

A.A. 2009/2010
DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO
XXII CICLO

MARCELLO DOLORES

***Le trasmissioni televisive nel diritto comunitario tra libera prestazione
dei servizi e libertà di manifestazione del pensiero***

Tesi di dottorato

Tutor: Chiar.mo Prof. Nicola Lupo

Co-Tutor: Chiar.mo Prof. Giuseppe Di Gaspere

Indice

	Pag.
Introduzione	2
Capitolo I LE TRASMISSIONI TELEVISIVE TRANSFRONTALIERE E LA LORO QUALIFICAZIONE COME SERVIZI NEL DIRITTO COMUNITARIO	
1. La prima fase della giurisprudenza della Corte di Giustizia	14
2. Il Libro Bianco della Commissione del 1984 e la seconda fase della giurisprudenza della Corte di Giustizia	31
3. La Direttiva Televisione senza Frontiere e la definizione di trasmissione televisiva come servizio	48
4. Prime Conclusioni	60
Capitolo II LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI E PRINCIPIO DEL PAESE D'ORIGINE	
1. Il percorso di attuazione della libertà di prestazione di servizi a livello comunitario	64
2. L'affermazione del principio del Paese di origine nel diritto comunitario: il passaggio dal divieto di discriminazioni all'affermazione dei principi regolatori della materia. Il principio del Paese di origine e del mutuo riconoscimento	
2.1 La giurisprudenza della Corte di Giustizia a partire dagli anni '70	73
2.2 Mutuo riconoscimento e principio del Paese di origine	81

3. Il principio del Paese di origine: alcune applicazioni nel diritto derivato e sua rivisitazione con la Direttiva 2006/123	
3.1 La direttiva in materia di servizi finanziari	100
3.2 La direttiva sul commercio elettronico	111
3.3. La Direttiva 2006/123: tra principio del Paese d'origine e clausola della libera prestazione dei servizi	118
4. Conclusioni	130
Capitolo III TRASMISSIONI TELEVISIVE, PRINCIPIO DEL PAESE DI ORIGINE E LIBERTA' DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO NELLA NUOVA DIRETTIVA SUI SERVIZI MEDIA AUDIOVISIVI	
1. Introduzione	135
2. La regolamentazione delle trasmissioni televisive a livello comunitario nella Direttiva 89/552	139
3. La Direttiva 97/36 e l'applicazione del principio del Paese di origine	154
4. La giurisprudenza in materia di trasmissioni televisive transfrontaliere, misure più particolareggiate e loro aggiramento	162
5. La Direttiva Servizi Media Audiovisivi e la libertà di trasmissione	186
6. Il problematico superamento del principio del Paese d'origine nell'articolo 3 della Direttiva AVMS	193
CONCLUSIONI	212
BIBLIOGRAFIA	221

Introduzione

La rapida evoluzione tecnologica ed i processi di internazionalizzazione dell'economia, insieme con lo sviluppo della fornitura di servizi con mezzi multimediali e digitali, hanno portato ad un significativo mutamento ed accrescimento della prestazione di servizi transfrontalieri all'interno dell'Unione europea. Tali dinamiche hanno interessato in particolare la fornitura di servizi audiovisivi e la realizzazione di trasmissioni televisive transfrontaliere.

Lo sviluppo della televisione via cavo, prima, e della televisione via satellite dopo, hanno messo a disposizione di operatori e cittadini una molteplicità di strumenti che, per capacità tecnica e per valore degli investimenti, sono stati in grado di creare una vera e propria dimensione comunitaria del mercato delle trasmissioni televisive. Inoltre, all'accrescimento geografico della dimensione del mercato, si è accompagnato un accrescimento delle risorse tecnologiche rese disponibili; ciò ha comportato la creazione di strutture di mercato aventi sempre più un carattere convergente, in grado di associare tra di loro molteplici e diverse servizi tecnologici e metterli a disposizione del cittadino/utente; tale

dinamica ha ovviamente influenzato l'attività di trasmissione televisiva.

In uno scenario, appunto, convergente, le attività di trasmissione televisiva possono essere offerte in una dimensione transnazionale e multiplatforma. Con estrema semplicità ed a costi molto bassi per gli operatori è oggi possibile effettuare trasmissioni televisive da uno Stato membro ed indirizzarle verso altri Stati.

