organizzazioni internazionali rivolte allo scopo di assicurare la pace e la sicurezza fra le Nazioni(art. 11 Cost.) . Nello stesso tempo la Costituzione ha garantito i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.) che vanno riconosciuti allo straniero senza il limite della condizione di reciprocità ed ha altresì sancito il principio di uguaglianza che vale anche per gli stranieri quando si tratti di rispettare i loro diritti fondamentali

La condizione di reciprocità è poi incompatibile con il diritto comunitario, che vieta ogni discriminazione basata sulla nazionalità e si fonda sulle libertà di circolazione delle persone e dei capitali, sulla libertà di stabilimento e su quella di prestazione dei servizi (C. G. C. E. 2/10/2003 C- 148/02 ; C.G. C. E. 6/6/2002 C- 360/00 ; C. G.C. E. 20/10/1993 C-92/92).

Nell'ordinamento internazionale la condizione di reciprocità non è di per sé in contrasto con il diritto internazionale generale, ma va segnalato che si è sviluppato in modo tumultuoso negli ultimi anni il diritto globale delle liberalizzazioni degli scambi , legato alla costituzione del WTO e di uno spazio giuridico comune per gli scambi commerciali, legati alle dinamiche della globalizzazione dei mercati ed all'affermazione della lex mercatoria, con conseguente attenuazione della valenza di tale principio.

La clausola di reciprocità è quindi recessiva nell'ordinamento interno, comunitario ed internazionale (in quest'ultimo caso in forza del sorgere, da più parti segnalato in dottrina, di istituzioni ed istituti giuridici, riconducibili al diritto globale dei mercati), sicché deve essere considerata disposizione avente un ambito di applicazione ormai assai ristretto e del tutto residuale.

La presenza nell'ordinamento civile, di una norma come l'art. 2510 del codice civile, attesta la normale indifferenza, ai sensi dell'art. 16 delle preleggi, della relazione di controllo da parte di società estera su società italiana, poiché la disposizione in materia di società, rinviando a leggi speciali – nella specie inesistenti - per la previsione di specifici ed eccezionali divieti, rende normalmente indifferenti, al di fuori di tali ipotesi le relazioni di controllo.

[Link al testo sentenza](#)