



Avvocatura Generale dello Stato

CONSIGLIO DI STATO IN S.G.

APPELLO

per

il Ministero delle Imprese e del Made in Italy, (c.f. 80230390587) in persona del Ministro pro-tempore, rappresentato e difeso ex lege dall'Avvocatura Generale dello Stato (c.f. 80224030587, per il ricevimento degli atti, FAX 06/96514000 e PEC ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it, presso i cui uffici sono domiciliati in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12

contro

appellante

R.B.1 Teleboario SB S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rapp.ta e difesa dagli Avv.ti Giuseppe Ruta, Margherita Zezza e Massimo Romano (PEC: rutaeassociati@pec.it, avvmargheritazezza@pec.it, avv.massimoromano@pec.it)

nei confronti di

R.T.P. Radio Televisione Peloritana S.r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore* (PEC: amministrazione.rtptv@pec.it)

VIDEOLINA SPA, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, **EDITRICE TNV SPA**, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore* **ESPANSIONE SRL**, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore* , **RETESETTE SPA**, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore* , **RETE 7 SRL**, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, **RTV38 SPA**, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore* , **TELELOMBARDIA SRL**, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore* , **TELECITY SRL**, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore* , **TELERADIO DIFFUSIONE BASSANO SRL**, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore* **CANALE 9 SRL**, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, tutti rappresentati e difesi dall'Avv. Tommaso di Nitto e

dall'Avv. Massimo Luciani (PEC : tommasodinitto@ordineavvocatiroma.org e massimoluciani@ordineavvocatiroma.org)

nonché

con l'intervento *ad opponendum* di:

- **Associazioni TV Locali**, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Tommaso Di Nitto (PEC : tommasodinitto@ordineavvocatiroma.org)

per l'annullamento

della sentenza del TAR Lazio, n. **10831/23**, depositata in data 27.6.2023.

1. Con ricorso al TAR Lazio la società appellata ha chiesto la declaratoria di nullità, l'annullamento o la disapplicazione - previa declaratoria di incostituzionalità - nel caso di ritenuta, avvenuta legislazione - dell'art. 4 bis del decreto-legge 25 luglio 2018 n. 91, convertito con la legge 21 settembre 2018 n. 108, nonché dell'art. 1, comma 1034, della legge 27 dicembre 2017 n. 205 :

a) del Decreto direttoriale del Ministero delle Imprese e del Made in Italy (di seguito anche MIMIT) - Registro Ufficiale Int.019185 del 21/12/2022, pubblicato sul sito dell'Amministrazione lo stesso giorno, con il quale il MIMIT ha approvato "*la graduatoria definitiva delle domande ammesse al contributo per l'anno 2022 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 decreto del Presidente della Repubblica 23 agosto 2017 n. 146, come riportati negli allegati A e B*", nonché la graduatoria medesima e i relativi allegati A e B;

b) di ogni altro provvedimento o atto presupposto, coevo o consequenziale, comunque connesso, anche se non conosciuto, ivi compreso il Decreto direttoriale – 3 – del MIMIT- Registro Ufficiale Int.0167976 del 18/11/2022, pubblicato sul sito dell'Amministrazione lo stesso giorno, con la quale il Ministero ha approvato "*la graduatoria provvisoria delle domande ammesse al contributo per l'anno 2022 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 decreto del Presidente della Repubblica 23 agosto 2017 n. 146, come riportati negli allegati A e B", nonché la graduatoria medesima e i relativi allegati A e B;

c) in via derivata, di ogni atto amministrativo dipendente, relativo alla procedura concessoria, svolta per l'annualità 2022, dovesse essere adottato medio tempore, con riserva di domanda di integrale risarcimento di tutti i danni subiti e subendi dalla società ricorrente in dipendenza dei provvedimenti, degli atti e/o dei comportamenti dell'Amministrazione resistente.

2. Con la gravata decisione, il TAR ha accolto il ricorso di parte testualmente affermando:

"....8. Fondamentale nucleo assertivo del presente gravame è rappresentato dalla confutata "legificazione" del Regolamento di cui al D.P.R. 23 agosto 2017, n. 146, emanato sulla base dell'art. 1, comma 163, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità per il 2016): il quale ha profondamente innovato, con disciplina di livello secondario, l'assetto della ripartizione delle risorse del "Fondo per il pluralismo e l'innovazione dell'informazione in favore delle emittenti televisive e radiofoniche locali", modificando i criteri di distribuzione delle risorse stanziati a tal fine dallo Stato e le procedure dirette alla formazione delle graduatorie relative alla diverse categorie di emittenti televisive e radiofoniche individuate dall'art. 3 dello stesso D.P.R. n. 146....