Spostando lo sguardo nell'ottica dell'utente, lo stesso oggi ha la possibilità di ricevere una molteplicità di trasmissioni televisive (anche destinate al proprio territorio, in termini di composizioni di palinsesto, lingua dei programmi, pubblicità etc.) provenienti dall'intero territorio dell'Unione europea e non dal solo Stato membro nel quale risiede. Al tempo stesso tali trasmissioni possono raggiungere l'utente con numerose quanto diverse tecnologie e cioè a mezzo satellite, cavo (sia in forma di ritrasmissione del segnale satellitare, che in forma di trasmissione autonoma o nella forma di trasmissione via cavo attraverso protocolli internet tipo IPTV o ADSL), digitale terrestre, o ancora a mezzo televisione mobile (protocolli telefonici o digitale terrestre via internet) o con la televisione via internet (web tv o sistemi televisivi su circuiti chiusi).

Orbene, la creazione di tale dimensione comunitaria delle trasmissioni televisive richiede la predisposizione di un quadro regolamentare e normativo in grado di far fronte a tale processo di espansione dell'intera attività. E primariamente tale disciplina deve essere una disciplina avente una dimensione di carattere comunitario.

Già a partire dalla Convenzione sulla Televisione Transfrontaliera del 1985, per poi proseguire con la Direttiva 89/552 – “Televisione senza frontiere”, il legislatore comunitario ha affermato chiaramente come l'attività di trasmissione televisiva non possa essere ridotta soltanto alla circolazione dei servizi e contestuale creazione di un mercato comune.

Le trasmissioni televisive transfrontaliere sono state infatti considerate un'attività in grado di avere un ruolo decisivo per favorire lo sviluppo dell'integrazione europea e della tutela della stessa identità culturale europea. L'attività di trasmissione televisiva rappresenta cioè una forma di esercizio del diritto alla manifestazione del pensiero, in una dimensione, appunto, comunitaria e volta cioè alla diffusione di strumenti di integrazione e di una identità culturale europea.

Tale profilo, più volte confermato e ribadito dal legislatore comunitario, ha imposto la necessaria

individuazione dei principi e delle normative che sarebbero in grado di favorire una regolamentazione a supporto di quello che è stato definito il <<paesaggio audiovisivo europeo>>.

Una dimensione che si costruisca cioè non solo sulla dimensione del mercato comune, ma che rappresenti anche lo scenario per una piena esplicazione della libertà di manifestazione del pensiero in una dimensione comunitaria; e cioè innanzitutto attraverso quelle modalità tecnologiche che tale esplicazione e pieno esercizio siano in grado di rendere effettivo.

Ma soprattutto, le trasmissioni televisive assumono oggi, proprio in forza della rapida evoluzione tecnologica, un rilievo che prescinde e supera la mera dimensione della prestazione di servizi e rilevano come servizio che più di ogni altro è in grado di garantire la circolazione delle idee e delle informazioni e la manifestazione del pensiero e favorire l'integrazione tra le diverse realtà nazionali. Se dunque le trasmissioni televisive portano con sé un *quid pluris* rispetto alla moltitudine di altri servizi, da tale dato non si potrà prescindere ed in tale ottica l'osservatore dovrà valutare la coerenza ed efficacia della normativa comunitaria attuale.

Un obiettivo, questo, che solo in parte la nuova disciplina introdotta dall'art. 3 della Direttiva Audiovisual Media Services n. 65/2007 sembra essere in grado di raggiungere. E sull'analisi di tale profilo il presente lavoro sarà sviluppato; partendo cioè dalle prime qualificazioni che dell'attività di trasmissione televisiva sono state date dalla giurisprudenza comunitaria per poi arrivare ad analizzare se l'attuale normativa comunitaria sia in grado di supportare e rendere raggiungibili quegli obiettivi di integrazione che la stessa si dà in via generale.

Una questione che peraltro, sotto questo profilo, si inserisce nel più complessivo e ampio dibattito relativo alla disciplina della libera prestazione dei servizi a livello comunitario, come altresì aggiornatosi con la recente direttiva 2006/123 sul mercato unico dei servizi. Una dimensione che, come si vedrà di seguito, rappresenta il complesso e l'insieme di strumenti giuridico/normativi attraverso i quali necessariamente la disciplina delle attività televisive dovrà passare al fine di attuare e realizzare, appunto, la dimensione del "paesaggio audiovisivo europeo".

Da ultimo, su tale complesso sistema si viene ad innestare la inevitabile rapidità degli strumenti tecnologici, ed il loro continuo aggiornamento; una realtà in relazione alla quale l'attività di regolamentazione rischia di arrivare in ritardo.

