

ALDO FRIGNANI-GIUSEPPE ROSSI

SULLA « DURATA PROGRAMMATA » DELLE OPERE AUDIOVISIVE TELETRASMESSE QUALE BASE DI COMPUTO DELLE INTERRUZIONI PUBBLICITARIE (STUDIO DI DIRITTO COMUNITARIO E COMPARATO)

SOMMARIO: QUESITO — I. L'INTERPRETAZIONE E L'APPLICAZIONE DELLE NORME INTERNAZIONALI COMUNITARIE. — I.1. Il quadro normativo. — I.2. I limiti di applicabilità della Convenzione di Strasburgo negli Stati membri della CE. — I.3. La posizione della Commissione, quale interprete e quale *iuris conditor*. — I.4. Il dato testuale. Il principio della « durata programmata ». — I.5. I principi generali. La direttiva garantisce ai radiodiffusori l'insopprimibile « diritto di trasmettere ». — I.6. Il « diritto di trasmettere » tra libera circolazione dei servizi e garanzia della libertà di espressione. — I.7. Il bilanciamento tra il « diritto di trasmettere » e i diritti ed interessi dei terzi. — I.7.1. *Interruzioni pubblicitarie e diritti d'autore: due diritti soggettivi in (potenziale) contrasto*. — I.7.2. *Interruzioni pubblicitarie e tutela degli interessi dei telespettatori*. — I.7.3. *Il principio della reasonable balance nell'interpretazione dell'art. 14 della Convenzione di Strasburgo*. — I.8. « Interventi » sull'opera e libertà di espressione dei radiodiffusori. — I.9. Effetti dei possibili criteri di computo sui mercati delle opere audiovisive. — I.10. *Segue*. Rilevanza delle attuali condizioni del mercato internazionale dei « diritti televisivi » sulle opere audiovisive. — I.11. Disciplina delle interruzioni pubblicitarie e « riserva » a favore delle opere europee. — I.12. Effetti dei possibili criteri di computo sull'accesso delle imprese alla comunicazione pubblicitaria. — II. I POTERI DEGLI STATI MEMBRI ED I LIMITI DEL LORO ESERCIZIO. — II.1. Il potere di emanare disposizioni più restrittive. Limiti. — II.2. Previsione del principio del « tempo netto » da parte del legislatore statale e « diritto di trasmettere ». — II.3. L'interpretazione delle norme nazionali deve avvenire in conformità del diritto comunitario.

QUESITO.

Una società esercente attività di radiodiffusione televisiva su scala nazionale in uno degli Stati membri della CE ci prospetta il seguente quesito:

* Il presente studio riproduce, con alcune aggiunte, il testo di un parere *pro veritate* rilasciato alla società Pro Sieben Media AG, di Monaco di Baviera, e prodotto dinanzi alle Corti tedesche. Lo stesso è stato elaborato e redatto « a quattro ma-

ni »; tuttavia, per una corretta attribuzione dei pregi e difetti spettanti a ciascuno, A. Frignani è direttamente responsabile dei paragrafi da I.1 a I.7.3, G. Rossi dei paragrafi da I.8 al termine.

« Se le disposizioni di cui agli artt. 14, comma 3, Convenzione europea sulla televisione transfrontaliera, firmata a Strasburgo il 5.5.1989, e 11, comma 3, direttiva CE del 3.10.1989, n. 552, “relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l’esercizio delle attività televisive” (c.d. “televisione senza frontiere”)¹, disposizioni relative al numero di interruzioni pubblicitarie inseribili dai radiodiffusori all’interno della trasmissione di opere audiovisive, debbano essere interpretate nel senso per cui il computo della durata di tali opere deve avvenire sulla base del tempo di trasmissione comprensivo delle interruzioni pubblicitarie e di altra natura operate dal radiodiffusore (c.d. “tempo lordo”), ovvero sulla base del tempo di trasmissione della sola “opera audiovisiva”, al netto di ogni interruzione (c.d. “tempo netto”) ».

I. L’INTERPRETAZIONE E L’APPLICAZIONE DELLE NORME INTERNAZIONALI E COMUNITARIE.

I.1. IL QUADRO NORMATIVO.

Preliminarmente, è opportuno riportare il contenuto delle norme indicate nel quesito.

L’art. 14, comma 3, della Convenzione di Strasburgo, nel testo italiano, recita:

« La trasmissione di opere audiovisive come i lungometraggi cinematografici ed i films realizzati per la televisione (eccettuate le serie, i romanzi a puntate, i programmi ricreativi ed i documentari), a condizione che la loro durata sia superiore a 45 minuti può essere interrotta una volta per periodo completo di quarantacinque minuti. Un’altra interruzione è autorizzata se la loro durata supera di almeno venti minuti due o più periodi completi di 45 minuti ».

L’art. 11, comma 3, della direttiva 552/89, c.d. « televisione senza frontiere », nel testo modificato dalla direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 97/36/CE, del 30.6.1997, recita:

« La trasmissione di opere audiovisive come i lungometraggi cinematografici ed i film prodotti per la televisione (eccettuate le serie, i romanzi a puntate, i programmi ricreativi ed i documen-

¹ Come è noto, la direttiva 89/552 è stata recentemente modificata dalla direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 97/36/CE, del 30.6.1997 (il testo attuale della direttiva 89/552, coordinato con le modifiche di cui alla direttiva 97/36, è pubblicato in questa *Rivista*, 1997, 985 e ss.,

accompagnato dal commento di G. VOTANO, *TV europea senza frontiere, atto secondo, ibidem*, 994 e ss.). Il testo tiene conto degli effetti, invero di non rilevante entità, comportati dalla modifica della direttiva sul problema affrontato.

tari), di durata programmata superiore a 45 minuti, può essere interrotta una volta per periodo completo di 45 minuti. È autorizzata un'altra interruzione se la loro durata programmata supera di almeno 20 minuti due o più periodi completi di 45 minuti».

Ambedue le disposizioni si inseriscono nel contesto di norme più ampie, volte a regolare in generale l'inserimento di pubblicità nelle trasmissioni televisive: gli artt. 14 della Convenzione e 11 della direttiva, i quali a loro volta fanno parte delle regolamentazioni di vari aspetti della pubblicità televisiva, contenute rispettivamente nei capitoli III della Convenzione e IV della direttiva, atti normativi complessi che perseguono una pluralità di scopi, non facilmente riconducibili ad unità, posto che includono norme relative a diritti e diverse posizioni giuridiche dei soggetti più disparati (radiodiffusori, autori delle opere teletrasmesse, produttori di opere audiovisive, inserzionisti, *sponsors*, minori, telespettatori in generale, e così via)².

Dall'esame complessivo degli artt. 14 e 11 si evince che la disciplina dell'inserimento di pubblicità nelle trasmissioni televisive è dominata da due principi generali:

a) la pubblicità deve essere inserita « tra i programmi »;

b) la pubblicità può essere inserita « anche nel corso di un programma », nel rispetto delle specifiche disposizioni dettate per particolari generi di trasmissioni (sportive, cronache, opere audiovisive, uffici religiosi, e così via), « tenuto conto degli intervalli naturali » del programma, nonché delle sue « durata e natura », e in ogni caso in modo da non ledere « l'integrità ed il valore » del programma stesso, né i « diritti dei titolari ».

Le disposizioni di cui al comma 3 degli artt. 14 e 11 disciplinano appunto l'inserimento di interruzioni pubblicitarie « nel corso » di un particolare genere di trasmissione, rappresentato, secondo la comune dizione delle due norme, dalle « opere audiovisive ».

La fattispecie in esame è quindi sottoposta alle prescrizioni specifiche di cui ai commi 3 degli artt. 14 e 11, nonché ai principi generali, fissati dal primo comma sia dell'art. 14 sia dell'art. 11, della tutela dell'integrità e del valore delle opere, e della salvaguardia dei « diritti dei titolari », principi che devono essere tenuti presenti, con i generali canoni interpretativi del diritto internazio-

² Pluralità di scopi che emerge anche dalla lettura del c.d. *Libro bianco* della Commissione (*Televisione senza frontiere. Libro bianco sull'istituzione del mercato comune delle trasmissioni televisive, specialmente via satellite e via cavo*, doc COM (300) def. del 14.6.1984, che si prefiggeva quali obiettivi la precisazione dell'importanza rivestita dalle trasmissioni televisive per l'integrazione europea e per la formazione di una Comunità libera e de-

mocratica, la precisazione dell'importanza rivestita dal Trattato CE per « i creatori, i produttori, diffusori e utenti dei programmi radiotelevisivi », e la presentazione delle posizioni della Commissione relativamente all'armonizzazione di determinati aspetti della disciplina del diritto d'autore negli Stati membri (materia quest'ultima poi esclusa dalla direttiva 552/89, e che ha peraltro successivamente trovato disciplina comunitaria in diversa sede).

nale e comunitario, anche nell'interpretazione delle prescrizioni specifiche delle norme indicate nel quesito.

I.2. I LIMITI DI APPLICABILITÀ DELLA CONVENZIONE DI STRASBURGO NEGLI STATI MEMBRI DELLA CE.

Ancora in via preliminare, è necessario considerare in sintesi i rapporti tra i due atti normativi, e in particolare quali siano le norme applicabili all'attività di radiodiffusione svolta da un'emittente avente sede in uno degli Stati membri della CE (e nei rapporti fra Stati membri della CE).

Innanzitutto, deve trovare applicazione il principio generale della *lex posterior*, considerato che la direttiva è stata emanata in epoca posteriore alla Convenzione (circa sei mesi dopo).

In ogni caso, l'art. 27 della Convenzione, che regola i rapporti tra la stessa e « altri accordi e intese internazionali », dispone al comma 1 che le norme della Convenzione debbono essere applicate dagli Stati membri CE « nei loro rapporti reciproci ... solo qualora non esista una disposizione comunitaria che disciplina il particolare argomento pertinente ».

In una recente sentenza, la Corte di Giustizia³, discutendosi dell'applicazione dell'uno o dell'altro atto normativo ha stabilito che:

« A questo proposito è sufficiente rilevare che l'art. 27, comma 1, della Convenzione prevede espressamente che gli Stati membri applicano il diritto comunitario e non applicano dunque le norme della Convenzione se non nei casi in cui non esistono norme comunitarie che disciplinano quel settore determinato ».

Del tutto pacifico pare che l'art. 11, direttiva 552/89 disciplini lo stesso « oggetto » delle disposizioni dell'art. 14 della Convenzione. L'affinità non si limita peraltro alla sola materia regolata, essendo invece in massima parte comuni anche le regole in concreto dettate, posta la assai simile formulazione dei due articoli.

La conclusione è ben valida anche con riferimento specifico alle due disposizioni di cui al comma 3 degli artt. 11 e 14: ambedue disciplinano la materia dell'inserimento di pubblicità nel corso della trasmissione televisiva di « opere audiovisive », con regole di tenore del tutto simile.

Dunque, deve ritenersi che ad un'emittente operante in uno degli Stati membri non possa applicarsi l'art. 14, Convenzione di Strasburgo, ma debba invece applicarsi soltanto l'art. 11, direttiva 552/89.

³ Sent. 10.9.1996, causa C/22/94, Commissione/Regno Unito.

In prosieguo, il quesito verrà comunque discusso con riferimento ad ambedue le normative.

I.3. LA POSIZIONE DELLA COMMISSIONE, QUALE INTERPRETE E QUALE IURIS CONDITOR

Sul problema oggetto del quesito, la Commissione è intervenuta in due occasioni, in diverse « vesti » istituzionali.

Innanzitutto, nella *Relazione sull'attuazione della Direttiva 89/552/CEE*, presentata in data 31.5.1995⁴, ai sensi dell'art. 26 della direttiva, e dunque in sede di interpretazione della norma vigente, ricordando come la questione del computo del tempo lordo o netto di trasmissione fosse stata oggetto di una controversia « soprattutto in Germania, in quanto la Corte d'Appello di Coblenza è stata chiamata a pronunciarsi nel marzo del 1994, nel contesto della cosiddetta causa 'brutto-netto' », ha osservato che:

« A giudizio della Commissione, il principio del "tempo lordo" (comprendendovi anche il tempo dedicato agli spot pubblicitari) è da considerarsi come la disposizione minima necessaria ai fini della direttiva. Merita comunque ribadire ancora una volta che gli Stati membri possono stabilire regole più rigorose o dettagliate nei confronti delle emittenti che rientrano nella loro sfera di competenza ».

Con un'affermazione di tenore non diverso, la Commissione, nella veste questa volta di *iuris conditor*, in sede di esame degli emendamenti proposti dal Parlamento (nella fase di c.d. « prima lettura ») alla proposta di modifica della direttiva 552/89, dalla stessa Commissione presentata in data 31.5.1995, in applicazione dell'art. 26 della Direttiva, ha respinto l'emendamento n. 41, con questa motivazione:

« The Commission cannot accept the part of the amendment stating that the basis for calculation of the number of breaks allowed should be scheduled duration "exclusive of all interruptions". This would impose an unnecessary restriction that would impact very negatively on the broadcasters' revenue streams » (*Explanatory memorandum* della proposta modificata presentata dalla Commissione in data 7.5.1996⁵, sub art. 11.3).

Nello stesso *Explanatory memorandum*, la Commissione ha chiarito che, nel quadro di un atteggiamento di massima favorevole verso la posizione parlamentare, il diniego di recepimento degli emendamenti, in quelle rare volte in cui è stato espresso, in li-

⁴ doc. COM(95) 86 def 95/0074 (COD); la proposta si legge in *GUCE*, (COD).

⁵ doc. COM(96) 200 def 95/0074

nea generale doveva motivarsi alternativamente per il serio pregiudizio che il loro recepimento avrebbe arrecato all'equilibrio generale della proposta, oppure per la pratica impossibilità, secondo la Commissione, di dare concreta attuazione all'emendamento proposto, o ancora per le *serious legal difficulties* che l'emendamento avrebbe sollevato (v. punto 2.1).

Secondo il testo del ricordato emendamento n. 41, la regola del « tempo netto » avrebbe dovuto trovare applicazione esclusivamente riguardo al calcolo della durata dell'opera al fine dell'inserimento dell'interruzione « supplementare » (ulteriore rispetto alle interruzioni praticabili per ciascun periodo completo di venti minuti), consentita nel caso in cui la « durata programmata » dell'opera superi di almeno venti minuti due o più periodi completi di 45 minuti⁶.

La proposta, in questa versione pur meno pregiudizievole per i radiodiffusori rispetto all'ipotesi che vorrebbe la regola del « tempo netto » applicata in maniera generalizzata a tutte le interruzioni pubblicitarie (sia per periodo completo di 45 minuti, sia per l'interruzione « supplementare »), ha incontrato la ricordata univoca opposizione della Commissione, che vi ha visto un'ingiustificata minaccia per le fonti di finanziamento dei radiodiffusori.

A fortiori, deve ritenersi che ancora più radicale sarebbe stata l'opposizione della Commissione ad una proposta che avesse inteso estendere la regola del « tempo netto » anche alle interruzioni praticabili dai radiodiffusori « per ogni periodo completo di 45 minuti », posto che una simile scelta normativa avrebbe rivestito effetti ancora in maggior misura pregiudizievoli per le fonti di finanziamento delle emittenti.

Aggiungiamo che, conformemente alla posizione della Commissione, la proposta incorporata dall'emendamento n. 41 non ha trovato ingresso nel testo definitivo della direttiva 97/36.

La ricordata posizione della Commissione rappresenta un riconoscimento del ruolo che le esigenze di finanziamento dell'emittenza, e in particolare di quella privata, che dal mercato pubblicitario trae la sua maggiore fonte di sostentamento, rivestono nel quadro della direttiva, e comunque, in generale, dell'intervento normativo comunitario in materia televisiva⁷.

⁶ Per chiarezza, si riporta il testo dell'emendamento n. 41: « La trasmissione di opere audiovisive come i lungometraggi cinematografici e i film realizzati per la televisione (fatta eccezione per le serie, i romanzi, i programmi ricreativi e i documentari) può essere interrotta soltanto una volta su di un periodo completo di 45 minuti. È autorizzata un'altra interruzione se la loro durata programmata, da calcolarsi

si al netto di qualsiasi eventuale interruzione, supera di almeno venti minuti due o più periodi completi di 45 minuti... » (corsivo nostro).