La disposizione primaria citata si limita a fissare le finalità del Fondo per il pluralismo nell'informazione radiotelevisiva e lascia ampi margini di manovra alla fonte regolamentare, da adottare ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro dello Sviluppo Economico, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze.

Al regolamento, come detto, è stata rimessa dal Legislatore la determinazione dei criteri di ripartizione del fondo tra gli aventi diritto ammessi alla procedura per l'erogazione delle risorse.

...

8.2 Secondo quanto argomentato dalla difesa erariale, l'art. 4-bis della legge 21 settembre 2018, n. 108, recante conversione del decreto legge n. 91/2018:

- nel modificare l'art. 4 del D.P.R. nei seguenti termini: "All'articolo 4, comma 2, ultimo periodo, del decreto del Presidente della Repubblica 23 agosto 2017, n. 146, recante il regolamento, da intendersi qui integralmente riportato, 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, in attuazione degli obiettivi di pubblico interesse di cui dall'articolo 1, comma 163, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, per l'assegnazione delle risorse del Fondo di cui all'articolo 1, comma 160, lettera b), della citata legge n. 208 del 2015, e successive modificazioni, destinate alle emittenti radiofoniche e televisive locali, al fine di estendere il regime transitorio anche all'anno 2019, dopo le parole: "alla data di presentazione della domanda" sono aggiunte le seguenti: «, mentre per le domande inerenti all'anno 2019 si prende in considerazione il numero medio di dipendenti occupati nell'esercizio precedente, fermo restando che il presente requisito dovrà essere posseduto anche all'atto della presentazione della domanda»",

- avrebbe integralmente recepito il testo del D.P.R., con ciò denotando l'espressa volontà del Legislatore di disciplinare con normativa di fonte primaria la materia relativa ai "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”.

Di tale intendimento, sarebbe indicativo l’inciso “da qui intendersi integralmente riportato”, contenuto nel primo periodo dell’art. 4-bis e riferito al Regolamento, al fine di determinare il suo innalzamento e il suo recepimento a livello della fonte primaria che lo richiama.

A conferma di ciò, va evidenziato come la previsione contenuta al comma 1034 dell’art. 1 della legge 27 dicembre 2017, n. 205 (Legge di bilancio 2018) preveda l’applicazione dei “criteri stabiliti dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 agosto 2017, n. 146”, per la formazione della particolare graduatoria dei soggetti abilitati quali fornitori di servizi di media audiovisivi in ambito locale, ai fini dell’utilizzazione della capacità trasmissiva di cui al comma 1033.

8.3 Questo Tribunale, con sentenza della Sezione III (3 marzo 2020, n. 2814) ha avuto modo di rilevare, sulla questione, che:

- se “l’inserito introdotto dall’art. 4-bis ... si inserisce nell’ultimo periodo del comma 2, dell’art. 4 del d.P.R. n. 146/2017, espressamente dedicato al periodo transitorio (2016-2019) di prima applicazione dei nuovi criteri di assegnazione dei punteggi”, di talché “il testo attuale del comma 2, ultimo periodo dell’art. 4, come modificato dall’art. 4-bis del D.L. n. 81/2018 (c.d. “Milleproroghe”) è dunque il seguente: “In via transitoria, per le domande relative agli anni dal 2016 al 2018 si prende in considerazione il numero dei dipendenti occupati alla data di presentazione della domanda, mentre per le domande inerenti all’anno 2019 si prende in considerazione il numero medio di dipendenti occupati nell’esercizio precedente, fermo restando che il presente requisito dovrà essere posseduto anche all’atto della presentazione della domanda”;

- allora, “l’innovazione introdotta per via legislativa concerne dunque il solo anno 2019 atteso che, per gli anni anteriori e, segnatamente, per il 2016 che interessa nella specie, nulla è stato innovato rispetto al testo regolamentare originario (“In via transitoria, per le domande relative agli anni dal 2016 al 2018 si prende in considerazione il numero dei dipendenti occupati alla data di presentazione della domanda...”);

- per l’effetto, delimitandosi l’ambito applicativo della “disposizione incisa “ex lege” ... esclusivamente ... per l’anno 2019, in quanto l’art. 4-bis del “Milleproroghe” è volto a disciplinare, con disposizione a carattere transitorio, annualità diversa e successiva a quella per cui è causa e, dunque, non si applica “ratione temporis” alla fattispecie dedotta in giudizio che concerne l’annualità 2016”.