Se dunque il processo di evoluzione tecnologica ha creato un mercato avente una dimensione effettivamente comunitaria, per la disponibilità di risorse tecniche e per i costi di accesso piuttosto bassi, bisogna analizzare la risposta giuridica del legislatore comunitario e come questa sia stata affidata ad un insieme abbastanza circoscritto di norme dei Trattati ed a tre direttive: la Direttiva 89/552 "Televisione senza frontiere", la Direttiva 97/36 di modifica della prima, e la recente Direttiva 65/2007 "AVMS Servizi media audiovisivi".

A queste vanno poi affiancati alcuni atti comunitari, ed altre Direttive (si pensi al pacchetto di quattro Direttive in materia di comunicazioni elettroniche o alle direttiva in materia di tutela del diritto d'autore) aventi però portata e valore sicuramente complementare rispetto alla problematica della regolamentazione del mercato delle trasmissioni televisive.

Fin d'ora va poi ricordata la significativa funzione svolta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ha contribuito soprattutto a dirimere alcune questioni

applicative della disciplina, come la qualificazione giuridica da attribuire alle stesse trasmissioni televisive e la legittimità dei limiti imposti alla libera circolazione da parte degli Stati membri.

Prima della citata Direttiva Televisione senza Frontiere, peraltro, la dimensione comunitaria della regolamentazione ha incontrato diversi limiti proprio nella rivendicazione degli Stati membri di una competenza esclusiva in materia (si pensi ai monopoli statali esistenti nella quasi totalità degli Stati membri). La summenzionata riconduzione della disciplina nell'ambito della disciplina della libera prestazione dei servizi è stata graduale e si affermata su una base *case-by-case*.

Un'analisi del quadro regolamentare comunitario delle trasmissioni televisive mostra però come il legislatore comunitario abbia posto la sua attenzione soprattutto sulla regolamentazione cosiddetta "interna" delle trasmissioni televisive, imponendo un'armonizzazione delle discipline adottate dai singoli Stati membri. Ciò ha comportato la previsione di obblighi dettagliati in materia di divieti di contenuti trasmissibili, pubblicità, sponsorizzazioni, obblighi di programmazione e di investimento in opere europee, nonché nella individuazione dei soggetti obbligati, ovvero i fornitori di servizi di media, alla attuazione degli obblighi.

Purtuttavia il legislatore comunitario ha lasciato agli Stati membri la facoltà di eventualmente introdurre <<*norme più particolareggiate o più rigorose*>>, essendo la normativa comunitaria di per sé sufficiente a soddisfare, appunto nella regolamentazione “interna”, le esigenze poste dal diritto comunitario.

Ciò ha creato, già con l'adozione della Direttiva Televisione senza Frontiere, la mancanza di chiari principi regolamentari in relazione alla disciplina “esterna” delle trasmissioni televisive. Come sopra accennato, infatti, ci si trova ormai di fronte ad uno scenario in continua e rapidissima evoluzione, fortemente orientato all'integrazione tra le diverse tecnologie ed all'acquisizione di una dimensione comunitaria. Il già menzionato “paesaggio audiovisivo europeo” rappresenta non più una prospettiva (come poteva essere al momento della nascita delle prime questioni relative alle trasmissioni televisive transfrontaliere), ma una realtà con la quale il legislatore comunitario deve confrontarsi. E proprio in relazione ai principi ed alle norme applicabili all'attività di fornitura delle trasmissioni televisive a livello comunitario è possibile ad oggi riscontrare, più che un vuoto di normativa, l'assenza di principi unitari ed omogenei rispetto al complessivo sistema di diritto comunitario, in grado di consentire che un'attività di fatto ormai

armonizzata nelle regole del suo svolgimento, possa assumere una dimensione effettivamente comunitaria.

A fronte infatti dell'affermazione di principi quali quello della creazione di un mercato comune della trasmissione di programmi o della sufficienza del rispetto della legislazione dello Stato di origine delle trasmissioni, si è assistito ad una disciplina comunitaria a tratti incompleta e contraddittoria.

E ciò innanzitutto perché il legislatore comunitario non ha fornito tutti gli strumenti necessari ad una corretta regolamentazione del “traffico” delle trasmissioni televisive in una dimensione comunitaria. Nella fase precedente all'introduzione della Direttiva Televisione Senza Frontiere, infatti, il ruolo di regolatore è stato di fatto demandato alla Corte di Giustizia, che è stata chiamata in via pretoria a fissare alcune principi e colmare i vuoti di normativa, sulla base dei principi generali in materia di libera prestazione di servizi.