⁷ Consapevolezza non condivisa da una dottrina italiana « vicina » alle posizioni dei proponenti il ricordato emendamento (G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *La disciplina comunitaria delle trasmissioni televisive e la recente legislazione italiana*, in

Ed è appena il caso di aggiungere che dall'equilibrio normativo tra esigenze di finanziamento dell'emittenza e tutela degli autori delle opere, degli spettatori, e così via, dipende in larga misura il futuro assetto del mercato televisivo europeo, e dei mercati « a monte » ed « a valle », il cui sviluppo, in un ambiente concorrenziale, costituisce uno degli scopi principali dell'intervento normativo comunitario.

I.4. IL DATO TESTUALE. IL PRINCIPIO DELLA « DURATA PROGRAMMATA ».

Tanto premesso, l'esame del quesito non può che prendere le mosse dall'esegesi testuale delle norme ricordate.

L'art. 11, comma 3 della direttiva utilizza, per qualificare la durata delle opere audiovisive, l'attributo « programmata ». Nel testo tedesco si parla di *programmierte Sendezeit* o *programmierte Sendedauer*; in quello inglese viene utilizzata l'espressione *programmed duration*. Nel testo spagnolo compare l'espressione *duración programada*; il testo francese utilizza le parole *durée programmée*.

Eventuali distinzioni tra i significati da attribuirsi alle varie versioni, fondate sui differenti riferimenti di ciascun testo al « tempo di trasmissione programmato » (*programmierte Sendezeit*) o alla « durata programmata » (*programmed duration*, *durée programmée*), da cui si faccia discendere la conseguenza per cui i testi inglese e francese si riferirebbero non alla durata dell'opera come « tempo di trasmissione », ma alla durata dell'opera in sé⁸, non possono che apparire assai vaghe e discutibili. Simili differenze non sono dovute che a diversità linguistiche, e comunque, valorizzando soltanto l'uso di differenti sostantivi (*duration*, *durée*, *Sendezeit*), si perde di vista la presenza del participio passato (*programmed*, *programmée*, *programmierte*, *programada*), dal significato indiscutibilmente comune in tutte le lingue in discorso⁹. A

Foro It., 1993, IV, 142 e ss., 152), secondo la quale « la pubblicità ... può incoraggiare il formarsi di posizioni dominanti, con grave pericolo per il pluralismo stesso e la libertà di informazione ». Dissentiamo nella maniera più radicale da simili impostazioni, che vorrebbero garantire il « pluralismo » soffocando l'emittenza privata, così da lasciare il monopolista (o ex-monopolista) pubblico padrone del mercato. Basti osservare che proprio l'assoluta mancanza di considerazione da parte dei monopoli statali rispetto alla pubblica necessità di

pluralismo delle fonti informative ha dato origine ad una delle più forti « spinte », in vari Stati membri, quali Gran Bretagna, Francia, Spagna, Italia, verso l'apertura dell'etere ai privati.

⁸ Secondo la tesi sostenuta da LG Stuttgart, 10.10.1996, 17 O 198/96, in *ZUM*, 1997, 62.

⁹ Così anche A. SCHARDT, *Novellierung der Richtlinie « Fernseh ohne Grenzen »: Quoten ohne Ende?*, in *ZUM*, 1995, 734 e ss., 736.

meno di ridurre l'operazione interpretativa ad un mero « bisticcio » linguistico, all'argomento criticato non può essere accordata alcuna rilevanza¹⁰.

L'aggettivo « programmata » non si ritrova nel testo della Convenzione, che si riferisce semplicemente alla « durata » delle opere. Il Comitato permanente, nell'*Explanatory Report* della Convenzione, al punto 191, ha tuttavia utilizzato, nel riferire il contenuto della norma di cui all'art. 14, l'espressione *scheduled duration*, così colmando, in sede di interpretazione autentica resa ai sensi dell'art. 21, lett. c), la discrasia rispetto alla formulazione della norma comunitaria.

Il riferimento alla « durata programmata » non può certo ritenersi privo di significato, per ragioni di ordine sia storico, sia logico-sistematico¹¹.

Per quanto riguarda il primo punto di vista, è necessario ricordare come le questioni regolate dall'art. 11 siano state tra le più controverse in assoluto nel corso del negoziato che ha condotto all'emanazione della direttiva¹², nonché dell'*iter* normativo che ne ha preceduto la recente revisione, in quanto in relazione ad esse il potenziale contrasto tra le esigenze di regolamentazione della pubblicità televisiva e di finanziamento dell'emittenza raggiunge la sua massima tensione.

Traccia evidente di tali controversie si ritrova nelle non certo secondarie divergenze, sul punto, tra la « posizione comune » adottata dal Consiglio in data 13.4.1989, e il testo definitivo.

Relativamente alla norma che qui interessa, il testo dell'art. 11 della « posizione comune » non includeva alcun riferimento alla durata « programmata » delle opere audiovisive, riferendosi invece in generale alla « durata » delle opere.

L'inserimento dell'attributo « programmata », frutto di uno degli assai pochi emendamenti proposti dal Parlamento « in seconda lettura »¹³, non può certo ritenersi casuale, rappresentando in-

¹⁰ Comunque, non è fuori luogo ricordare i moniti di R. SACCO, *Riflessioni di un giurista sulla lingua (la lingua del diritto uniforme, e il diritto al servizio di una lingua uniforme)*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 57 e ss.

¹¹ Come sostenuto, in Germania, da C. ENGEL, *Die Geltung des Brutto-Prinzips für die Unterbrechung von Spiel- und Fernsehfilmen durch Werbung*, in *ZUM*, 1994, 335 e ss., 336; M. HOFFMANN, A. SCHARDT, *Zur Definition der Programmendauer in §26 Abs. 4 Rundfunkstaatsvertrag sowie im Rahmen der Werberichtlinien der Landesmedienanstalten*, parere del gennaio 1993, inedito, ma cit. da ENGEL, *op. cit.*, 335.

¹² Per una sintesi delle vicende che

hanno preceduto l'emanazione della Direttiva, si rinvia a G. SCHRICKER, *Grenzüberschreitende Fernseh- und Hörfunksendungen im Gemeinsamen Markt*, in *GRUR-Int.*, 1984, 592; Id., *Harmonisierung des Rundfunkwerberesrecht*, in *Zeit. f. Urheber und Medienrecht*, 1985, 594; A. FRIGNANI, *Sponsoring von Programmen und neue Formen der absatzfördernden Kommunikation im italienischen Fernsehen aus der Sicht des Gemeinschaftsrecht*, in *GRUR Int.*, 1994, I, 33 e ss.; A. FRIGNANI, *Sponsorizzazione dei programmi e nuove forme di promozione commerciale televisiva*, in *Giur. It.*, 1993, IV, 393.

¹³ Parere in data 24.5.1989, in *GU-CE*, C/158, del 26.6.1989.

vece, all'esito del controverso negoziato di cui si è detto, una ben precisa concessione del legislatore comunitario alle esigenze di finanziamento dell'emittenza¹⁴.

Dal punto di vista logico-sistematico, il riferimento alla durata « programmata » delle opere acquista un significato soltanto ove interpretato nel senso di indicazione della durata « lorda » dell'opera per il calcolo delle interruzioni.

La « durata » *tout court* di un'opera audiovisiva è un dato di fatto. L'opera, infatti, viene « acquistata » dal radiodiffusore come « prodotto » completo dalla durata complessiva determinata, essendo già stata « montata » in maniera definitiva prima della sua messa in commercio.

Il radiodiffusore non può, in alcun modo, « programmare » la durata delle opere che trasmette, a meno che per « programmazione » si intenda proprio la determinazione del numero e del posizionamento delle interruzioni pubblicitarie in forma di *spot*, e degli altri interventi del radiodiffusore sull'opera, quali inserimenti di sigle, sponsorizzazioni, riassunti, inviti all'ascolto, e così via. A seguito di tali interventi, che devono rispettare i sopra indicati principi generali dettati a tutela del « valore e dell'integrità » dell'opera, nonché dei « diritti dei titolari », l'opera acquista appunto la sua durata « programmata ».

Inoltre, la « durata programmata » della trasmissione, pari al tempo di trasmissione pianificato dall'emittente, ed inserito nei palinsesti, è quella che viene abitualmente comunicata ai telespettatori, talvolta anche con largo anticipo, tramite, ad esempio, le informazioni giornalistiche sui programmi televisivi della giornata o della settimana. La « durata programmata » è dunque la durata dell'opera predisposta per la sua fruizione televisiva, che viene comunicata al telespettatore, e sulla base di cui quest'ultimo effettua le sue scelte.

A meno di ritenere, in conclusione, che l'attributo « programmata », ed i corrispondenti nelle altre lingue comunitarie ricordate, abbiano carattere pleonastico, ciò che contrasterebbe almeno con quanto riferito circa le vicende dell'inserimento nel testo normativo di tale attributo, deve concludersi nel senso per cui l'espressione « durata programmata » testimonia invece di una precisa volontà del legislatore comunitario di adottare la durata « lorda » dell'opera come trasmessa, comprensiva degli interventi dell'emittente, quale base per il calcolo del numero delle interruzioni consentite.

¹⁴ A conclusione analoga giunge una dottrina italiana assai « severa » nei confronti dell'emittenza privata: A. TIZZANO,

La direttiva Cee sulla « televisione senza frontiere », in *Foro It.*, 1990, IV, 92 e ss., spec. 100.

Ciò non è sfuggito del resto agli interpreti nazionali che hanno avuto occasione di pronunciarsi sul contenuto della norma comunitaria.

In Germania, in particolare, l'*Oberverwaltungsgericht* di Coblenza¹⁵, chiamato a pronunciarsi sul punto nell'ambito della nota controversia c.d. « brutto-netto », ha stabilito:

« *Da jedoch Art. 11 Abs. 3 EG-Fernsehrichtlinie nach ebensolcher summarischer Überprüfung das Bruttoprinzip festschreiben wollte... ».*

Nello stesso provvedimento, la Corte di Coblenza ha rilevato, anche sulla base di dichiarazioni giurate di alcuni funzionari della Commissione europea, prodotte dalla parte interessata, che il riferimento alla « durata programmata » rappresentò un riconoscimento in sede comunitaria delle posizioni espresse da parte inglese, estremamente tolleranti quanto agli inserimenti di pubblicità nei film.

Che il riferimento alla « durata programmata » non possa considerarsi meramente pleonastico è provato, *ad abundantiam*¹⁶, riscontro in sede di attuazione della direttiva 552/89 da parte degli Stati membri.

Nel Regno Unito, le *Rules on Advertising Breaks* emanate dalla *Independent Television Commission (ITC)*¹⁷, prevedono, alla sec. 5.5, la *scheduled duration* (l'espressione della direttiva è ripresa quasi alla lettera), dell'opera come base di calcolo del numero delle interruzioni consentite. La stessa dizione è utilizzata anche dalle norme addizionali previste per l'emittente ITV/Channel 4 (sec. 5.6(A)).

In Belgio, il riferimento alla durata « programmata » dell'opera è comune alle norme di attuazione della Direttiva emanate da tutte le comunità linguistiche¹⁸.

¹⁵ OVG Koblenz, *Beschluß vom* 18.2.1994, in *AfP*, 1994, 77 e ss.

¹⁶ Fa eccezione la Francia, che ha dato attuazione sul punto alla Direttiva prevedendo come regola generale applicabile a tutte le trasmissioni che i messaggi pubblicitari « *peuvent être inserés dans les émissions, à condition de ne pas porter atteinte à l'intégrité et à la valeur de ces émissions, de tenir compte des interruptions naturelles du programme ainsi que de sa durée et de sa nature, et de ne pas porter atteinte au droits des ayants droit. Dans le cas prévus ci-dessus, une période d'au moins vingt minutes doit s'écouler entre deux interruptions successives à l'intérieur d'une émission* ». La norma citata è accompagnata dalla previsione per cui ciascuna interruzione pubblicitaria di « opere cinematografiche » non deve avere durata complessiva superiore

re a sei minuti; si v. l'art. 15, n. I e IV, *Décret* n. 92/230, del 27.3.1992.

¹⁷ *Authority* istituita dal *Broadcasting Act 1990*, in sostituzione della *Independent Broadcasting Authority (IBA)* e della *Cable Authority*, che riunisce in sé tutte le competenze relative all'autorizzazione all'esercizio dell'attività radiotelevisiva privata nonché alla sorveglianza e al controllo su tutti i soggetti operanti nel settore dell'emittenza privata, ovvero principalmente le emittenti riunite nel consorzio *Independent Television (ITV)* (circa 15 emittenti « locali » a programmazione parzialmente unificata e i canali *Channel 4* e *Channel 5*).

¹⁸ Ad esempio, per la comunità francese, *Décr. Min. de la culture et des affaires sociales*, 19.7.1991, art. 33 § 3; per la comunità fiamminga, *Décr.* 12.6.1991, art. 5, § 4.

In Italia, l'art. 8, comma 3, l. 6.8.1990, n. 223 riporta la stessa espressione della direttiva: « durata programmata ». Indentica espressione compare anche nel d.d.l. n. 1138, recante « Disciplina del sistema delle comunicazioni », oggi in discussione, all'art. 11, comma 10.

Analogamente, alla « durata programmata » si riferisce l'art. 6, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica Ellenica n. 236, del 16.7.1992.

La più indiscutibile testimonianza dell'importanza che, ben lungi dal ritenerlo pleonastico, i legislatori nazionali degli Stati membri hanno attribuito all'aggettivo « programmata », in riferimento alla durata dell'opera, si trova nella legge spagnola (*Ley* 25/1994, del 12.7.1994), destinata in via del tutto inequivoca a dare attuazione alla direttiva 552/89, posto che l'intestazione della *ley* recita:

« *ley ... por la que se incorpora en el ordinamiento juridico español la Directiva 89/552CEE* ».

Tale legge, all'art. 13, comma 4, recependo nella maniera più puntuale il dettato dell'art. 11, comma 3, recita:

« *Las obras audiovisuales ... podrán ser interrumpidas una vez por cada periodo completo de cuarenta y cinco minutos; autorizándose otra interrupción si la duración programada de la transmisión total excede al menos en veinte minutos a dos o más periodos completos de cuarenta y cinco minutos. Estas interrupciones deberán respetar la integridad y el valor de la obra* ».

A maggior chiarezza, la disposizione ha aggiunto il riferimento alla « durata programmata della trasmissione totale, comprensiva di tutti gli interventi operati dal radiodiffusore ».

Il riferimento alla *duración programada* è ripreso anche nel successivo comma 5, che regola gli inserimenti di pubblicità all'interno dei programmi « informativi, documentari, religiosi e destinati all'infanzia ».

Tuttavia, al fine di evitare qualsiasi controversia interpretativa, con i relativi effetti paralizzanti della corretta applicazione della norma comunitaria, come recepita da quella interna, il legislatore spagnolo ha aggiunto una precisa definizione di *duración programada*, disponendo, al comma 6 del medesimo art. 13, che:

« *Se entiende como "duración programada", a los efectos de este artículo, el lapso de tiempo total de duración del programa u obra incluidos los espacios publicitarios existentes dentro de la obra o programa* ».

L'ultima disposizione citata acquista particolare rilievo proprio a causa del suo espresso riferimento alle « interruzioni pubblicitarie », che in modo indiscutibile devono essere incluse nella durata programmata totale dell'opera: un simile riconoscimento prova infatti la piena consapevolezza in capo al legislatore delle esigenze di economicità dell'attività di radiodiffusione televisiva, soprattutto

con riguardo alla situazione dell'emittenza privata¹⁹, nonché alla tutela che a tali esigenze deve essere garantita allo scopo di dare compiuta attuazione alle disposizioni comunitarie.

I.5. I PRINCIPI GENERALI. LA DIRETTIVA GARANTISCE AI RADIODIFFUSORI L'INSOPPRIMIBILE « DIRITTO DI TRASMETTERE ».

La direttiva 552/89 riunisce disposizioni di contenuto disparato: non semplice è dunque l'operazione ricostruttiva delle finalità dell'intervento normativo, e soprattutto dei principi generali che dominano l'intera disciplina comunitaria della materia radiotelevisiva.

Un simile compito è in parte facilitato dalla lettura dei « considerando », i quali fanno espresso riferimento a due degli obiettivi fondamentali della Comunità: la creazione di « un'unione sempre più stretta tra i popoli europei » (considerando I) e la « realizzazione di un mercato comune che comporta l'eliminazione, tra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e l'istituzione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata » (considerando II; v. anche il considerando VII premesso alla direttiva 97/36)²⁰.

Al primo grande obiettivo paiono doversi ricondurre, in linea di prima approssimazione, le norme della direttiva immediatamente volte ad incoraggiare e sostenere la produzione e la diffusione di programmi televisivi, e soprattutto di « opere audiovisive », europei.