8.4 Nel convenire con l’illustrato approdo ermeneutico, con riveniente inoperatività dell’intervento normativo, relativamente alle annualità anteriori rispetto alla data di entrata in vigore della legge 21 settembre 2018, n. 108 (anche perché, come correttamente rilevato dalla pronunzia di questo Tribunale in rassegna, una retroattività della “legificazione” avrebbe necessariamente dimostrato “delle oggettive criticità”, in quanto “incidente sui criteri di valutazione delle emittenti in concorso per l’anno 2016, entrato in vigore a graduatoria già approvata, dopo l’indicazione puntuale della generalità dei beneficiari e degli importi da ciascuno conseguiti, mentre erano pendenti vari ricorsi giurisdizionali ... avverso la norma regolamentare e la graduatoria che era scaturita dalla applicazione di essa”), ad omogenee conclusioni – peraltro veicolate da difforme percorso logico – è dato pervenire anche per le annualità successive all’anno 2019.

8.5 Con riferimento alla questione concerne la retroattività delle disposizioni introdotte con il decreto legge n. 91, la già citata sentenza della Sezione VI del Consiglio di Stato, 9 settembre 2022, n. 7880), nell’affermare che “la legificazione ..., producendo un effetto novativo della fonte ..., quando determina l’elevazione di una norma regolamentare al rango primario, non sembra possa operare sempre in via retroattiva”, ha rilevato che:

- se da un lato, “vi osta il principio generale di irretroattività della legge, con conseguente operatività soltanto pro futuro, in relazione ai rapporti ancora non sorti, dell’effetto novativo riconducibile al rinvio recettizio o materiale”;

- “dall’altro, una tale soluzione sembra maggiormente compatibile con lo stesso effetto novativo, implicante per propria natura – anche in ambito civilistico ... l’estinzione della precedente regula iuris e la sua sostituzione con una nuova di fonte sovraordinata, con conseguente emersione di un effetto estintivo assimilabile a quello abrogativo, tale da non impedire alla norma abrogata di continuare a disciplinare i rapporti sorti sotto la sua vigenza, non ancora esauriti”.

Il Giudice d’appello, nell’escludere “che nella specie si sia realizzata una legificazione del DPR n. 146/2017 in via retroattiva”, ha rilevato che, “quanto all’art. 1, comma 1034, Legge 27 dicembre 2017, n. 205, si è in presenza di una disciplina con cui, al fine di determinare i soggetti in condizione di utilizzare la capacità trasmissiva di cui al comma 1033, è stato soltanto previsto l’obbligo, per il Ministero dello sviluppo economico, di avviare le procedure per predisporre, per ciascuna area tecnica, una graduatoria dei soggetti legittimamente abilitati quali fornitori di servizi di media audiovisivi in ambito locale, “applicando, per ciascun marchio oggetto di autorizzazione, i criteri stabiliti dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 agosto 2017, n. 146”: e, “in assenza di elementi testuali contrari, pur sempre necessari ... 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”.

Fermo quanto ora esposto, ritiene il Collegio che le disposizioni di cui all’art. 4-bis del decreto legge n. 91 del 2018, convertito con legge n. 108 del 2018 non rechino operatività, fuori dall’ (e, quindi, successivamente all’) annualità 2019.

...

Lo stesso Legislatore ha, quindi, in maniera invero univoca:

- non soltanto contemplato l’estensione della normativa di cui al D.P.R. 146 alla sola annualità 2019;
- ma, altrettanto espressamente, qualificato il relativo regime come “transitorio”.

Risulta per l’effetto, ad avviso del Collegio, preclusa un’opzione ermeneutica che, forzando ben più che praeter legem il disposto normativo in rassegna:

- da un lato, ne estenda l’operatività anche oltre l’orizzonte temporale da essa contemplato;
- e, d’altro canto e conseguentemente, finisca per stabilizzarne “a regime” una portata, dichiaratamente “transitoria”.