Successivamente, con la Direttiva Televisione senza Frontiere il legislatore comunitario ha optato per una regolamentazione “minima”, con alcune limitate eccezioni al generale principio dell'applicabilità della legge del Paese di origine. Anche tale disciplina ha sofferto nella sua dimensione applicativa di un'incapacità di soddisfare le

molteplici esigenze che un settore in costante e dinamica evoluzione mostrava, rendendo necessario ancora una volta l'intervento suppletivo della Corte di Giustizia su moltissime questioni relative alla circolazione transfrontaliera delle trasmissioni televisive.

Il tentativo di dare coerenza alla regolamentazione delle trasmissioni televisive che si realizzano su base comunitaria, è stato compiuto con la recente Direttiva 65/2007 Servizi Media Audiovisivi che però proprio in materia di legge applicabile al fornitore dei servizi, potere residuale degli Stati membri, principio del Paese d'origine e deroghe allo stesso lascia aperti ampi margini di interpretazione e profili di problematica compatibilità con il diritto comunitario.

Proprio intorno a tale nuova disciplina, che è stata attuata dagli Stati membri entro il 19 dicembre 2009, va soffermata l'attenzione per valutare la possibile effettiva instaurazione di un mercato comunitario delle trasmissioni televisive e se i limiti e per comprendere se le procedure previste dalla stessa disciplina rappresentino lo strumento idoneo al perseguimento di tale obiettivo ed alla piena realizzazione di una libera manifestazione del pensiero e circolazione delle idee in una dimensione transfrontaliera e comunitaria. Tale aspetto della normativa rappresenta il

punto centrale dell'analisi che si verrà a proporre, e cioè lo studio della nuova della disciplina comunitaria e soprattutto la sua capacità di garanzia e tutela del diritto alla diffusione e manifestazione del pensiero attraverso l'attività di trasmissione televisiva.

CAPITOLO I

LE TRASMISSIONI TELEVISIVE TRANSFRONTALIERE E COME SERVIZI A LIVELLO COMUNITARIO

1. La prima fase della giurisprudenza della Corte di Giustizia

I Trattati istitutivi della Comunità europea, nel sancire le libertà fondamentali funzionali alla creazione di un mercato comune delle merci, dei servizi e dei capitali, non si occupano di regolamentare direttamente l'attività di trasmissione televisiva.

Gli articoli 50 e 51 TCE, infatti, fanno riferimento espresso solo ad alcune categorie di servizi. L'art. 50 TCE ne individua i caratteri fondamentali e cioè il carattere industriale, commerciale, artigiano o delle libere professioni. L'art. 51 TCE, nel soffermarsi su alcune categorie di servizi in particolare, cita i servizi in materia di trasporti ed i servizi in materia di banche ed assicurazioni; tale riferimento è in particolare compiuto al fine di fissare la normativa applicabile a tali categorie di servizi e le disposizioni di riferimento all'interno degli stessi Trattati.

I Trattati, dunque, fissano alcuni principi fondamentali applicabili a tutte le attività di fornitura di

servizi rientranti nel campo di applicazione delle suddette norme, escluse quelle tipologie di servizi la cui regolamentazione è espressamente prevista in altre disposizioni ¹. Come è semplice intuire, i servizi di trasmissione televisiva non potevano essere oggetto, al momento della entrata in vigore dei Trattati, della disciplina in materia di libera prestazione di servizi. La stessa attività viveva ancora in una dimensione embrionale sia dal punto di vista tecnico che dal punto di vista commerciale; solo il successivo sviluppo tecnologico, infatti, avrebbe portato ad una dimensione transnazionale delle trasmissioni televisive. E di tale attività di ampliamento dell'oggetto delle norme in materia di libera prestazione di servizi si è fatta carico la Corte di Giustizia delle Comunità europee, con alcune fondamentali pronunce che hanno avuto l'indubbio merito di attualizzare la normativa dei Trattati, rendendola in linea, soprattutto in materie fortemente dinamiche ed in divenire, con la rapida evoluzione tecnologica².

¹ Ci si riferisce ai servizi di trasporti, in relazione ai quali l'art. 51 TCE rimanda alla disciplina prevista nell'apposito capo, ed ai servizi delle banche e delle assicurazioni per la disciplina dei quali si fa riferimento al successivo Capo 4 del Titolo III TCE.