Al secondo di tali obiettivi fondamentali si ricollega, come ricordato dal considerando VI, l'orientamento consolidato (espresso per la prima volta dalla Corte di Giustizia nel noto caso *Sacchi*)²¹ secondo cui « le attività televisive costituiscono, in circostanze normali, un servizio ai sensi del Trattato ». Analoga conclusione è stata successivamente raggiunta con riferimento alla programmazione televisiva via cavo²².

¹⁹ Tanto più significativo diviene un simile riconoscimento ove si pensi che la Spagna è caratterizzata, non diversamente da altri Stati membri, da una lunga tradizione di monopolio pubblico radiotelevisivo. La prima « apertura » ai privati del mercato risale infatti alla *ley* 10/1988, del 3.5.1988, in *B.O.E.*, 5.5.1988, che prevedeva il rilascio di un numero massimo di tre concessioni per attività radiotelevisiva a soggetti privati. Una sintesi delle vicende normative dell'emittenza privata in Spagna è svolta da J.C. LAGUNA DE PAZ, *Regimen jurídico de la television privada*, Madrid, 1994.

²⁰ Ed appunto nelle norme del Trattato relative alla libera circolazione dei servizi ed alla tutela della libertà di concorrenza

fu innanzitutto reperita la base giuridica dell'intervento normativo comunitario, a fronte di atteggiamenti di diniego di alcuni Stati membri, che ritenevano la materia televisiva di esclusiva competenza nazionale (in proposito I.E. SHWARTZ, *Broadcasting and EEC Treaty*, in *Eur. Law Rev.*, 1986, 11). La competenza comunitaria in materia è oggi fondata in modo univoco dall'art. 128, comma 2, del Trattato sull'Unione Europea, firmato a Maastricht il 7.2.1992.

²¹ Corte, 30.4.1974, causa 155/73, *Sacchi*, in *Raccolta*, 1974, 409 e ss.

²² Corte, 18.3.1980, causa 59/79, *Debauve*, in *Raccolta*, 1980, 833 e ss.; *Id.*, 26.4.1988, causa 352/85, *Bond van Adver-*

Conseguenza della qualificabilità come « servizi » delle trasmissioni televisive è la loro sottoponibilità alle norme del Trattato di Roma che garantiscono la libertà di circolazione dei servizi all'interno del mercato comune.

Come non è certo sfuggito agli organi comunitari, il principio di libera circolazione dei servizi (come delle merci o dei capitali) rimane del tutto teorico ed astratto, in assenza di norme comunitarie cogenti che impediscano alle divergenze normative, preesistenti o create *ad hoc*, di elevare barriere.

Il mero inquadramento delle trasmissioni televisive tra i « servizi », con la conseguente loro sottoposizione alle norme di cui agli artt. 59 e ss. del Trattato²³ non avrebbe certo potuto considerarsi sufficiente a garantirne la libera circolazione nel mercato comune, innanzitutto in quanto misure discriminatorie avrebbero comunque potuto essere imposte dagli Stati in presenza dei requisiti di cui agli artt. 55 e 56, e in particolare per ragioni di ordine pubblico. Inoltre, in mancanza di ogni coordinamento delle disposizioni nazionali relative ad alcune materie, quali la pubblicità, le diversità tra le varie normative nazionali avrebbero potuto facilitare interventi restrittivi da parte degli Stati membri, motivati da ragioni di interesse pubblico²⁴.

Con riferimento specifico alla materia radiotelevisiva, il principio cardine del diritto comunitario appena ricordato si è tradotto, oltre che nell'univoca formulazione del considerando VII premesso alla direttiva 97/36, nelle disposizioni generali di cui agli artt. 2 e 3, che regolano i rapporti tra norme interne e norme comunitarie, fissando da un lato il c.d. *country of origin principle*, e dall'altro il carattere di « norma minima » comune delle disposizioni della direttiva.

In altre parole, ferma la facoltà degli Stati di prevedere « norme più rigorose », gli Stati membri garantiscono comunque che le emittenti soggette alla loro giurisdizione rispettino le norme, appunto « minime », fissate dalla direttiva.

In ogni caso, qualora i poteri normativi degli Stati membri includessero l'emanazione di norme tali da impedire, anche di fatto, l'esercizio dell'attività di radiodiffusione da parte di uno o più soggetti, diverrebbe del tutto impossibile il raggiungimento dello scopo della creazione di un libero mercato unico europeo delle tra-

teerders (Kabelregeling), *ibi*, 1988, 2085, su cui il commento di G. FRIDEN, *The « Bond van adverteerders » Case and Recent Legal Developments in EEC « Television Law »*, in *Leiden J. of Int. Law*, 1990, 231.

²³ Norme pur ritenute di diretta appli-

cazione, a partire da Corte, 3.12.1974, causa 33/74, *Van Binsbergen*, in *Raccolta*, 1974, 129 e ss.

²⁴ Così la Corte di Giustizia, nella già citata sentenza *Debauve*; inoltre, Corte, 18.3.1980, causa 62/79, *Coditel*, in *Raccolta*, 1980, 881.

smissioni televisive (o, secondo una suggestiva espressione²⁵, di uno « spazio audiovisivo europeo »).

Se gli Stati fossero stati lasciati liberi di imporre ai radiodiffusori il rispetto degli obblighi della Direttiva, senza obbligarli a garantire altresì il rispetto dei diritti che la direttiva stessa loro concede, primo fra tutti quello a poter effettuare l'attività di trasmissione in condizioni di equilibrio economico, è chiaro che sarebbe venuto meno il primo presupposto per la creazione dello « spazio audiovisivo europeo »: la presenza del maggior numero possibile di operatori (soprattutto privati) sul mercato. Coerentemente con i ricordati principi generali il considerando XVI recita:

« è essenziale che gli Stati membri vigilino affinché non si commettano atti pregiudizievoli per la libera circolazione e il commercio delle trasmissioni televisive o tali da favorire la formazione di posizioni dominanti comportanti limitazioni del pluralismo e della libertà dell'informazione televisiva nonché dell'informazione in genere ».

Ulteriore attuazione il principio trova nell'art. 2-bis, comma 1, inserito dalla direttiva 97/36, ai sensi del quale:

« Gli Stati membri assicurano la libertà di ricezione e non ostacolano la ritrasmissione sul proprio territorio di trasmissioni provenienti da altri Stati membri per ragioni attinenti ai settori coordinati dalla presente direttiva ».

Non pare erroneo affermare che la Direttiva, in ragione degli scopi istituzionali che si prefigge, garantisce ai radiodiffusori, come operatori economici, un vero e proprio « diritto di trasmettere », in condizioni di libertà di mercato, senza barriere e vincoli normativi che impediscano loro di svolgere la loro attività in condizioni di economicità.

Tale diritto viene garantito, coerentemente con la natura della direttiva come atto normativo, innanzitutto nei confronti degli Stati membri.

I.6. IL « DIRITTO DI TRASMETTERE » TRA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI SERVIZI E GARANZIA DELLA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE.

Le fonti normative, e i fondamenti generali del « diritto di trasmettere » divengono ancor più evidenti ove si ponga mente al considerando VIII della Direttiva, che recita:

« questo diritto riconosciuto alla diffusione e distribuzione di servizi di televisione rappresenta anche una specifica manifesta-

²⁵ G. VANDERSANDEN (a cura di), *L'espace audiovisuel européen*, Bruxelles, 1991; V. SALVATORE, *Concorrenza televisiva e diritto comunitario*, Padova, 1993, 108.

zione, nel diritto comunitario, del principio più generale della libertà di espressione qual è sancito dall'art. 10, paragrafo 1, della "Convenzione sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali", ratificata da tutti gli Stati membri e ..., per tale motivo, l'adozione di direttive concernenti l'attività di diffusione e distribuzione di programmi televisivi deve garantire il libero esercizio ai sensi di tale articolo, con i soli limiti previsti dal paragrafo 2 del medesimo articolo e dell'art. 56, paragrafo 1 del Trattato ».

Accanto all'obiettivo, di matrice, almeno in superficie, più marcatamente economica, di garantire la libera circolazione dei servizi, viene in doverosa considerazione anche l'attuazione della garanzia della libertà di espressione.

Non è necessario dilungarsi per dimostrare che tale principio rappresenta uno dei pilastri della cultura giuridica europea, espressione con cui intendiamo indicare l'insieme di grandi principi comuni che costituiscono, oltre ad una delle eredità del retaggio storico di quello che la scienza giuridica definisce « diritto comune europeo »²⁶, il sostrato della nuova unione europea di cui la Comunità ha ormai gettato le basi, e di cui il ravvicinamento delle legislazioni nazionali rappresenta ad un tempo stesso un esito ed un presupposto.

In materia radiotelevisiva, l'intervento comunitario nel senso del riconoscimento del « diritto di trasmettere » è stato, nel caso di vari Stati membri, determinante nel garantire la migliore attuazione del principio di libertà di manifestazione del pensiero, soprattutto a favore dei radiodiffusori privati, cui, in alcuni Stati, si negava ogni possibilità di trasmettere, asserendo, paradossalmente, che la migliore attuazione del principio del pluralismo delle voci sarebbe stata garantita da un monopolio pubblico.

Per quanto riguarda la Germania, non è forse superfluo ricordare come, nonostante l'espressa garanzia della libertà di espressione anche attraverso il mezzo radiotelevisivo, contenuta nell'art. 5, *Grundgesetz*, e nonostante il BVerfG abbia affermato sin dal 1961 che dal precetto costituzionale non può ricavarsi una riserva necessaria a favore dello Stato dell'attività radiotelevisiva²⁷, l'at-

²⁶ V. per tutti M. LUPOI, *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Roma, 1994, sulle orme del Gorla; G.B. FERRI, *La formazione del « civilista europeo »*, in *Contr. impr./Europa*, 1996, 463 e ss., spec. 472 e ss.

²⁷ BVerfG, 28.2.1961, in *BVerfGE*, XII, 205; Id., 27.7.1981, in *BVerfGE*, LVII, 295. Tale ultima sentenza negò peraltro decisamente che, allo stato, l'attività di radiodiffusione potesse essere lasciata al libero mercato, al contrario della stampa,

in cui l'equilibrio del sistema finalmente raggiunto, provato dalla pluralità dei mezzi, poteva far ritenere sufficiente la salvaguardia dell'esistente. La Corte mutò quindi il proprio orientamento con la sentenza 4/11/1986, in *BVerfGE* 73, 118, 196 e ss. (commentata da M. BULLINGER, *Freiheit und Gleichheit in den Medien*, in *Juristenzeitung*, 1987, n. 6); relativa alle disposizioni legislative della Bassa Sassonia, in cui diede il proprio avallo ad un sistema

tività di radiodiffusione da parte di privati non si sia diffusa se non a partire dal 1984, mentre soltanto da epoca assai più recente emittenti private svolgono attività di radiodiffusione a livello nazionale.

Non diversamente in Francia, in cui, a fronte della prima teorica « apertura » ai privati effettuata dalla *loi* 82-141²⁸, soltanto nel 1984 venne rilasciata la prima concessione all'emittente privata Canal Plus, peraltro facente capo ad un « gruppo » controllato dallo Stato. Solo in epoca più recente, con la l. 89-25²⁹, istitutiva del *Conseil superieur pour les moyens de communication audiovisuelle*, e infine con la *loi Carignon*, del 1994³⁰, il sistema radiotelevisivo francese ha raggiunto una maggiore apertura alla presenza dei privati.

Ci si permetta ancora di ricordare, in quanto paradigmatico, il caso dell'Italia, in cui soltanto a seguito dell'emanazione della Direttiva, dopo controversie durate per un trentennio tra privati che pretendevano il rispetto della garanzia costituzionale del diritto di libera manifestazione del pensiero e fautori del monopolio pubblico, è stata legislativamente garantita la possibilità (pur condizionata in modo consistente dall'adozione del regime concessorio) per i privati di trasmettere su scala nazionale³¹.

Ancora sul piano comparatistico, si ricorda che analoga tendenza al pieno riconoscimento del « diritto di trasmettere » si sta manifestando, in anni recenti, negli Stati Uniti.

L'importanza del riferimento alla situazione nordamericana non può essere sottovalutata, innanzitutto in quanto il mercato televisivo negli Stati Uniti presenta già oggi caratteristiche che ben presto diverranno proprie anche dei mercati europei, prima fra tutti la grande diffusione dei « nuovi » mezzi televisivi (soprattutto la televisione via cavo e via satellite), e in secondo luogo perché la portata ed il valore del principio di libertà di espressione dei radiodiffusori sono stati oggetto di un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, oggi giunto a risultati che possono dirsi consolidati.

« dualistico », esigendo comunque che misure legislative limitassero in parte l'operare del libero mercato, soprattutto volte a garantire la sopravvivenza dell'indipendenza delle emittenti private rispetto a imprese già operanti nel settore dei media, e in particolare della stampa regionale.

²⁸ *Loi* 82-141, del 29.7.1982, in *J.O.* del 30.7.1982, 2431. Non è sfuggita ai commentatori (J. MORAND-DEVILLIER, G. VALTER, *La concurrence des médias et le droit communautaire*, in *Rev. dr. publ. et de la sc. pol. en France et à l'étranger*, 1984, 1473) l'influenza rivestita dal diritto comunitario, e in particolare dalle norme sulla libertà di concorrenza, sull'emanazione

della legge, dopo una lunga stagione di monopolio pubblico.

²⁹ L. 18/1/1989, n. 89-25.

³⁰ L. 1/2/1994, n. 94-88 (c.d. « *loi Carignon* »), che attribuisce al *Conseil* poteri di sorveglianza e sanzionatori nei confronti dell'emittenza privata.

³¹ Le vicende evolutive del sistema radiotelevisivo italiano sono ripercorse analiticamente in A. FRIGNANI, G. ROSSI, voce « Radiotelevisione », in *Digesto civ.*, Torino, 1997, XVI, 1997, 207 e ss., a cui ci permettiamo di rinviare, e dove si evidenzia anche il ruolo preponderante che la disciplina comunitaria svolse nel superamento definitivo del monopolio pubblico.

Ebbene, l'attuale orientamento delle Corti statunitensi da un lato limita in misura sempre maggiore l'ammissibilità delle « compressioni » della *freedom of speech* garantita dal Primo Emendamento, operate dalla *Federal Communications Commission* per ragioni di « governo dell'etere », o di controllo contenutistico delle trasmissioni, e dall'altro estende le garanzie del Primo Emendamento a una serie di soggetti sino ad ora esclusi (*cablecasters*, compagnie telefoniche locali, o *Regional Bells*, e così via)³².

La più ampia affermazione del principio di libertà di espressione dei radiodiffusori è andata di pari passo con il progredire della liberalizzazione del mercato radiotelevisivo, che ha toccato il suo punto culminante con l'emanazione del *Telecommunications Act 1996*³³.

L'esperienza statunitense, in particolare, dimostra come garanzia della libertà d'espressione e liberalizzazione del mercato televisivo non possano andare disgiunte.

I.7. IL BILANCIAMENTO TRA IL « DIRITTO DI TRASMETTERE » E I DIRITTI ED INTERESSI DEI TERZI.

Posto che la direttiva riconosce ai radiodiffusori il « diritto di trasmettere », nel significato indicato, occorre chiedersi come tale diritto si armonizzi, con riferimento specifico al problema delle interruzioni pubblicitarie della trasmissione di opere audiovisive, con i diritti di segno diverso attribuiti dalla direttiva a soggetti terzi, e con gli interessi di ulteriori soggetti che, pur senza elevare al rango di diritti, la Direttiva ritiene degni di tutela.

³² La Corte Suprema, nel caso *Turner Broadcasting System Inc. v. FCC*, 62 LW 4647 (1994), ha di recente riaffermato le garanzie di libertà editoriale concesse al *cablecaster* (già riconosciute in *FCC v. Midwest Video Corp.*, 440 U.S. 689, 707 (1979)), paragonato ad un editore di giornali, salvi gli obblighi di concedere accesso alla rete ad uso di alcuni soggetti pubblici e privati, alla ritrasmissione dei programmi delle emittenti via etere operanti nell'ambito territoriale (c.d. *must carry*), ed a emittenti terze per fini commerciali, previsti dal *Cable Act* del 1992 (per un'analisi del quale si rinvia a G. GHIDINI, F. BASSAN, *TV cavo e regolazione asimmetrica: riflessioni a partire dall'esperienza nordamericana*, in *AIDA*, 1995, 45 e ss.). Nel caso *Chesapeake & Potomac Telephone Co. v. US*, 830 F. Supp. 909 (E.D. Va 1993) è stata affermata l'applicabilità della garanzia

di libertà di espressione del Primo Emendamento alla programmazione video delle *local telephone companies*, o *Regional Bells*, disapplicando una norma del *Cable Act* del 1984 che vietava a tali società l'attività di trasmissione di programmi video via cavo nell'area geografica loro assegnata per lo svolgimento del servizio telefonico. Le *Regional Bells*, dunque, sono autorizzate a competere, in ambito locale, con le *cable TV companies*, trasformandosi da meri *carriers of messages in speakers* (così S. DENTE ROSS, *A Decade after Disvestiture: Regional Bells, Video Programming and the First Amendment*, in *Rutgers Computer and Technology L. J.*, 1995, 143).