L’illustrata scelta interpretativa risulta, del resto, confortata anche dalle considerazioni, sul punto, rassegnate dal Consiglio di Stato; il quale:

- nel rilevare come sia stato “espressamente previsto che il relativo regolamento dovesse «intendersi qui integralmente riportato», in tale modo sembrando operare un recepimento della relativa disciplina secondaria, contestualmente modificata con l’inserimento di un’ulteriore disposizione all’art. 4, comma 2, cit.”;

- ha soggiunto che “tale recepimento ... è stato operato “al fine di estendere il regime transitorio anche all’anno 2019” e, dunque, pro futuro, in relazione alla disciplina da applicare per la successiva annualità 2019”;

venendo, quindi, in considerazione:

- non già un’ipotesi di legificazione di un atto provvedimentale, “né ... un intervento normativo derogatorio del principio di irretroattività della legge (non emergendo una volontà contraria, esplicita o implicita, dal legislatore, che anzi ha espressamente giustificato il rinvio al DPR n. 146/2017 ai fini della regolazione di una futura annualità)”,

- quanto, piuttosto, un intervento che, seppure inidoneo a determinare “la caducazione ex tunc della fonte regolamentare contestata in prime cure”, è suscettibile di operare “soltanto pro futuro, in relazione all’annualità 2019”.

9. La chiara lettera della norma all’esame – in presenza della quale, non è dato prescindere da un approccio ermeneutico necessariamente testuale, altrimenti venendosi a configurare un intervento inammissibilmente “manipolativo” (con ricadute, parimenti inammissibili, di contenuto finanche nomopoietico, laddove in sede interpretativa venisse ad estendersi la vigenza di una disposizione di legge oltre l’orizzonte temporale da essa espressamente perimetrato) – unitamente all’altrettanto univoca lettura che di essa ha fornito, con la sentenza sopra riportata, il Giudice di appello, impone di escludere che l’effetto “legificativo” operato, rispetto alle previsioni dettate dal D.P.R. n. 146 del 2017, per effetto dell’art. 4-bis del decreto legge n. 91 del 2018, possa rivelare perdurante operatività per le annualità successive al 2019.

Ne consegue che, con riferimento all’annualità – 2022 – oggetto della presente controversia, le disposizioni dettate dalla fonte regolamentare in rassegna:

- conservano sì persistente operatività,

- ma nell’ambito (e nei limiti) della rimodulazione riveniente dalla ripetuta sentenza n. 7880 del 2022, la cui efficacia di giudicato – con attitudine conformativa evidentemente erga omnes (e, nel caso di specie, anche pro futuro, una volta escluso che il decreto legge anzidetto ne abbia immutato la connotazione anche per annualità successive al 2019), trattandosi di testo di normazione secondaria – impone di individuarne i contenuti rivelanti attuale legittimità.....

....Quanto sopra, rende con ogni evidenza non rilevante la disamina della sollevata questione di legittimità costituzionale dell’art. 4-bis del decreto legge n. 91 del 2018, a fronte della perimetrata valenza della “legificazione” da esso operata con esclusivo riferimento ad annualità (2019) diversa, rispetto a quella (2022) oggetto del presente gravame.

9.3 La valenza conformativa promanante dalla presente pronunzia, sulla base di quanto – ancora una volta – precisato dal Giudice d’appello con la più volte citata sentenza del 2022 – imporrà all’Amministrazione la rideterminazione, in favore dei concorrenti già graduati, dei contributi dovuti per l’anno 2022, con destinazione del 100% dello stanziamento annuale in favore della totalità di essi e conseguente liquidazione del contributo, a ciascuno di essi spettante, in proporzione del rispettivo punteggio per come riportato nella graduatoria approvata (conseguentemente, senza applicazione dello scalino preferenziale, già annullato con forza di giudicato con sentenza del Consiglio di Stato, n. 7880 del 2022) e tenendo esclusivamente conto dei punteggi assegnati in sede amministrativa, in applicazione dei criteri selettivi di cui allo stesso D.P.R.....”

Il TAR Lazio, chiamato a giudicare sulle graduatorie relative al 2022, richiamando alcuni principi già espressi da codesto Consiglio di Stato nella nota sentenza n.7880/22, ha ritenuto che le disposizioni di cui all’art.4bis del DL n.81/2018 conv. con L.n.108/2018, “non rechino operatività fuori dall’(e, quindi, successivamente all’) annualità 2019” con la conseguenza che il 2022 esulerebbe da tale ambito applicativo legificato dovendosi ricondurre alla fonte regolamentare già colpita, con riferimento al cd. scalino preferenziale, da precedente pronuncia di illegittimità.

La decisione sopra riprodotta si rivela errata in diritto, motivo per cui se ne chiede la riforma e/o l'annullamento per il seguente

MOTIVO

Violazione e falsa applicazione dell'art.4bis del DL n.81/2018 conv. con L.n.108/2018.