² Sulla rilevanza del ruolo della Corte di Giustizia e dell'art. 308 TCE nell'aggiornamento ed espansione del diritto dei Trattati, con particolare riferimento all'attività di trasmissione televisiva, cfr. G. STROZZI e R. MASTROIANNI, *La disciplina comunitaria delle trasmissioni televisive e la*

Il primo caso giurisprudenziale che segna la disciplina comunitaria delle trasmissioni televisive, e che dunque porta ad una riconduzione degli stessi in una dimensione comunitaria, è il caso *Sacchi*³. La sentenza della Corte di

recente legislazione italiana, in *Foro Italiano*, 1993, IV, 142 , i quali evidenziano che <<tra i fini comunitari rientrano anche la realizzazione ed del progresso economico e sociale degli Stati membri, l'eliminazione delle barriere che dividono l'Europa, il miglioramento delle condizioni di vita dei suoi popoli nonché uno sviluppo armonioso delle attività economiche, più strette relazioni tra gli Stati membri: e certamente la produzione, trasmissione e circolazione di programmi televisivi posso ricollegarsi a queste finalità>> .

³ Si tratta della sentenza della Corte di Giustizia del 30 aprile 1974, in causa n. 155/73. Numerosi i commenti a questa sentenza, immediatamente successivi alla sua pronuncia, che evidenziano la portata innovativa della decisione ed il suo ruolo fondamentale nella riconducibilità dei servizi di trasmissione televisiva nel novero dei servizi cui è applicabile la disciplina ex artt. 49 e seguenti TCE. Tra gli si vedano in particolare A. DEL VECCHIO, *La Corte di Giustizia delle Comunità e l'affare Tele-Biella*, in *Rivista di Diritto europeo*, 1974, 168 ss., W. DONÀ VISCARDINI, *Il regime televisivo italiano e il diritto comunitario*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi internazionali*, 1974, 89 e ss., A. FRANCHINI, *Il messaggio televisivo come servizio e la sua circolazione nel Mercato Comune Europeo*, in *Diritto delle Radiodiffusioni e delle Telecomunicazioni*, 1974, 365 e ss., e G.L. TOSATO, *Il caso Tele-Biella*, in *Processi Civili*, 1977, 285 e ss. . La centralità della pronuncia è dimostrata dai riferimenti alla stessa presenti anche in M.A. CARUSO, *Le emissioni radiotelevisive nella direttiva comunitaria e nella sua applicazione in Italia*, Milano 1991, 27 ss; C. DOUTRELEPONT, *L'actualité du droit de l'audiovisuel européen*, Parigi, 1996, 129 e ss.; R. MASTROIANNI, *Il diritto comunitario e le trasmissioni televisive*, in *Diritto comunitario e degli Scambi internazionali*, 1990, 170 ss.; R. MAZZA, *Diffusione televisiva e disciplina comunitaria della concorrenza*, Milano, 2006, 25 e ss.; A. TIZZANO, *Regolamentazione*

Giustizia viene pronunciata in esito ad una domanda di rinvio pregiudiziale avanzata dal pretore di Biella⁴ in merito a varie questioni, la soluzione delle quali avrebbe dovuto consentire al giudice *a quo* di valutare la conformità al Trattato delle disposizioni legislative italiane con cui veniva riservato allo Stato il diritto esclusivo di gestire gli impianti televisivi, ed in particolare con riguardo all' ipotesi dell' estensione dell' esclusiva statale anche alla pubblicità commerciale⁵. In via preliminare, il giudice comunitario si

radiotelevisiva italiana e diritto comunitario, in *Foro Italiano*, 1986, IV, 466 ss..

⁴ In particolare, si trattava di un procedimento penale a carico del responsabile di una stazione privata di filodiffusione, rinviato a giudizio per aver detenuto, in locali aperti al pubblico, alcuni televisori utilizzati per la ricezione delle trasmissioni via cavo, senza aver corrisposto il prescritto canone di abbonamento.