³³ Un ampio commento del quale in F. BASSAN, *La concorrenza nelle telecomunicazioni: riflessioni a margine della recente riforma statunitense*, in *Dir. comm. int.*, 1996, 477 e ss.

I.7.1. *Interruzioni pubblicitarie e diritti d'autore: due diritti soggettivi in (potenziale) contrasto.*

Per quanto attiene alla prima categoria di posizioni soggettive, vengono innanzitutto in considerazione i diritti degli autori delle opere.

Le interruzioni pubblicitarie non devono compromettere « l'integrità » ed il valore delle trasmissioni, « tenuto conto degli intervalli naturali del programma, nonché della sua durata e natura », né ledere « i diritti dei titolari » (art. 11, comma 1).

Oggetto della tutela accordata al diritto d'autore è la protezione del valore artistico dell'opera, nonché della sua integrità, nei confronti degli interventi del radiodiffusore. Nel contrasto tra due posizioni soggettive egualmente qualificate ed intense, quali il « diritto di trasmettere » dei radiodiffusori, che implica il diritto di finanziare la propria attività mediante il ricorso al mercato pubblicitario, ed il diritto di autore, il comma 3 dell'art. 11 fissa, coerentemente con il carattere generale della Direttiva, la « regola minima » di ricomposizione del conflitto, che comporta una serie di « compressioni » delle due categorie di diritti soggettivi, giustificate solo in quanto necessarie a garantire il rispetto degli altrui diritti.

Il fatto che la norma del comma 3 limiti il contenuto di diritti soggettivi (non solo dei radiodiffusori, si noti, ma anche degli autori, che devono comunque subire interruzioni delle loro opere), induce a ritenere che essa debba essere interpretata restrittivamente, innanzitutto attribuendo il giusto valore al riferimento alla « durata programmata », di cui al precedente paragrafo I.4).

Anche accogliendo una opposta, e non condivisibile, opinione, che qualifichi pleonastica l'aggettivazione ricordata, riteniamo che, nel silenzio sul punto della norma di cui al comma 3 dell'art. 11, debbano comunque trovare applicazione i principi generali di cui al comma 1. Occorre chiedersi, in altre parole, se la trasmissione di un'opera audiovisiva interrotta per un numero di volte pari a quelle consentite nell'ipotesi deteriore per la posizione degli autori, rappresentata dal calcolo sulla base del « tempo lordo », dia luogo ad una compromissione dell' « integrità e del valore dell'opera », o una lesione dei « diritti dei titolari ».

La norma di cui al comma 1, sul punto, non fornisce univoche indicazioni, stabilendo che occorre tener conto « degli intervalli naturali del programma, nonché della sua durata e natura ».

Quanto al primo punto, pare evidente che, se un'opera audiovisiva comprende un numero di « intervalli naturali » tale da consentire l'inserimento di quel numero di interruzioni che risulta dal calcolo effettuato sulla base del « tempo lordo », nessuna lesione del diritto d'autore può essere configurata. In questo caso, infatti, la presenza delle interruzioni, che il radiodiffusore « riempie » con pubblicità o con altri interventi, è stata prevista e voluta dall'autore nel momento stesso in cui ha realizzato l'opera.

Il riferimento alla « durata » e alla « natura » dell'opera, sul punto in questione, non può configurare un dato interpretativo certo a favore di nessuna delle due opzioni a favore del « tempo lordo » o del « tempo netto »: si tratta, in sostanza, di una scelta che viene demandata all'interprete, il quale non potrà che decidere in relazione ad ogni specifico caso.

In altre parole, dovrà essere il giudice nazionale chiamato ad applicare le norme comunitarie a decidere, caso per caso, se la trasmissione di un'opera audiovisiva interrotta per quel numero di volte che il calcolo sulla base del « tempo lordo » consente abbia leso o meno i diritti dell'autore dell'opera stessa: un'opzione di principio a favore del tempo netto, che prescindendo dalla concreta considerazione degli interessi in contrasto nel caso specifico, rappresenterebbe un'inammissibile violazione del diritto soggettivo che le norme comunitarie garantiscono ai radiodiffusori, e di cui gli Stati membri, come ricordato, sono tenuti ad assicurare l'applicazione.

I.7.2. Interruzioni pubblicitarie e tutela degli interessi dei telespettatori.

Tra le categorie di soggetti le cui posizioni soggettive la Direttiva prende in considerazione rientrano, senza dubbio, i telespettatori, « consumatori » del prodotto televisivo.

Sul piano fattuale, è chiaro che, almeno in prima approssimazione, il diritto dei radiodiffusori a finanziarsi mediante il ricorso al mercato pubblicitario può confliggere con l'interesse degli spettatori a non essere infastiditi dalla pubblicità: le interruzioni pubblicitarie nella trasmissione di opere audiovisive, poi, ben possono essere considerate dallo spettatore particolarmente fastidiose.

Facile è obiettare, sempre sul piano fattuale, che è pur sempre preferibile una televisione con la pubblicità, piuttosto che nessuna televisione, così come è forse meglio vedere un'opera interrotta, piuttosto che non vederla affatto. Chiaro è che alle emittenti televisive (private; diverso discorso vale per le emittenti pubbliche, investite in via prioritaria di compiti di pubblico servizio), non può essere imposto di operare in condizioni di perdita economica, al fine di tutelare l'interesse dello spettatore a non subire le interruzioni pubblicitarie: in questo caso, le emittenti cesserebbero di trasmettere.

Sul piano economico, sarebbe del tutto ingiustificabile il riconoscimento di un « diritto » del telespettatore a che le opere audiovisive siano trasmesse senza interruzioni, o con un numero limitato di interruzioni, a pena della scomparsa del radiodiffusore dal mercato, così come, più in generale, assai difficile, con la sola eccezione delle emittenti pubbliche, sarebbe il riconoscimento di un « diritto » del telespettatore all'effettuazione delle trasmissioni in generale.

Nel bilanciamento degli interessi sottesi alla norma giuridica, inoltre, deve tenersi conto del fatto che, mentre il pregiudizio subito dal consumatore-telespettatore sottoposto ad un « bombardamento » di interruzioni pubblicitarie è assai lieve, e comunque evitabile con facilità (cambiando canale, ad esempio), non altrettanto può dirsi del pregiudizio che subirebbero i radiodiffusori da una regolamentazione troppo restrittiva delle interruzioni pubblicitarie, tale addirittura da metterne a rischio la sopravvivenza.

Di ciò consapevole, il legislatore comunitario, come più volte ricordato mosso dalla preoccupazione di garantire la massima libertà ed il massimo sviluppo dello « spazio audiovisivo europeo », ha ben graduato le posizioni soggettive rispettive dei radiodiffusori e dei telespettatori, concedendo a ciascuna di esse una diversamente intensa tutela.

Ci si permetta di richiamare in proposito quanto recita il considerando XXVII:

« per garantire un' integrale ed adeguata protezione degli interessi della categoria di consumatori costituita dai telespettatori, è essenziale che la pubblicità televisiva sia sottoposta ad un certo numero di norme minime e di criteri ... ».

La formulazione, qualificati come « interessi » le posizioni dei telespettatori, afferma in modo univoco che, a fronte delle norme che sanciscono il « diritto di trasmettere », è necessario apportare un sistema di garanzie minime a tutela di tali interessi.

Siamo dunque di fronte a due posizioni giuridiche soggettive di differente intensità. Ai radiodiffusori è garantito il diritto di trasmettere, al tempo stesso presupposto ed esito indispensabile del raggiungimento dell'obiettivo della creazione dello « spazio audiovisivo europeo », a sua volta attuazione dei grandi obiettivi del Trattato istitutivo della Comunità; ciò posto, agli interessi dei consumatori deve essere garantito quel minimo di tutela necessario perché l'esercizio del « diritto di trasmettere » non si trasformi in arbitrio. Tale tutela minima è fissata appunto dalle norme comunitarie, quali l'art. 11, comma 3, qui in discussione.

Secondo una corrente dottrinale, in diritto comunitario non sarebbe possibile operare una distinzione tra « diritti soggettivi » ed « interessi », in quanto a tutte le posizioni giuridiche comunque prese in considerazione dal legislatore comunitario dovrebbe essere riconosciuto lo stesso rango.

Tale tesi non può essere condivisa. In senso contrario, si osserva che ogni volta in cui il legislatore comunitario usa la parola « diritto » intende una posizione giuridica azionabile in giudizio, mentre tale significato non sussiste in nessuno dei casi dove viene impiegata l'espressione « interesse » (del pubblico o di una categoria). Se così avesse inteso, il legislatore avrebbe dovuto usare la stessa espressione (o espressione equivalente) dell'art. 23 (in tema di « diritto di rettifica »), specificando che la violazione di

un tale « interesse » avrebbe dovuto poter fare oggetto di « ricorso giurisdizionale ».

Invece, proprio a proposito degli « interessi » dei telespettatori in relazione alla pubblicità, il legislatore ha scelto la linea opposta. Recita infatti l'art. 21 che:

« *Qualora la trasmissione televisiva non sia conforme alle disposizioni del presente capitolo [si noti, quello che disciplina "Pubblicità televisiva e sponsorizzazione", come recita la rubrica], gli Stati membri, nell'ambito della loro legislazione, vigilano a che vengano applicate misure idonee a garantire l'osservanza di tali disposizioni* ».

Dunque la norma comunitaria impone un obbligo di osservanza agli Stati membri, non fonda un diritto azionabile; questo semmai potrà derivare da una norma interna³⁴, ma non potrà fondarsi sul diritto comunitario.

La distinzione tra le due categorie di posizioni giuridiche soggettive dei « diritti » e degli « interessi » è del resto nota anche agli ordinamenti nazionali degli Stati membri. Limitandoci ad alcuni esempi, quanto alle posizioni giuridiche tutelabili dinanzi alla magistratura ordinaria ed a quelle tutelabili dinanzi alla magistratura amministrativa, la distinzione esiste anche in Francia e nei Paesi che ne hanno recepito il modello (ad es. Belgio e Spagna), esiste in Svezia, esiste, seppure in grado minore, in Inghilterra.

Quanto poi alla distinzione fra « diritti (azionabili) » e « interessi diffusi » essa è conosciuta in tutti gli ordinamenti della Comunità³⁵; non per nulla la direttiva in corrispondenza ai « diritti » del testo italiano usa *droits* nel testo francese, *rights* in quello inglese, *Rechte* in quello tedesco, ed in corrispondenza agli « interessi » utilizza i vocaboli *intérêts*, *interests* e *Interessen*.

Tornando al punto oggetto di discussione, è quasi superfluo ricordare come la diversa graduazione delle posizioni giuridiche soggettive in contrasto (radiodiffusori-telespettatori) porti alla necessità di interpretare restrittivamente le norme come l'art. 11, comma 3, che limitano il contenuto della posizione più intensa, a favore di quella meno intensa.

Conseguenza dell'interpretazione restrittiva deve essere, ancora una volta, la massima valorizzazione del riferimento testuale alla « durata programmata » delle trasmissioni come base di calcolo

³⁴ Per quanto riguarda l'Italia, Trib. Roma, 3/7/1996, n. 9700, pres. O. Chiavetta, est. C. Tortora, *Cerniglia e a./RTI* — inedita — ha affermato che una simile attribuzione di diritti soggettivi a favore dei telespettatori non è stata operata dalle norme (comunitarie e nazionali), in tema di indici di affollamento pubblicitario. Trib. Milano, 26/10/1996 (ord.), est. G. Roda Bogetti, *Comitato Difesa Consumatori*

RTI, confermata da Trib. Milano, 16/12/1997 (ord.), est. G. Patrone, ambedue inedite, sono giunte alla stessa conclusione per quanto riguarda l'art. 11 della direttiva.

³⁵ In proposito si v., per un studio generale, M. CAPPELLETTI, J.A. JOLOWICZ, *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Milano-New York, 1975, *passim*, e per l'analisi di alcuni sistemi nazionali 182 e ss.

del numero delle interruzioni pubblicitarie: un simile dato testuale non può certo essere trascurato per ragioni di tutela degli interessi dei telespettatori, rispetto alla generale affermazione del principio di libertà dell'iniziativa economica dei radiodiffusori, attuazione diretta degli obiettivi fondamentali del Trattato, come enunciati dal suo art. 2.

Oltre al dato testuale positivo, sul punto in esame occorre prendere in esame anche un elemento testuale « negativo »: il fatto che il legislatore comunitario non abbia espressamente disposto che il calcolo del numero delle interruzioni pubblicitarie deve avvenire sulla base del « tempo netto », ipotesi deteriore per i radiodiffusori. Poiché, come più volte ripetuto, il « diritto di trasmettere » rappresenta l'espressione dei principi generali di libertà di iniziativa economica e di manifestazione del pensiero, mentre la tutela del telespettatore si pone come una limitazione di tali principi generali, ne deriva che una tale limitazione non può discendere dall'interpretazione estensiva di una norma, ma deve essere prevista in maniera esplicita.

Si tratta, in altre parole, di un'applicazione del noto brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, assai radicato negli ordinamenti degli Stati membri appartenenti alla tradizione romano-germanica (o, *rectius*, che hanno attraversato l'era legislativa delle grandi codificazioni), ma che, qualora, come nel caso di specie, poggi su solide basi economiche e sistematiche, ben può ritenersi parte della cultura giuridica comune europea.

Tanto premesso, occorre comunque chiedersi se la tesi favorevole al « tempo netto » sia davvero la più idonea a tutelare l'interesse dei telespettatori alla migliore visione del film. A tal fine, è necessario ricordare come le norme di cui all'art. 11 rappresentino soltanto uno dei limiti di tipo quantitativo all'inserimento di pubblicità nelle trasmissioni televisive: l'altro rilevante limite è rappresentato dalle disposizioni di cui agli artt. 18 e 18-bis (aggiunto dalla direttiva 97/36), relative ai c.d. « indici di affollamento », o tempi massimi di trasmissioni pubblicitarie inseribili per ogni giorno e per ogni ora di trasmissione.

Dal coordinamento delle due norme emerge che il tempo massimo di pubblicità (*spot* pubblicitari e *spot* di televendita, precisa la direttiva 97/36), disponibile per il radiodiffusore all'interno, ad esempio, di un periodo di un'ora di trasmissione, è sempre quello consentito dall'art. 18, comma 2, pari al 20% di ogni ora (12 minuti), tempo massimo che potrà essere suddiviso per il numero massimo di interruzioni consentite dall'art. 11 per ciascun tipo di trasmissione: nel caso di trasmissioni di opere audiovisive, il numero delle interruzioni è determinato dall'art. 11, comma 3.

Si consideri il caso di un film di durata netta pari a 80 minuti: secondo la tesi del « tempo netto », potrebbe esservi inserita una sola interruzione. Ciò significa che il tempo massimo disponibile per la pubblicità, pari a ben 24 minuti, nell'ipotesi (estrema) in cui il radiodiffusore decida di « concentrare » nella trasmissione

dell'opera il « tempo pubblicitario » consentito anche per l'ora successiva, potrebbe essere impiegato tutto all'interno di quell'unica interruzione, di durata pari a 24 minuti.

Un simile comportamento del radiodiffusore, pur se compatibile con le norme comunitarie, non può certo ritenersi positivo per lo spettatore, che dovrebbe sopportare un'interruzione di ben 24 minuti all'interno di un'opera che ne dura 80.

L'esempio è paradossale (lo spettatore reagirebbe cambiando canale, allontanandosi, o spegnendo la televisione, ciò che renderebbe antieconomico il comportamento dell'emittente), ma comunque illuminante: ciò che ne emerge è che il « monte minuti » pubblicitari consentito dall'art. 18 rimane invariato comunque si interpreti l'art. 11, comma 3.

Nel caso di trasmissione di opere audiovisive, questo « monte minuti » può essere distribuito all'interno del numero di interruzioni consentite dall'interpretazione dell'art. 11, comma 3: ove questo dovesse essere ridotto, a causa dell'accoglimento della tesi favorevole al « tempo netto », le interruzioni consentite diverranno tendenzialmente più lunghe, fino al limite rappresentato dall'esigenza di non indurre il telespettatore a dedicarsi allo *zapping*, ciò che certo non aumenterebbe la « godibilità » dell'opera.