Disattendendo la tesi sostenuta da questa Avvocatura - secondo cui, con la disposizione contenuta nell'art.4bis del DL n.81/2018, conv. con L.n.108/2018, il Legislatore ha inteso legificare *pro futuro* tutta la disciplina recata dal DPR 146/2017 - il TAR ha ritenuto che la legificazione sia stata operata solo limitatamente al 2019, ritenendo operante, per il 2022, la norma regolamentare e statuendo, con riferimento al solo art.6 del DPR 146/2017, la sua illegittimità nella parte che prevede il cd. scalino preferenziale, già annullato da codesto Consiglio di Stato in riferimento alle graduatorie 2016 e 2017.

La soluzione fornita dal TAR, tuttavia, non può essere condivisa perché contrasta in modo evidente con l'interpretazione, letterale e logica, del citato art.4bis, da cui emerge invero l'univoca volontà del Legislatore di legificare interamente la fonte regolamentare.

Diversamente opinando, infatti, non si comprenderebbe - e neppure il TAR lo spiega - il significato dell'espressione "*da intendersi qui integralmente riportato*" utilizzata dal Legislatore proprio con riferimento al Regolamento in questione.

Invero, come chiarito dalla stessa Corte Costituzionale, (n.80/2013):

"..., non è logico ritenere che il legislatore ... abbia inteso, da un lato, regolare in via definitiva la materia attraverso l'adozione di un atto certamente avente natura regolamentare e, al contempo, «legificare» un atto amministrativo in via transitoria e con efficacia limitata nel tempo".

In sostanza, quindi, non è ipotizzabile una legificazione della materia, pure riconosciuta essere intervenuta dal Consiglio di Stato nella sentenza n.7880/22, più volte richiamata dal TAR, sia pure solo *pro futuro*, allorché afferma che

“2.6.3 non sembra che nella specie si sia realizzata una legificazione del DPR n. 146/2017 in via retroattiva.” -

ai soli fini della disciplina transitoria, riservando la disciplina definitiva della materia alla fonte regolamentare.

Se il legislatore avesse voluto limitare gli effetti del rinvio alla sola disciplina transitoria, invero, non avrebbe avuto bisogno di richiamare integralmente il Regolamento, ma avrebbe di certo potuto direttamente richiamare i criteri stabiliti dal DPR 146/2017, come del resto avvenuto con l'art.1, comma 1034, L.205/2017, nel quale, senza aver preventivamente recepito il DPR, è stato fatto rinvio solo ai criteri stabiliti dal DPR.

Proprio il confronto tra le due disposizioni previste dall'art.1, comma 1034, della citata L.205/2017 e l'art.4bis del DL n.81/2018 conferma la diversità di tecnica utilizzata dal Legislatore: nel primo caso, richiamando in via meramente formale la fonte regolamentare; nel secondo caso, riportando integralmente, in via recettizia e sostanziale, la stessa fonte.

Conseguentemente, alla stregua dei principi affermati dalla Corte Costituzionale sopra richiamati, non si giustifica, sotto il profilo logico ancor prima che giuridico, la tesi seguita dal TAR, secondo cui si sarebbe verificato il recepimento integrale del DPR ma ai soli fini della disciplina transitoria, in quanto tale soluzione avrebbe quale irragionevole ed incomprensibile effetto quello di riservare al Legislatore la disciplina delle sole annualità 2018-2019, mentre tutte le altre annualità, precedenti e successive, resterebbero disciplinate dalla fonte regolamentare.

ISTANZA CAUTELARE

L'esecuzione della sentenza del TAR, nelle more della decisione di appello, è gravemente pregiudizievole per l'Amministrazione la quale, tenuta al rifacimento delle graduatorie, con chiari riflessi pregiudizievole anche per le emittenti inserite tra le prime 100, all'esito che si auspica favorevole, del gravame, sarebbe costretta a rinnovare l'attività frattanto compiuta.

La sospensione dell'esecutività della sentenza invece non pregiudica in modo irreparabile i diritti delle società escluse, le quali ove la sentenza impugnata dovesse essere confermata, potranno certamente ottenere il preteso bene della vita.

Peraltro, ove codesto Consiglio di Stato non dovesse ravvisare i presupposti per l'adozione della invocata cautela, in subordine, si chiede che la richiesta tutela venga assicurata attraverso la fissazione dell'udienza di merito, ai sensi dell'art.55 cpa.

Alla stregua di quanto in narrativa considerato, l'intestata Amministrazione

CONCLUDE

affinché l'adito Consiglio di Stato accolga l'appello e per l'effetto annulli la sentenza impugnata.

Vinte le spese.

Roma, 6 settembre 2023

Alessia Urbani Neri

Avvocato dello Stato