I.7.3. *Il principio della reasonable balance nell'interpretazione dell'art. 14 della Convenzione di Strasburgo.*

Per quanto riguarda le disposizioni della Convenzione di Strasburgo, ribadite le considerazioni svolte *supra* (par. I.2), relativamente ai loro limiti di applicazione, ricordiamo che il Comitato permanente, in sede di interpretazione autentica dell'art. 14 (*Explanatory Report*, cit., punto 188), ha affermato:

« *This article aims to establish a reasonable balance between the financial interests of the broadcaster and advertiser, on the one hand, and the interests of viewers, authors and creators, on the other hand. It establishes the conditions in which programmes may be interrupted by advertising* ».

Il criterio-guida nell'interpretazione della norma è dunque quello della *reasonable balance* tra gli interessi in conflitto. Nell'individuazione del concreto contenuto di tale criterio, occorre tenere presenti i principi fondamentali alla base della Convenzione, e in particolare la preminenza che, coerentemente con gli ideali di fondo del Consiglio d'Europa, deve essere accordata al « diritto di esprimere, di ricercare, di ricevere e di comunicare informazioni ed idee, quale che sia la loro origine » (così il preambolo della Convenzione)³⁶.

³⁶ Si ricordi la « Dichiarazione sulla libertà di espressione e d'informazione », adottata dal Comitato dei Ministri sulla libertà d'espressione e di informazione, del

Non è possibile dunque interpretare le norme della Convenzione in un senso che potrebbe pregiudicare la sopravvivenza economica dei radiodiffusori, la cui protezione rientra nella garanzia del diritto alla libera manifestazione del pensiero.

Ciò premesso, l'opzione interpretativa *tout court* a favore del criterio del « tempo netto » non trova alcun riscontro testuale: anzi, in senso opposto depono il già ricordato riferimento del Comitato permanente alla *scheduled duration* dei programmi quale base di calcolo del numero delle interruzioni (*Explanatory Report*, cit., punto 191). Una simile conclusione potrebbe essere raggiunta solo ove sia provato che, nel caso di specie sottoposto al giudice nazionale, la trasmissione del programma interrotto per il numero di volte consentito sulla base della « durata lorda », ha violato i principi generali di tutela del valore dell'opera e dei « diritti degli aventi diritto », che sono, ancora una volta, gli autori delle opere, di cui al comma 1 dello stesso art. 14.

Per quanto attiene alla posizione dei telespettatori, il preambolo della Convenzione afferma che gli Stati membri sono:

« desiderosi di offrire al pubblico una maggiore scelta di servizi di programmi che consentano di valorizzare il patrimonio e di sviluppare una creazione audiovisiva dell'Europa ».

Più che un dubbio sorge sulla legittimità di interpretazioni delle norme della Convenzione che, frustrando ingiustificatamente le esigenze di finanziamento dei radiodiffusori, possano rendere impossibile il raggiungimento di tale obiettivo.

L'obiettivo della « maggiore scelta » di programmi può essere raggiunto, soprattutto in un panorama come quello europeo, ancora segnato dalla presenza dominante delle emittenti pubbliche, con tutti i privilegi a queste riconosciuti dalle legislazioni nazionali, soltanto se si consente all'emittenza privata di sfruttare al massimo grado le proprie potenzialità competitive, evitando di imporre per via interpretativa vincoli che non siano stati previsti dalle norme internazionali, nella loro valutazione comparativa degli interessi in gioco.

Un criterio valutativo, per il giudice (o l'autorità amministrativa indipendente) nazionale che sia chiamato ad applicare le norme

29.4.1982, pubblicata in *Bull. d'inf. sur les activités juridiques au sein du Conseil de l'Europe et dans les Etats membres*, janvier 1983, 50, nonché le successive raccomandazioni R(84)3 del 23.2.1984, in tema di pubblicità televisiva, R(84)22 del 7.12.1984, sull'uso della capacità del satellite per la televisione e la radiodiffusione sonora, R(86)3 del 14.2.1986, sulla promozione della produzione audiovisiva in Europa, R(91)5, sul diritto allo *short repor-*

ting di eventi sui quali siano stati concessi diritti esclusivi di trasmissione televisiva (tutte le raccomandazioni si leggono in *Recommendations Adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe in the Media Field*, Strasbourg, 1991). Per ulteriori osservazioni, anche a commento della Convenzione di Strasburgo: A. CASSESE, A. CLAPHAM (a cura di), *Transfrontalier Television in Europe. The Human Rights Dimension*, Baden-Baden, 1990.

della Convenzione, dirimendo un contrasto tra radiodiffusore e telespettatori, può essere comunque individuato nei principi espressi dalla Raccomandazione del Comitato dei Ministri n. R (84) 3, del 23.2.1984³⁷, richiamata, con tutte le Raccomandazioni in materia di *mass-media*, dal preambolo della Convenzione.

Sul punto che qui interessa, la Raccomandazione (punto III.9) recita:

« *The amount of time allowed for advertising should neither be excessive nor detract from the function of television as a medium of information, education, social and cultural development and entertainment* ».

Solo qualora il radiodiffusore « abusi » della propria libertà d'impresa, deviando il mezzo televisivo dalle finalità indicate dal Comitato dei Ministri, il rispetto delle quali costituisce la giustificazione fondamentale della tutela che la Convenzione riconosce all'attività di radiodiffusione televisiva, può essere giustificata l'imposizione di limiti ulteriori rispetto a quelli espressamente previsti dal dettato normativo: ma una simile valutazione, ben lungi dal poter essere effettuata *una tantum* in riferimento ad una reale o presunta « prassi » delle emittenti televisive, non può che essere condotta caso per caso, in relazione a specifiche trasmissioni effettuate da una specifica emittente.

I.8. « INTERVENTI » SULL'OPERA E LIBERTÀ DI ESPRESSIONE DEI RADIODIFFUSORI.

Già si è osservato come il principio di libertà di espressione, enunciato dall'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali³⁸, rappresenti uno dei pilastri della civiltà giuridica europea, e come esso sia altresì una delle basi dell'intervento normativo comunitario e internazionale in materia di radiotelevisione.

Occorre allora chiedersi se l'eventuale accoglimento della tesi interpretativa favorevole alla regola del « tempo netto » sia compatibile o meno con il « diritto di trasmettere » inteso come espres-

³⁷ Riportata in *Recommendations Adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe in the Media Field*, Strasbourg, 1991, 19.

³⁸ Si v. in proposito, anche per i riflessi dell'art. 10 sulla disciplina della materia televisiva, M. BULLINGER, *Rapport sur 'Liberté d'expression et d'information: élément essentiel de la démocratie'*, in *Actes du sixième colloque international sur la*

Convention européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 1988, 44; J. COHEN, *Télévision sans frontières et droits de l'homme en Europe*, in *Rev. aff. int.*, 1992, 613; A. DE SALAS, *Protection et réglementation de la publicité télévisée dans le cadre du Conseil de l'Europe*, in C. DEBBASCH, C. GUEYDAN (a cura di), *Publicité et audiovisuel*, Paris, 1993, 355, 362.

sione del generale principio di libertà di manifestazione del pensiero del radiodiffusore.

Il problema attiene, soprattutto, agli interventi diversi dagli inserimenti di pubblicità nel senso ampio del termine (quindi includendo anche le forme di promozione commerciale diverse dagli *spot*), che il radiodiffusore effettua sull'opera: ci si riferisce a presentazioni dell'opera, svolte da critici d'arte, o cinematografici, riassunti, sigle e simili, di cui abitualmente le emittenti arricchiscono le opere trasmesse.

È appena il caso di rilevare che simili interventi rappresentano, nella grande maggioranza dei casi, un beneficio per il telespettatore, facilitandogli la comprensione critica dell'opera, o rendendogli più gradevole la visione della stessa.

Neppure può dubitarsi che gli « interventi » del radiodiffusore in discussione costituiscano atti di manifestazione del pensiero, coperti dalla garanzia della libertà di espressione: in alcuni casi, si pensi, ad esempio, alle « presentazioni » di film ad opera di critici, registi, e così via, nonché alle « sigle » che contraddistinguono la programmazione di rassegne di film o di altre opere, simili interventi possono rappresentare l'espressione di un grado di attività creativa tale da farli beneficiare essi stessi della protezione del diritto d'autore³⁹.

In generale, il radiodiffusore deve essere libero di poter organizzare come meglio crede la programmazione del film, o meglio, di creare e trasmettere il « programma televisivo » più ampio (cioè comprensivo degli interventi di natura non pubblicitaria precisati), all'interno del quale sarà trasmesso il film, che rappresenta un'attività di manifestazione del pensiero da parte del radiodiffusore stesso.

È chiaro che escludere tali interventi, che pure « interrompono » la trasmissione dell'opera come originariamente configurata dal suo autore, dal computo della « durata » dell'opera ai fini dell'inserimento di pubblicità significa ridurre di fatto in maniera notevole la possibilità per il radiodiffusore di effettuarli.

In altre parole, i costi degli interventi che il radiodiffusore compie a beneficio degli spettatori devono trovare una « copertura » negli introiti che la trasmissione dell'opera assicura: se questi sono troppo bassi, a causa dell'interpretazione penalizzante delle norme comunitarie che imponga il principio del « tempo netto », il radiodiffusore sarebbe non solo disincentivato, ma in certi casi addirittura economicamente impossibilitato, a sostenere i costi degli interventi da effettuare sull'opera.

³⁹ Uno studio comparato sulla proteggibilità dei programmi televisivi attraverso il diritto d'autore è svolto da BURNETT, *La*

protection des idées en matière d'émissions, in *Rev. de l'UER*, 1988, 32.

Aggiungiamo che una simile restrizione non trova giustificazione alcuna nelle esigenze di tutela non solo degli spettatori, che anzi traggono beneficio da tali interventi, ma neppure degli autori, posto che i più volte ricordati interventi dei radiodiffusori, ben lungi dal ledere il valore artistico delle opere, lo aumentano, rendendolo più apprezzabile dagli spettatori.

Si consideri il seguente esempio: un film « classico » di durata totale pari a 88 minuti. Esso viene presentato da un noto critico d'arte, per la durata di 2 minuti. Se si applicasse il principio del « tempo netto », sarebbe ammessa una sola interruzione pubblicitaria, ma il radiodiffusore non avrebbe alcun incentivo a pagare il critico per la sua presentazione (anzi, c'è il rischio che il radiodiffusore opti per un'opera « frivola », magari una *soap opera*, dove possa fare più interruzioni). Se invece si optasse per il tempo lordo, il telespettatore avrebbe sì due interruzioni, ma goderebbe della presentazione critica.

I.9. EFFETTI DEI POSSIBILI CRITERI DI COMPUTO SUI MERCATI DELLE OPERE AUDIOVISIVE.

La più volte ricordata norma di cui all'art. 11, comma 3, della Direttiva 552/89, dispone che i limiti specifici alle interruzioni pubblicitarie ivi previsti si applichino soltanto alla trasmissione di « opere audiovisive come i lungometraggi cinematografici ed i film prodotti per la televisione (eccettuate le serie, i romanzi a puntate, i programmi ricreativi ed i documentari) » (quasi identica sul punto la formulazione dell'art. 14, comma 3, Convenzione di Strasburgo).

Le opere audiovisive diverse da quelle indicate sono dunque soggette soltanto alla « regola dei venti minuti », di cui al comma 4, ed alle regole generali, di cui al comma 1.

Il fatto che il diverso trattamento delle varie categorie di opere, pur normativamente previsto, possa non trovare in alcuni casi giustificazioni ontologiche (come provato, ad esempio, dalla posizione del Comitato permanente che estende l'applicazione dell'art. 14, comma 3, della Convenzione di Strasburgo ai « documentari che abbiano un valore artistico »)⁴⁰, impone di valutare quali effetti l'interpretazione proposta possa avere sul raggiungimento degli scopi sia specifici, propri della normativa settoriale, sia generali, propri dell'organizzazione internazionale di riferimento.

⁴⁰ *Explanatory Report*, cit., punto 191, nonostante l'espressa previsione contraria del testo della Convenzione.

I radiodiffusori hanno maggior convenienza a trasmettere le opere sottoposte al regime meno restrittivo: « le serie, i romanzi a puntate, i programmi ricreativi ed i documentari ». Tale convenienza crescerebbe in maniera notevole qualora fosse accolta l'interpretazione favorevole al « tempo netto », con l'effetto di spostare risorse dal mercato dei film (inteso come comprensivo sia delle produzioni cinematografiche sia di quelle destinate alla sola diffusione televisiva), a quelli delle opere audiovisive di diverso tipo.

Se una discriminazione è stata normativamente prevista, non esiste comunque alcuna ragione che possa giustificare l'approfondimento del solco discriminatorio rispetto a quel « minimo » reso inevitabile dalla previsione normativa⁴¹. Anche in questo caso, le discriminazioni sui mercati indicati (ma anche su mercati « vicini », quali, ad esempio, quello dello *home video*) rappresentano eccezioni al generale principio della libertà di circolazione dei prodotti e dei servizi, nonché a quello della tutela della libertà di concorrenza: ciò fa sì che tali eccezioni debbano essere interpretate nel modo più restrittivo, in modo da non aggravarne l'effetto oltre la misura espressamente voluta dal legislatore comunitario.

Ancora, occorre considerare un ulteriore dato di immediata evidenza: le differenti caratteristiche, sotto il profilo che qui interessa, delle due categorie, che pure ricevono identica disciplina dall'art. 11, dei « lungometraggi cinematografici » e dei « film realizzati per la televisione ».

I secondi, infatti, vengono prodotti e realizzati appunto in vista della loro trasmissione televisiva, ciò che fa sì che i radiodiffusori che partecipano alla loro produzione abbiano una precisa influenza sul loro contenuto (e, per quanto qui interessa, sulla loro lunghezza), ciò che non avviene invece per i lungometraggi cinematografici.

In altre parole, il radiodiffusore che produce film per la televisione può « gestirne » la lunghezza in modo da consentire l'inserimento nell'opera di un numero sufficiente di interruzioni, nono-

⁴¹ Che nella materia qui in discussione non siano ammissibili comportamenti discriminatori non indispensabili è stato recentemente ribadito da T. Primo Grado, 11/7/1996, cause riunite T 528/93, T 542/93, T 543/93, T 546/93, *Métropole télévision, Reti Televisive Italiane Spa e altri/Commissione e altri*, che ha annullato l'esenzione concessa dalla Commissione alle « norme d'adesione » all'Unione Europea di Radiodiffusione (UER), in base all'argomento per cui anche nel caso di imprese incaricate di servizi pubblici essenziali, non possono essere esentate restrizioni della

concorrenza che non appaiano essenziali per il raggiungimento del fine istituzionale dei relativi enti (principio affermato dalla Corte a partire dalla nota sentenza 19/5/1993, causa C 320/91, *Corbeau*, in *Raccolta*, 1993, I, 2533, in tema di servizi postali, e già applicato in materia televisiva nelle sentenze *ERT/Dimotiki e Sotirios* e *CBEM/CLT e IPB*). Non può sfuggire l'importanza di questa decisione in relazione alla necessaria revisione dei privilegi che ancora, in vari Stati membri, sono concessi ai radiodiffusori pubblici.

stante l'eventuale applicazione del principio del « tempo netto ». Nel caso del lungometraggio cinematografico, il radiodiffusore potrebbe trovare invece assai più conveniente evitarne la messa in onda, qualora la « regola del tempo netto » impedisse un'adeguata remunerazione della trasmissione attraverso l'inserimento di pubblicità.

Ciò vale soprattutto nei casi in cui la durata del film cinematografico sia di pochi minuti, o addirittura secondi, più breve rispetto al tempo minimo necessario per l'inserimento di un'interruzione pubblicitaria: si pensi al caso di un lungometraggio la cui durata netta sia di 89 minuti (e 50 secondi).

In assenza della flessibilità consentita dalla regola del « tempo lordo », in conclusione, i radiodiffusori tenderanno a privilegiare la messa in onda di film prodotti per la televisione, la cui durata netta può essere predisposta in maniera da risultare sufficiente per l'inserimento di un numero di interruzioni adeguato, rispetto ai lungometraggi cinematografici, con le relative conseguenze distorsive non solo sul mercato dei « servizi radiotelevisivi », ma anche sul mercato delle produzioni audiovisive, nonché su ulteriori mercati, quale, ad esempio, quello dello *home video*.

Anche all'interno della stessa « categoria » di prodotti audiovisivi, inoltre, le preferenze dei radiodiffusori andranno non alle opere di qualità più elevata, o di migliore livello artistico, bensì a quelle più lunghe, o meglio, di lunghezza tale da consentire l'inserimento di un adeguato numero di interruzioni.

Chiaramente, gli effetti si risentirebbero soprattutto sul settore dei « lungometraggi cinematografici », opere sulla lunghezza delle quali, lo si ripete, il radiodiffusore non può influire. Come conseguenza, le opere di grandi registi potrebbero non essere mai trasmesse, se troppo brevi, mentre pessimi film, sufficientemente lunghi, potrebbero con cadenza quotidiana assurgere agli onori dei teleschermi, esito certo estraneo alla volontà del legislatore comunitario.

Il fatto poi che il pregiudizio arrecato al mercato dei lungometraggi cinematografici dall'interpretazione favorevole alla regola del « tempo netto » possa indurre anche i produttori e gli autori di tali opere a « misurarne » la durata netta in maniera da consentirne la trasmissione televisiva con un sufficiente numero di interruzioni pubblicitarie, così da renderle « sfruttabili » sul mercato televisivo, non fa che aggravare le conseguenze deprecabili di una simile interpretazione delle norme comunitarie.

Ancora, in numerosissimi casi, le emittenti televisive partecipano alla realizzazione di lungometraggi cinematografici in qualità di co-produttrici, coerentemente con gli auspici della direttiva, posto che, secondo il considerando XXIV, gli Stati membri, nel definire la nozione di « produttore indipendente » devono comunque permettere:

« *la partecipazione finanziaria di società co-produttrici, filiali delle emittenti stesse* ».

Analogamente, la già ricordata raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla distribuzione dei film⁴² richiede agli Stati membri di adottare misure che garantiscano:

« with due regard to the autonomy of television systems, greater co-operation between television and cinema, not only in the co-production of films, but also in their presentation... ».

L'accoglimento della regola del « tempo netto » può spiegare due conseguenze: o i radiodiffusori dedicheranno le loro risorse ad attività più remunerative, abbandonando il cinema, o tenderanno a trasformarsi da meri « finanziatori », che lasciano accettabilmente libero il regista, o gli autori, dal punto di vista artistico, a « controllori », prima ancora che della qualità dell'opera, soprattutto della sua lunghezza.

Non certo inopportuno, tutto ciò premesso, è ricordare quanto recita il considerando XXIV (il tema del sostegno alla cinematografia indipendente è stato poi ampiamente ripreso dalla direttiva 97/36):

« l'impegno di trasmettere, ove possibile, una certa proporzione di opere indipendenti, realizzate da produttori che non dipendono dalle emittenti televisive, stimolerà nuove fonti di produzione televisiva, in particolare la costituzione di piccole e medie imprese, ed offrirà nuove opportunità e nuovi sbocchi per talenti creativi nonché per le professioni ed i lavoratori del settore culturale ... ».

A simile principio è stata data attuazione con la norma di cui all'art. 5.

Ancora, doveroso è ricordare la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, n. R(87) 7, del 20.3.1987, « sulla distribuzione di film in Europa »⁴³, in cui si raccomanda agli Stati membri, in primo luogo, di:

« adopt measures designed to support independent distributors and avoid a misuse of power leading to the control over film distribution markets ».

Sulla base delle stesse considerazioni appena svolte, pare assai dubbio che l'eventuale accoglimento della « regola del tempo netto » giovi allo sviluppo o alla diffusione della cinematografia « indipendente »⁴⁴.

⁴² Racc. R(87)7 del 20.3.1987, cit., punto 5.

⁴³ In *Recommendations adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe in the Media Field*, Strasbourg, 1991, 43.

⁴⁴ Ciò è tanto più vero in quegli Stati membri in cui la « presenza » delle emittenti nel mercato delle produzioni cinematografiche è particolarmente consistente (per un'analisi del ruolo delle emittenti televisive sul mercato delle produzioni cinematografiche in Europa: G. DROUOT, *Le marché mondial de l'audiovisuel*, in C. DEBBASCH, C. GUYDAN (a cura di), *Cinéma et télévision*, Paris, 1992, 21 ss.). Rileva W. BREHM, *Legal Restrictions on Product Placement and Sponsorship in Films and Television Programmes - Germany*, relazione presentata al 24 Congresso Biennale dell'IBA, tenutosi a

analisi del ruolo delle emittenti televisive sul mercato delle produzioni cinematografiche in Europa: G. DROUOT, *Le marché mondial de l'audiovisuel*, in C. DEBBASCH, C. GUYDAN (a cura di), *Cinéma et télévision*, Paris, 1992, 21 ss.). Rileva W. BREHM, *Legal Restrictions on Product Placement and Sponsorship in Films and Television Programmes - Germany*, relazione presentata al 24 Congresso Biennale dell'IBA, tenutosi a

I.10. *SEGUE. RILEVANZA DELLE ATTUALI CONDIZIONI DEL MERCATO INTERNAZIONALE DEI « DIRITTI TELEVISIVI » SULLE OPERE AUDIOVISIVE.*

Ci sia consentita a questo punto una breve digressione relativa al funzionamento del mercato dei « diritti televisivi » sulle opere audiovisive. L'acquisizione dei « diritti di trasmissione » di un film di valore artistico, o di un film che abbia incontrato il successo presso il pubblico già ai botteghini cinematografici, e che anche il pubblico televisivo gradirà vedere, o rivedere, comporta per i radiodiffusori oneri assai consistenti. Tali oneri debbono poter essere almeno recuperati attraverso i proventi che la trasmissione del film assicura⁴⁵.

Se per le emittenti pubbliche all'interno di tali proventi debbono farsi rientrare anche i redditi garantiti da fonti impositive di finanziamento, per le emittenti private la spesa di acquisto dei diritti televisivi del film deve essere bilanciata dagli introiti della pubblicità inseribile all'interno del film stesso.

Ove ciò non accada, l'emittente ha di fronte a sé due strade: trasmettere comunque il film, per ragioni di immagine, offrendo ai propri telespettatori un servizio « migliore » di quello dei concorrenti, con il relativo effetto fidelizzante, oppure non acquistare i diritti, e non trasmettere il film. Il relativo calcolo sarà facilitato dal fatto che, su tutti i mercati europei, i film vengono classificati in ragione del numero di interruzioni pubblicitarie inseribili, e quindi il radiodiffusore può sapere in anticipo se la trasmissione del film potrà avvenire a condizioni economiche per lui accettabili.

La prima delle due strade, la trasmissione del film « in perdita », non può che rappresentare un'ipotesi eccezionale. Nella maggior parte dei casi, il radiodiffusore non trasmetterà il film, con il conseguente pregiudizio tanto per gli spettatori, quanto per gli autori, la cui opera beneficerà di minore diffusione.

Ancora, i « diritti di trasmissione » non vengono acquistati in riferimento ad un singolo film, magari di notevole rilievo, ma per « pacchetti » di film. In altre parole, il radiodiffusore che voglia assicurarsi i diritti di un'opera assai pregevole, o comunque gra-

Cannes dal 20 al 25.9.1992 che « there is almost no movie production in Germany without the involvement of a broadcaster either as a co-producer or in the form of a pre-sale of a TV-license ».

⁴⁵ « En termes de concurrence, les performances d'un des programmes composant une grille sont fonction de leur coût horaire de production ou d'achat, des heures auxquelles ils seront proposés à l'an-

tenne et du public touché ». La precisazione, peraltro ovvia, è effettuata da B. STURCESS, M. AUBEL, S. PISTRE, L. ARGINON, *Les chaînes publiques de télévision: modes de financement et contraintes réglementaires dans l'union européenne*, Settembre 1995, 23, studio eseguito su incarico della Commissione (su cui si tornerà brevemente *infra*, par. II.2).

dita al pubblico, dovrà « acquistare » anche qualche altra opera, non altrettanto pregevole.

La gestione dell'attività di programmazione deve tener conto del fatto che il radiodiffusore è costretto a sobbarcarsi anche i costi di questi ultimi film, non certo concessi in omaggio dai produttori, anche se talvolta di assai scarso valore. In conseguenza, il radiodiffusore si troverà a disporre di una *library* comprensiva di opere di differente qualità, da cui deve ricavare ad un tempo la migliore programmazione dal punto di vista qualitativo, ed il massimo introito possibile. A tale ultimo fine, ancora una volta, elemento determinante è la quantità di pubblicità inseribile nelle varie opere: ed appunto in ragione di essa, calcolata sulla base del « principio lordo », vengono catalogate, e valutate in termini monetari, le *libraries* di tutte le emittenti d'Europa (senza dubbio, almeno di quelle private).

L'eventuale accoglimento della regola del « tempo netto » potrebbe provocare una svalutazione generalizzata delle *libraries*, con il conseguente grave danno per le emittenti.

Inoltre, ed è ciò che più conta in riferimento alla garanzia del « diritto di trasmettere », potrebbe discenderne l'impossibilità di effettuare il bilanciamento, a livello non più di singola opera, ma di trasmissione di opere audiovisive in generale, tra qualità della programmazione e ottimizzazione dei profitti, con riequilibrio dei costi « supplementari » dovuti all'acquisizione di opere di scarso valore, indispensabile per il radiodiffusore che intenda acquistare i diritti di opere di qualità.

I.11. DISCIPLINA DELLE INTERRUZIONI PUBBLICITARIE E « RISERVA » A FAVORE DELLE OPERE EUROPEE.

Tra gli scopi della Direttiva rientra, notoriamente, la promozione della cinematografia, o meglio dell'« audiovisivo », europeo.

Un simile obiettivo si è tradotto nelle norme di cui al capitolo III della Direttiva, recante titolo « Promozione della distribuzione e della produzione televisiva ».

In particolare, l'intento del legislatore comunitario di incentivare le produzioni audiovisive europee ha comportato l'imposizione alle emittenti televisive della c.d. « riserva » a favore di « opere europee ».

Del tutto evidente è l'interesse che il legislatore comunitario ripone nel ruolo delle produzioni audiovisive nello sviluppo della cultura europea, soprattutto in vista della promozione dei valori unitari che fonderanno le prossime tappe dell'unificazione politica degli Stati membri⁴⁶.

⁴⁶ Oltreoceano le norme ricordate sono state percepite soprattutto come misure

protezionistiche nei confronti della produzione statunitense: si v. T.M. LUPINACCI,

L'intensità e l'importanza di tale ruolo sono provate dal testo dell'art. 128 del Trattato, come modificato dal Trattato di Maastricht, « nuova » base giuridica dei poteri di intervento comunitario in materia, ai sensi del quale:

« *L'azione della Comunità è intesa ad incoraggiare la cooperazione tra Stati membri e, se necessario, ad appoggiare e ad integrare l'azione di questi ultimi nei seguenti settori: ... creazione artistica e letteraria, compreso il settore audiovisivo* ».

A fronte di un simile interesse, non meno evidenti certo sono la gravità e l'intensità delle restrizioni dell'autonomia editoriale ed imprenditoriale dei radiodiffusori che la norma ricordata, e le altre del medesimo capitolo, impongono. Simili norme da un lato limitano pesantemente la libertà di espressione dei radiodiffusori, in una maniera che certo sarebbe stata giudicata inammissibile se imposta ad altre categorie di protagonisti della scena culturale: si pensi ad una norma che imponesse agli editori di pubblicare, « per la maggior parte », romanzi di autori europei.

Dall'altro lato, imponendo la trasmissione di opere europee indipendentemente dal fatto che esse possano riuscire gradite al pubblico dei telespettatori, tali norme incidono in modo consistente sulle capacità di finanziamento dell'emittenza, soprattutto privata⁴⁷.

Il fatto che le ricordate norme comunitarie impongano a tutti i radiodiffusori di dedicare la maggior parte del tempo di trasmissione delle « opere audiovisive » ad « opere europee » importa un fondamentale corollario: la trasmissione di tali opere deve poter avvenire a condizioni di economicità.

In caso contrario, la « riserva » ricordata non comporterebbe più soltanto una compressione del diritto di trasmettere, ma una sua completa soppressione.

Come si coordina, ci si chiede, la riserva a favore di opere europee con le modalità di computo della durata di un'opera audiovisiva ai fini dell'applicazione dell'art. 11, comma 3, e in particolare, quali conseguenze può avere l'accoglimento dell'interpretazione favorevole alla regola del « tempo netto »?

The Pursuit of Television Broadcasting Activities in the European Community: Cultural Protection or Economic Protectionism?, in *Vanderbilt J. of Transn. Law*, 1991, 113; B.L. Ross, « *I Love Lucy* », but the European Community doesn't: *Apparent Protectionism in the European Community's Broadcast Market*, in *Brooklyn J. of Int. Law*, 1990, 529.

⁴⁷ Alle esigenze di tutela delle capacità competitive dell'emittenza privata si è già mostrata sensibile la Commissione. In particolare, nel caso *ARD*, la Commissione ha concesso l'esenzione dall'applicazione dell'art. 85 ad un accordo intercorso tra l'u-

nione delle emittenti pubbliche tedesche e la statunitense Metro Goldwin Mayer/United Artists, avente ad oggetto la cessione alla *ARD* dei diritti di esclusiva per tutto il territorio di lingua tedesca di alcuni programmi prodotti da tale ultima società, a condizione che fosse fatta salva la possibilità per i terzi di trasmettere tali programmi nell'ambito dei periodi definiti « finestre », momenti in cui i programmi non fossero effettivamente diffusi da *ARD* o sue licenziatarie. Commissione, 15.9.1989, *ARD*, in *G.U.C.E.*, n. L284, del 3.10.1989, 36.

Il principio del « tempo netto » farebbe sì che soltanto le « opere europee » di sufficiente durata possano beneficiare dell'interesse dei radiodiffusori, prescindendo dalla loro qualità.

Poiché non può ritenersi che l'intenzione del legislatore comunitario sia, paradossalmente, incentivare la sola produzione e distribuzione di opere europee di durata « netta » superiore a 90 minuti, o 110, o multipli di 45, ne discende che, affinché gli obiettivi della Direttiva ricevano completa attuazione, i radiodiffusori devono poter trasmettere « opere europee » di qualsiasi durata a condizioni remunerative⁴⁸.

I.12. EFFETTI DEI POSSIBILI CRITERI DI COMPUTO SULL'ACCESSO DELLE IMPRESE ALLA COMUNICAZIONE PUBBLICITARIA.

La riduzione del numero di interruzioni praticabili all'interno della trasmissione di un'opera audiovisiva, comportata dall'eventuale accoglimento della tesi favorevole al « tempo netto », potrebbe portare come conseguenza, almeno in alcuni casi, un aumento del prezzo praticato dall'emittente agli utenti per gli spazi pubblicitari. Ciò riguarderebbe soprattutto gli « spazi » inseribili all'interno della trasmissione dei film più graditi al pubblico, in cui l'effetto promozionale degli inserimenti pubblicitari è garantito al massimo grado dall'elevato numero di « contatti » (*audience*) assicurato dal film.

L'aumento dei prezzi degli spazi porterebbe come conseguenza il fatto che soltanto le imprese in grado di far fronte ai nuovi prezzi potrebbero continuare ad accedere agli spazi stessi: in altre parole, soltanto le imprese dotate di un *budget* pubblicitario sufficientemente elevato potrebbero esercitare il loro diritto, garantito tra l'altro dal fondamentale principio comunitario, condiviso dalle Costituzioni di tutti gli Stati membri, che vuole l'iniziativa economica in linea generale libera, a « comunicare » con i consumatori attraverso il messaggio pubblicitario televisivo, soprattutto in quei casi in cui tale messaggio sia più efficace dal punto di vista promozionale.

Se una simile « selezione » dell'utenza pubblicitaria quanto alle possibilità economiche di accesso ai *media* può essere del tutto le-

⁴⁸ Dissentiamo dunque dalla tesi, sostenuta da D. DÖRR, *Das Nettoprinzip für die Unterbrechung von Spiel- und Fernsehfilmen durch Werbung und das europäische Medienrecht*, in *ZUM*, 1994, 342 e ss, 347 secondo cui: « Die Begrenzung der Unterbrecherwerbung hängt eng mit der Förderung der europäischen Spielfilme und der dafür getroffenen Quotenregelung zusammen...Im Interesse der Filmkultur

will die Bestimmung des Art. 11 Abs. 3 EG-Fernsichtlinie dafür sorgen, daß Werbung solche Werke nur selten unterbrechen darf ». Del tutto chiaro è invece che un'interpretazione che favorisca la messa in onda di opere europee « lunghe », indipendentemente dalla loro qualità artistica, non può certo ritenersi promuovere in alcun modo la *Filmkultur*.

cita, qualora sia conseguenza di meccanismi di mercato, non altrettanto può dirsi dell'ipotesi in cui essa sia normativamente creata: poiché non può ritenersi che questa fosse l'intenzione originale del legislatore comunitario nell'emanare la direttiva, e in particolare l'art. 11, ne discende che deve dubitarsi della legittimità di un atteggiamento, quale la tesi favorevole al « tempo netto », che tenda a raggiungere un simile risultato per via interpretativa.

Gli effetti discriminatori non si fermano tuttavia al solo « accesso » alla pubblicità televisiva, ma coinvolgono gli stessi mercati « a valle » dei beni pubblicizzati.

Come è ben noto agli economisti⁴⁹, la pubblicità, operando quale mezzo di orientamento della domanda, è idonea ad influenzare le condizioni generali dei mercati. Non solo, l'entità della spesa pubblicitaria richiesta per il « posizionamento » di un nuovo operatore sul mercato, in particolari situazioni (si pensi, ad esempio, ai mercati oggetto di recenti liberalizzazioni), può rappresentare una barriera all'accesso sul mercato. Non è dubbio, anzi, che la pubblicità possa essere utilizzata dalle imprese in posizione dominante per rafforzare, o comunque sfruttare al meglio, il loro preponderante potere di mercato.

L'aumento dei costi degli spazi non può pertanto che aggravare simili effetti: l'impresa in posizione dominante disporrà in linea di massima di *budget* pubblicitari più alti rispetto ai *competitors*, o aspiranti tali, e in più goderà della rendita di posizione rappresentata dalla grande notorietà presso i consumatori, che aumenta l'effetto promozionale della pubblicità, in modo che il concorrente dovrà ricorrere a campagne più massicce ed articolate per poter raggiungere effetti paragonabili (in altre parole, l'impresa meno nota dovrà fare più *spot* per raggiungere, o quanto meno tentare di avvicinare, quella familiarità presso il pubblico dei consumatori di cui gode il *market leader*).

II. I POTERI DEGLI STATI MEMBRI ED I LIMITI DEL LORO ESERCIZIO.

II.1. IL POTERE DI EMANARE DISPOSIZIONI PIÙ RESTRITTIVE. LIMITI.

Ai sensi dell'art. 3, comma 1, della direttiva (nel testo modificato dalla direttiva 97/36):

« *Gli Stati membri conservano la facoltà di richiedere alle emittenti televisive soggette alla loro giurisdizione di rispettare norme*

⁴⁹ D.W. CARLTON, J.M. PERLOFF, *Modern Industrial Organisation*, New York, 1990, 608 e ss.; ma v. anche P.A. BARAN,

P.M. SWEETZ, *Monopoly capital*, New York, 1966; trad. it., *Il capitale monopolistico*, Torino, 1978, 96 e ss.

più particolareggiate o più rigorose nei settori disciplinati dalla presente direttiva ».

Peraltro, come più volte ricordato, contrasta con la direttiva qualsiasi disposizione, anche statale, che neghi ai radiodiffusori il « diritto di trasmettere », nel caso di specie comprimendo oltre il limite economicamente accettabile le loro capacità di accesso al mercato pubblicitario⁵⁰.

Una disciplina nazionale della pubblicità radiotelevisiva che impedisca di fatto ai radiodiffusori di operare in condizioni di economicità costituisce comunque una violazione degli obblighi imposti allo Stato dalla Direttiva, e, ancor prima, dal Trattato.

Simile conclusione trova del resto univoci riscontri nelle posizioni della Commissione e della Corte di Giustizia.

Nella già ricordata Relazione sull'attuazione della direttiva 89/552/CEE, del 31.5.1995, la Commissione, in riferimento ai poteri degli Stati in materia di disciplina della pubblicità televisiva, ha ricordato che:

« in certain cases it feels the Member States should have some scope for adapting measures to their individual situations in compliance, nevertheless, with Community law » (p. 21, punto 3.2.3).

I poteri degli Stati, come è ovvio, non possono comunque essere esercitati, nonostante il disposto dell'art. 3, comma 1, in contrasto con il diritto comunitario. Un simile contrasto è inevitabile nel caso di norme nazionali che, anche in via di mero fatto, neghino il « diritto di trasmettere » dei radiodiffusori.

In una recente sentenza resa *ex art.* 177, Trattato, relativamente all'interpretazione delle norme degli artt. 18 e 19 (vecchio testo), la Corte di Giustizia⁵¹ ha da parte sua rilevato come:

« l'art. 19 ... va interpretato nel senso che esso autorizza gli Stati membri ad adottare norme più restrittive per la definizione dei tipi di pubblicità che possono giovare del tempo di trasmissione aggiuntivo di cui all'art. 18, n. 1, seconda frase, sempreché tuttavia queste norme siano compatibili con le disposizioni del Trattato » (n. 36).

Ed inoltre che:

« gli Stati membri possono, per le emittenti televisive soggette alla loro giurisdizione, emanare discipline più restrittive in mate-

⁵⁰ Che l'art. 3 (o l'art. 19 - vecchio testo) debbano essere interpretati restrittivamente, in quanto essi potrebbero rappresentare eccezioni alla regola generale della libera circolazione dei servizi, di cui all'art. 59, Trattato, è rilevato da C.E. EBERLE, *Das europäische Recht und die Medien am Beispiel des Rundfunkrechts*, in *AfP*, 1993, 422 e ss., 427; A. SCHARDT, *Novellierung der Richtlinie « Fernseh ohne Grenzen »: Quoten ohne Ende?*, cit., 734 e ss., 735.

⁵¹ Corte, 12.12.1996, cause riunite C320/94, C328/94, C329/94, C337/94, C338/94 e C339/94, *Reti Televisive Italiane (RTI) SpA/Ministero delle Poste e Telecomunicazioni*, in *Raccolta*, 1996, I, 6471. Sulla sentenza il commento di E. BRAMBILLA, *Pubblicità televisiva e direttiva n. 89/552: telepromozioni, televendite e sponsorizzazioni nell'interpretazione della Corte di Giustizia*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 1997, 377 e ss.

ria, *sempreché non lesive delle libertà garantite dal Trattato CE e, in particolare, della libera prestazione di servizi e della libera circolazione delle merci* » (n. 46).

Naturalmente, una norma nazionale che violi la direttiva non può che contrastare, in via indiretta, anche con le disposizioni del Trattato.

II.2. PREVISIONE DEL PRINCIPIO DEL « TEMPO NETTO » DA PARTE DEL LEGISLATORE STATALE E « DIRITTO DI TRASMETTERE ».

Occorre quindi chiedersi se sia compatibile con il rispetto del ricordato limite un'eventuale norma nazionale che imponga il principio del « tempo netto ». Aggiungiamo che non di un caso di scuola si tratta, ma della situazione concretamente verificatasi in alcuni Stati membri.

In Germania, l'imposizione della regola del « tempo netto » viene da alcuni ricavata, per via interpretativa, dal testo del § 26, comma 4, *Rundfunkstaatsvertrag*, in base all'argomento per cui la ricordata norma, al contrario della direttiva 552/89, non fa alcun riferimento alla « durata programmata dell'opera », utilizzando invece l'espressione *sofern sie länger als 45 Minuten dauern*, ciò che dovrebbe provare la volontà del legislatore interno di avvalersi della facoltà all'art. 3 della direttiva, prevedendo una norma « più restrittiva » per i radiodiffusori.

A nostro parere, non è possibile dare una valutazione generale di compatibilità di simili norme con le previsioni della direttiva: occorre valutare caso per caso, e la competenza in proposito spetta al giudice comunitario, se esse, in riferimento al contesto normativo di ogni singolo Stato membro, nonché alla concreta situazione del panorama radiotelevisivo in tale Stato, siano rispettose degli indicati limiti.

Nel quadro di questa valutazione, tra i più importanti elementi sono la posizione di mercato ed il trattamento normativo delle emittenti pubbliche. A fronte di una situazione di mercato ad esse particolarmente favorevole, e/o ad una disciplina normativa di privilegio, soprattutto nella forma della previsione di una fonte impositiva di finanziamento, il principio del « tempo netto » potrebbe diminuire le capacità finanziarie dell'emittenza privata in maniera tale da renderle impossibile il confronto concorrenziale con il radiodiffusore pubblico, che già la vede in una posizione di tanto grave quanto assai spesso ingiustificato svantaggio⁵².

⁵² Così anche T. TSCHENTSCHER, D. KLEE, *Aktuelle Rechtsprobleme der Werbung im privaten Rundfunk*, in ZUM, 1994, 146 e ss., 152.

In proposito, in Germania il BVerfG⁵³ ha recentemente affermato la non conformità con l'art. 5, *Grundgesetz*, dell'attuale procedimento di fissazione del canone televisivo a favore dell'emittenza pubblica, evitando però di dichiararne la nullità, in base alla considerazione per cui l'eventuale dichiarazione di nullità avrebbe provocato il venir meno di qualsiasi base giuridica per l'obbligo di pagamento del canone, con il conseguente pericolo per la capacità dell'emittenza pubblica di garantire quella *Grundversorgung* (offerta di una varietà di programmi) in cui lo stesso BVerfG⁵⁴ aveva riconosciuto la condizione di ammissibilità del sistema misto pubblico-privato.

La decisione sancisce ulteriormente la disparità di trattamento tra emittenza pubblica e privata che trova fondamento nello stesso orientamento del BVerfG⁵⁵ secondo cui i radiodiffusori privati sarebbero dotati di minore capacità di adempiere i compiti che la norma costituzionale affida al mezzo televisivo, rispetto alle emittenti pubbliche⁵⁶.

Una simile disparità di trattamento, che vorrebbe fondarsi su presunte distinzioni ontologiche tra emittenza pubblica e privata, dovrebbe tener conto del fatto che mentre per l'emittenza pubblica il finanziamento (principale) è rappresentato dal canone, al quale, in alcuni Stati membri, è stata riconosciuta natura tributaria⁵⁷, le emittenti private non possono giovare di introiti ulteriori rispetto a quelli garantiti dal mercato pubblicitario⁵⁸.

⁵³ BVerfG, 22.2.1994, in *Rundfunk und Fernsehen*, 1994/1, 95.

⁵⁴ BVerfG, 4.11.1986, in *BVerfGE*, LXXIII, 118, 158. In proposito C. STARCK, *Grundversorgung und Rundfunkfreiheit*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, 3257.

⁵⁵ Peraltro comune a vari Stati membri, almeno sino ad epoca molto recente. Per la Francia, ad esempio, rileva C. DEBASCHE, *La liberté de la communication audiovisuelle en France*, in *Rev. int. de droit comparé*, 1989, 305, che fino al termine degli anni settanta « chacun s'accordait à reconnaître que la gestion par l'État de l'audiovisuel représentait la meilleure solution possible ». In Italia, sull'onda di una serie di prese di posizione della Corte Costituzionale (per un'analisi critica delle quali si rinvia a A. FRIGNANI, G. ROSSI, voce « Radiotelevisione », cit., §§ 3-8), numerosa dottrina sostiene con fermezza che: « un vero servizio di interesse pubblico (programmi culturali, locali, di istruzione) potrà essere svolto solo (o principalmente) dalle emittenti pubbliche » (con le parole di G. STROZZI, R. MA-

STROIANNI, *La disciplina comunitaria delle trasmissioni televisive...*, cit. 151). Simili conclusioni contrastano a nostro parere con la normativa comunitaria, e in particolare con la direttiva 552/89, che, oltre ad applicarsi indistintamente ai radiodiffusori pubblici come a quelli privati, prevede anche a carico di questi obblighi la cui connotazione « di pubblico servizio » può essere difficilmente posta in dubbio (ad esempio, la già ricordata « riserva » a favore delle opere europee).

⁵⁶ Per una critica, U. FINK, *Wem dient die Rundfunkfreiheit?*, in *Die Öffentliche Verwaltung*, 1992, 805, 808.

⁵⁷ In Italia, ad esempio, la natura tributaria del canone di abbonamento alla televisione pubblica è stata affermata sin da Cass., 11.12.1933, in *Foro it.*, 1934, I, 19; più di recente, conformi Cass., 25/11/1986, n. 6937, in *Fisco*, 1987, 1554; Cass., 3/8/1993, n. 8549, in *Dir. prat. trib.*, 1995, II, 763.

⁵⁸ Secondo quanto riferito dalla XXIII *Relazione sulla politica di concorrenza*, 1993, 89.

Anche a seguito di reiterate segnalazioni da parte delle emittenti private, che lamentavano gli svantaggi competitivi ai quali erano soggette nei rispettivi mercati nazionali, e nel mercato europeo⁵⁹, la Commissione ha affidato a consulenti esterni uno studio sui « privilegi ed obblighi che determinano il finanziamento degli enti pubblici e privati di radiodiffusione negli Stati membri ».

Tale studio⁶⁰, portato a termine nel settembre 1995, afferma tra l'altro che:

« L'existence de revenus publicitaires (ventes d'écrans ou par-rainage) place les chaînes publiques en concurrence directe avec leurs rivales privées. Qui plus est, de tels revenus constituent pour les chaînes de service public des ressources financières susceptibles d'influer de manière décisive sur leurs orientations stratégiques et, partant, d'affecter la nature et l'intensité de la concurrence à laquelle doivent faire face les chaînes privées. Plus les revenus tirés de la publicité par les diffuseurs publics sont importants, plus l'impact de leurs orientations stratégiques est sensible sur les revenus de les chaînes privées ».

Lo stesso studio rileva inoltre come il mercato pubblicitario europeo abbia subito un'espansione, e la concorrenza si sia riacutizzata, appunto a seguito dell'attenuarsi di ogni distinzione ontologica tra emittenza pubblica e privata, dovuto soprattutto alla progressiva transizione dell'emittenza pubblica dal modello della televisione « di servizio pubblico » a quello della *télévision publique commerciale*⁶¹, verificatasi in numerosi Stati membri. L'acquisito carattere « commerciale » dell'emittenza pubblica fa sì che essa debba ormai essere considerata in primo luogo quale concorrente, tanto diretto quanto temibile, dei radiodiffusori privati.

Il vantaggio competitivo attribuito all'emittenza pubblica dal finanziamento privilegiato deve essere determinato in primo luogo in relazione all'ammontare complessivo che il canone annualmente assicura, ed in secondo luogo in relazione al fatto che si tratta di una fonte di reddito « certa », su cui il radiodiffusore pubblico può contare con sicurezza, pianificando la propria attività di conseguenza, al contrario di ciò che accade all'emittenza privata, soggetta nella determinazione della propria politica d'impresa all'alea

⁵⁹ L'unica decisione sino ad ora emanata in proposito dalla Commissione, a quanto consta, è il provvedimento SG(96)D/9555, del 7.11.1996, RTP, relativo all'emittente pubblica portoghese. Il sistema di finanziamento privilegiato di tale emittente è stato ritenuto compatibile con il Trattato grazie alla separazione gestionale e contabile tra le attività « di pubblico servizio » svolte dall'emittente, finanziate

tramite emolumenti pubblici, e quelle di natura più strettamente « commerciale ».

⁶⁰ B. STURCESS, M. AUBEL, S. PISTRE, L. ARGINON, *Les chaînes publiques de télévision: modes de financement et contraintes réglementaires dans l'union européenne*, Settembre 1995, 8.

⁶¹ Con le parole di B. STURCESS, M. AUBEL, S. PISTRE, L. ARGINON, *op. cit.*, 39.

derivante da eventuali mutamenti delle condizioni del mercato pubblicitario.

Inoltre, il legame che unisce agli Stati le emittenti pubbliche fa sì che queste ultime, al contrario dell'emittenza privata, possano attingere in caso di necessità alla *deep pocket* pubblica. Un'emittente televisiva statale, gravata di compiti di pubblico servizio, si trova sempre virtualmente al riparo da qualunque pericolo di crisi economica: in caso di necessità, lo Stato interverrà ripianando le perdite, o concedendo forme di finanziamento straordinario.

Deve perciò rilevarsi come l'aggravarsi della già difficile situazione finanziaria che, a quanto ci è noto, affligge alcune emittenti private tedesche, potrebbe condurre alla messa in pericolo, oltre che del principio del pluralismo e della libertà di espressione attraverso il mezzo radiotelevisivo, garantito dall'art. 5, *Grundgesetz*, dei più volte ricordati precetti comunitari che attribuiscono ai radiodiffusori il « diritto di trasmettere ».

Non forse fuori luogo è ricordare come l'*Oberverwaltungsgericht* di Coblenza, nella già ricordata controversia « brutto-netto », adito in via d'urgenza da un radiodiffusore privato al fine di ottenere la sospensione dell'efficacia del provvedimento con cui la *Landeszentrale für private Rundfunkveranstalter* aveva imposto ad una emittente l'adozione del principio netto, abbia concesso il richiesto provvedimento, osservando che in difetto, e dunque nel caso in cui l'impugnato provvedimento amministrativo avesse potuto spiegare efficacia, le ricorrenti avrebbero subito un danno assolutamente notevole⁶².

Se la normativa comunitaria prevede un ruolo per le emittenti pubbliche, certo essa non le vuole uniche protagoniste e padrone del mercato, dopo la soppressione della concorrenza privata⁶³: una norma nazionale che, imponendo il principio del « tempo netto » miri, o di fatto giunga, ad un simile risultato è del tutto incompatibile con le previsioni e gli obiettivi della direttiva, ed in particolare è in contrasto con il limite della salvaguardia del pluralismo dell'informazione e dei *media*.

⁶² OVG Koblenz, 18.2.1994, cit., 80.

⁶³ Secondo il principio espresso da Corte, 3/10/1985, causa 311/84, *CBEM (Telemarketing)*, in *Raccolta*, 1985, 3261; su cui il commento di L.C. UBERTAZZI, *Televisione e diritto comunitario anti-trust*, in *RDCo*, 1987, II, 306; e in precedenza Corte, 18.6.1991, causa C 260/89, *ERT/Dimitiki e Sotirios*, in *Raccolta*, 1991, I, 2925, su cui il commento di D. CHALMERS, *Television and the Court of Ju-*

stice, in *Eur. Law Rev.*, 1992, 248. Nell'ultima sentenza la Corte ha rilevato come anche al settore televisivo debba applicarsi il divieto di cui all'art. 86 del Trattato: in conseguenza l'impresa monopolista, per definizione in posizione dominante, anche se titolare di compiti di pubblico servizio, dovrà comunque osservare le norme di concorrenza « nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento della specifica missione ... affidata ».

II.3. L'INTERPRETAZIONE DELLE NORME NAZIONALI DEVE AVVENIRE IN CONFORMITÀ DEL DIRITTO COMUNITARIO.

Così delineati i limiti di intervento normativo degli Stati membri, rimane da affrontare la questione dei criteri di interpretazione di eventuali norme nazionali che nulla di specifico stabiliscano quanto al punto in questione, o si limitino a ripetere testualmente il disposto della direttiva.

In ambedue i casi, deve applicarsi il generale principio per cui le norme nazionali, di qualsiasi genere siano, e qualsiasi materia esse riguardino, devono essere interpretate in conformità al diritto comunitario.

Innanzitutto, se è vero che uno degli scopi perseguiti dalla direttiva era quello di eliminare o ridurre le disparità tra normative nazionali, in modo da facilitare la creazione dello « spazio audiovisivo europeo », ne discende che l'interpretazione più conforme alla norma comunitaria (come da sempre ribadito dalla Corte di Giustizia), è quella che tende a ridurre le rimanenti differenze tra le norme nazionali, e non certo quella che mira ad aumentarle⁶⁴.

Come ci si lusinga di aver dimostrato, la norma comunitaria di cui all'art. 11, comma 3, direttiva 552/89, prevede quale « regola minima » il computo delle interruzioni pubblicitarie sulla base della durata lorda dell'opera audiovisiva trasmessa: in conseguenza, l'interpretazione delle norme nazionali che non contengano espresse disposizioni di opposto tenore, deve avvenire in conformità di questo principio.

L'art. 3, comma 1, autorizzando « gli Stati membri » a « prevedere norme più rigorose o più particolareggiate » (così, testualmente, l'art. 3), consente il sacrificio del « diritto di trasmettere », negli indicati limiti, soltanto ad opera di « norme » statali, emanate a seguito di specifica valutazione effettuata da un organo normativo nazionale quanto al bilanciamento dei diritti dei radiodiffusori con i diritti e gli interessi dei terzi, autori delle opere e telespettatori.

Una simile valutazione, a cui il legislatore nazionale rinunci adottando una norma analoga nel tenore letterale a quella corrispondente della direttiva, oppure omettendo di disciplinare in ma-

⁶⁴ Dunque, anche le possibili discriminazioni tra emittenti dovute alle residue divergenze tra normative nazionali devono essere ridotte al minimo, a pena di introdurre situazioni pesantemente sfavorevoli per l'emittente avente sede in uno Stato che ha adottato una disciplina particolarmente restrittiva, la quale deve competere

con emittenti aventi sede in Stati diversi e dunque sottoposte a discipline più favorevoli (come osserva anche C.E. EBERLE, *Das europäische Recht und die Medien am Beispiel des Rundfunkrechts*, cit., 427, che sottolinea anche i rischi di incompatibilità di simili discriminazioni con l'art. 3, *Grundgesetz*).

niera specifica la singola questione, non può essere effettuata autonomamente dall'interprete.

Ciò diviene tanto più fondato in quei casi nei quali lo stesso legislatore nazionale abbia « proclamato » la sua intenzione di dare attuazione alla direttiva.

In questa ipotesi, la volontà del legislatore di dare esecuzione alle norme comunitarie viene dichiarata in relazione all'intera disciplina della materia televisiva contenuta nella direttiva: in conseguenza, a fronte di una simile dichiarazione, che eleva (in via specifica) il rapporto di attuazione tra direttiva e normativa nazionale a canone interpretativo generale di quest'ultima, i casi in cui la normativa nazionale abbia introdotto disposizioni meno favorevoli devono essere espressamente indicati dal legislatore stesso, e non possono invece essere ricavati dall'interprete attraverso l'attribuzione di particolari significati al silenzio o alle ambiguità testuali della norma nazionale. In altre parole, se il legislatore nazionale ha stabilito che la normativa interna « attua » o « recepisce » la direttiva comunitaria, l'interprete non può stabilire che in realtà essa « deroga » (in senso più restrittivo) rispetto alla disciplina comunitaria, se non nei casi in cui tale « deroga » sia stata espressamente inserita dal dettato normativo nazionale⁶⁵.

È questo il caso, ad esempio, della Spagna, in cui l'intestazione della *Ley* 25/1994, del 12.7.1994, già ricordata, recita: « *ley por la que se incorpora al ordinamiento jurídico español la Directiva 552/89CEE* ». Come ricordato, l'art. 13 della legge spagnola include una chiarissima disposizione a favore del « tempo lordo ».

Ancora, si ponga mente al caso dell'Italia, in cui l'art. 39, legge 6.8.1990, n. 223, recante rubrica « *Attuazione di direttiva* », recita:

« *Con la presente legge è data attuazione alla direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 3 ottobre 1989 (89/552/CEE)* ».

Il legislatore italiano nulla ha previsto sulla questione qui discussa. In base alla disposizione dell'art. 39 deve tuttavia escludersi che la norma interna abbia inteso introdurre una deroga alle regole della direttiva, se non nei casi in cui tale deroga sia stata espressamente prevista⁶⁶, ciò che ha portato, sia pure non

⁶⁵ Recentemente, TAR Lazio, Sez. II, 19/12/1997, n. 1987, pres. A. Elefante, est. B. Polito, *RTI c. Ministero delle Poste e Telecomunicazioni e a.*, inedita, nel dichiarare l'illegittimità parziale del d.m. 9/12/1993, n. 581, recante norme in materia di sponsorizzazioni di programmi radiotelevisivi e offerte al pubblico, ha affermato come deroghe di diritto interno in senso più restrittivo rispetto alla normativa comunitaria non possano essere previste dal-

la fonte regolamentare, in assenza di esplicita delega legislativa in tal senso, e qualora inoltre il precetto legislativo sul punto si limiti sostanzialmente a ripetere il disposto della norma comunitaria.

⁶⁶ Una dottrina italiana, peraltro minoritaria, e animata soprattutto da intenti di ampliamento della tutela dei telespettatori, ha ritenuto che l'art. 39 dovesse essere interpretato come un « rinvio al contenuto della Direttiva, per cui dovranno con-

senza qualche contestazione, alla generalizzata applicazione della regola del « tempo lordo »⁶⁷.

E veniamo alla Germania. Come ricordato, il § 26, comma 4, *Rundfunkstaatsvertrag* 1991⁶⁸ recita:

« *Abweichend von Abs. 3 S. 2 dürfen Werke wie Kinospielefilme und Fernsehfilme mit Ausnahme von Serien, Reihen, leichten Unterhaltungssendungen und Dokumentarsendungen, sofern sie länger als 45 Minuten dauern, nur einmal, je vollständigem 45 Minutenzeitraum unterbrochen werden. Eine weitere Unterbrechung ist zulässig, wenn diese Sendungen mindestens 20 Minuten länger dauern als zwei oder mehr vollständige 45 Minutenzeiträume* ».

La norma, nel contesto di un dettato che riprende in maniera quasi testuale il disposto dell'art. 11, comma 3, della direttiva, sostituisce il riferimento alla *programmierte Sendedauer*, di cui alla norma comunitaria, con la diversa espressione *sofern sie länger als 45 Minuten dauern*. Come ricordato, da questa differenza testuale viene per via interpretativa fatto derivare l'accoglimento del « principio netto » da parte del *Rundfunkstaatsvertrag*⁶⁹: più in particolare, si sostiene che unico elemento rilevante ai sensi del § 26 sarebbe la « durata dell'opera », nella quale non potrebbero certo farsi rientrare le interruzioni pubblicitarie, che non potrebbero considerarsi parte dell'« opera », in quanto, in caso contrario, esse non sarebbero più « interruzioni »⁷⁰.

Una simile conclusione, ci si permetta di osservare, pare assai discutibile, soprattutto alla luce del rapporto tra norma interna e norma comunitaria come chiarito dalle *Begründungen zum Staatsvertrag*.

In particolare, l'introduzione generale delle *Begründungen* testualmente afferma che lo *Staatsvertrag* dà attuazione alle « regole europee per l'armonizzazione del diritto televisivo » (p. 1). Del tutto trasparente è il riferimento alla direttiva 552/89, reso ancor più chiaro dall'affermazione del successivo punto B.I.1 secondo cui l'adeguamento del diritto tedesco alle regole europee riguarda soprattutto la disciplina della pubblicità.

siderarsi recepiti anche quei principi o disposizioni, dotati di sufficiente precisione e chiarezza, che non hanno trovato esplicito richiamo nella legge » (così G. STROZZI, *Sub art. 39*, in E. ROPPO, R. ZACCARIA (a cura di), *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, Milano, 1991, 581 e ss., 603).

⁶⁷ Come riferito, in Germania, da HARTSTEIN, *Sub § 26*, in HARTSTEIN, RING, KREILE, DÖRR, STETTNER, *Rundfunkstaatsvertrag*, 26 e ss.

⁶⁸ Per una descrizione del sistema ra-

diotelevisivo tedesco, ed una sintesi dello *Staatsvertrag*, v., nella dottrina comparatistica, B. POZZO ZANCHETTA, *La disciplina della radio-televisione in Germania: il nuovo « staatsvertrag » del 31 agosto 1991*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, 359.

⁶⁹ In questo senso, oltre alla già ricordata sentenza del LG Stüttgart; LG Schleswig-Holstein, *Beschluß* 30.12.1993, in *AfP*, 1994, 86 e ss.

⁷⁰ In questo senso, in dottrina, HARTSTEIN *op. cit.*, 24; D. DÖRR, *op. cit.*, 342.

Ciò premesso, è chiaro che l'affermazione contenuta nel commento specifico del § 26, comma 4, secondo cui la norma commentata è « in conformità con le regole europee, e in particolare con l'art. 14, comma 3, della Convenzione del Consiglio d'Europa », non può essere interpretata nel senso di escludere la conformità della norma tedesca con la disposizione comunitaria di cui all'art. 11, comma 3, della direttiva « televisione senza frontiere ». Il richiamo all'art. 14 deve infatti ritenersi del tutto esemplificativo, e non certo tale da escludere che lo *Staatsvertrag* rappresenti l'attuazione in Germania della direttiva. Del tutto condivisibile pare invece l'argomento secondo cui la direttiva non venne citata espressamente dalle *Begründungen*, sub § 26, comma 4 in quanto i *Länder* non intendevano rinunciare alla propria tesi secondo cui la direttiva avrebbe dovuto considerarsi invadere la loro competenza normativa.

Consistenti dubbi ci pare possano essere sollevati sull'orientamento, fatto proprio dalla Corte di Coblenza, che identifica elementi favorevoli alla tesi del « tempo netto » negli esempi effettuati dalle *Begründungen* (pag. 29), di calcolo del numero delle interruzioni inseribili in opere dalla durata di 90 e 110 minuti, pari rispettivamente a due e tre interruzioni. Di null'altro si tratta infatti che dell'ipotesi paradigmatica minima presa in considerazione dall'art. 11, comma 3, cioè della traduzione in esempio concreto della fattispecie astratta oggetto della norma.

Da un simile esempio, nessuna indicazione si può trarre circa i contenuti precettivi della norma, che non emerga già dalla mera lettura della norma stessa. Nessun elemento consente in conclusione di attribuire ai ricordati esempi valore di deposizione a favore del « tempo netto »⁷¹.

A nostro parere, i ricordati passi delle *Begründungen* devono equipararsi alle « proclamazioni di attuazione » della direttiva comunitaria sopra ricordate: affermando che la normativa nazionale è « in conformità alle regole europee » il legislatore nazionale dichiara in maniera univoca il rapporto di attuazione o recepimento nell'ordinamento interno che intercorre tra la direttiva comunitaria e la normativa interna.

A fronte di una simile proclamazione, l'interpretazione che pretenda di ricavare una deroga « in senso più restrittivo » da una mera divergenza testuale tra norma interna e norma comunitaria, in assenza di qualsiasi espressa indicazione in tal senso, sembra assai discutibile⁷².

⁷¹ Così anche T. TSCHENTSCHER, D. KLEE, *Aktuelle Rechtsprobleme der Werbung im privaten Rundfunk*, cit., 150.

⁷² Come rilevato anche da C. ENGEL, *op. cit.*, 341; T. TSCHENTSCHER, D. KLEE,

Aktuelle Rechtsprobleme der Werbung im privaten Rundfunk, cit., 151, che sottolineano come a conclusione contraria non possa giungersi neppure in base ad un'eventuale interpretazione favorevole alla

Un simile atteggiamento non può che far sospettare di un'intenzione dell'interprete di introdurre, quanto meno *praeter legem*, vista l'univoca « proclamazione di attuazione » della direttiva da parte della norma interna, un regime più restrittivo rispetto a quello comunitario, soprattutto nei confronti dell'emittenza privata, in realtà privo di qualunque fondamento di diritto positivo.

Alla luce di quanto sin qui esposto, ci sia consentito concludere che la compatibilità di questo atteggiamento interpretativo con le norme della direttiva 552/89, nonché con i principi generali del diritto comunitario, e in particolare con il principio che vuole il mercato comune aperto in eguale misura alla partecipazione di tutti i radiodiffusori, pubblici e privati, in maniera da dare compiuta realizzazione allo « spazio audiovisivo europeo » quale attuazione del principio di libera circolazione dei servizi, nonché quale premessa per la prossima evoluzione dell'Unione Europea, pare assai dubbia⁷³.

regola del « tempo lordo » della più recente versione, del 26.1.1993, delle *Werberichtlinien* emanate dalle *Landesmedienanstalten*. Infatti, innanzitutto tale atto non è dotato di efficacia esterna, essendo vincolante solo per l'amministrazione che lo ha emanato; inoltre, in assenza di una regolamentazione legislativa dei principi generali della materia (quale non potrebbe essere considerato, secondo gli Autori, il § 26), non sarebbe ammissibile un intervento della pubblica amministrazione suscettibile di incidere in maniera consistente sui diritti dei radiodiffusori (*Wesentlichkeitsprinzip*). Peraltro, la versione precedente delle stesse *Werberichtlinien* si esprimeva univocamente a favore della regola del « tempo lordo »; come riferisce C. ENGEL, *op. cit.*, 335.

⁷³ Né a conclusioni contrarie potrebbe comunque giungersi anche ove si sostenesse, in contrasto con le ricordate affermazioni delle *Begründungen*, che le norme comunitarie non hanno in realtà trovato attuazione in Germania, o che il § 26 comma 4 non vi ha dato corretta attuazione, posta la sua ambiguità testuale. In questo caso, infatti, potrebbe ritenersi direttamente applicabile la stessa norma comunitaria, che, come visto, accoglie la regola del tempo lordo. Ad una conclusione simile è giunto, in sede di cognizione sommaria, l'OVG Koblenz, nel più volte ricordato provvedimento reso nella controversia « brutto-netto ». Conforme C. ENGEL, *op. cit.*