⁵ Non è un caso che la pronuncia della Corte di Giustizia venga a collocarsi in una fase storica nella quale, anche in Italia, veniva avvertita l'esigenza di fissare i principi regolamentari alla base della attività di fornitura di trasmissione televisive. Il giudice interno, difatti, veniva a trasferire al giudice comunitario le problematiche relative alla necessità di qualificazione giuridica delle attività di trasmissione televisiva ed in particolare delle trasmissioni televisive via cavo, che sorgevano nella causa in relazione alla quale sarebbe poi stata pronunciata la sentenza della Corte di Giustizia. Successivamente a questa, nel corso dello stesso procedimento davanti al pretore di Biella, peraltro, fu sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 195 dell'allora vigente *Testo unico delle disposizioni legislative in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni*, in quanto il denunciato art. 195, richiedendo la concessione per l'installazione e l'esercizio delle reti private di televisione via cavo e facoltizzando la P.A. a procedere al sequestro degli impianti ed apparecchi di trasmissione, contrastava con l'art. 21 della Costituzione ed

in particolare con i due commi secondo le quali "la stampa non può essere soggetta ad autorizzazione o censura" e non può essere sequestrata se non "per atto motivato dell'autorità giudiziaria". Nonostante dunque il pretore di Biella avesse indicato l'art. 195 come oggetto della questione, dal contesto dell'ordinanza di rimessione emergeva con chiarezza che le questioni di legittimità costituzionale sollevate, investivano in via generale la stessa riserva allo Stato dell'impianto e dell'esercizio di apparecchi di televisione via cavo, nella misura in cui la televisione via cavo era ricompresa fra i servizi di telecomunicazione appartenenti in esclusiva allo Stato. La questione veniva risolta con la sentenza della Corte Costituzionale n. 226 del 10 luglio 1974, che, insieme con la sentenza n. 225 (pronunciata lo stesso giorno), veniva di fatto a limitare la dimensione del monopolio statale in materia di attività radiotelevisiva. In particolare, nella sentenza 226/74 la Corte affermava che <<la prescrizione della concessione amministrativa per l'esercizio di impianti televisivi via cavo e le sanzioni penali per il caso di esercizio senza concessione, escludendo la libera manifestazione del pensiero attraverso il mezzo televisivo, sono in contrasto con l'art. 21, comma primo, della Costituzione, che sancisce il diritto di tutti di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione, nonché - qualora la televisione via cavo possa essere assimilata alla stampa - anche con i commi secondo e terzo dello stesso art. 21>>. Al tempo stesso, in relazione alla permanenza del monopolio statale sull'attività di trasmissione televisiva, la Corte Costituzionale affermava che <<giacché i canali realizzabili mediante cavo sono illimitati e di costo non rilevante, l'estensione del monopolio statale alla televisione via cavo, non potendo giustificarsi in base all'esistenza di un monopolio di fatto dovuto a ragioni tecniche, come per la televisione via etere, contrasta con gli artt. 41 e 43 della Costituzione>>, concludendo in particolare che <<l'installazione e l'esercizio di reti radiotelevisive via cavo a raggio limitato che, per la loro dimensione locale, non integrino, nei sensi innanzi detti, quella fattispecie per la quale legittimamente può disporsi la riserva allo Stato>>, fermo restando che <<anche se non sussistono per le reti locali di televisione via cavo (...) ragioni di "utilità generale" che ne giustifichino una riserva allo Stato, la loro installazione e il loro esercizio possono essere senz'altro legittimamente ed opportunamente disciplinati con legge, in modo da assicurare che, nel rispetto della libertà

dovette stabilire se il principio della libera circolazione delle merci nell'ambito del mercato comune si applicasse ai messaggi televisivi, in particolare se considerati sotto il loro aspetto commerciale; in tale contesto, la Corte di proponeva poi di valutare se costituisse violazione dello stesso principio di libera circolazione delle merci il fatto che uno Stato

di manifestazione del pensiero e d'iniziativa economica, siano salvaguardati gli interessi pubblici, che, in varia guisa, possono entrare in giuoco. All'uopo, pertanto, potrà stabilirsi che sia l'installazione sia l'esercizio siano subordinati ad autorizzazione amministrativa>>. Peraltro, anche la riserva allo Stato dell'attività di ritrasmissione di trasmissione televisive provenienti veniva dichiarata costituzionalmente illegittima, essendo dunque dichiarato ammissibile l'esercizio anche da parte dei soggetti privati nel contesto di un regime autorizzatorio. Con la contestuale sentenza n. 226, inoltre la Corte Costituzionale emanava i cosiddetti "sette comandamenti" applicabili al monopolio pubblico del settore radiotelevisivo, ovvero: 1) sottrazione degli organi di vertice della concessionaria di servizio pubblico dall'influenza dell'esecutivo; 2) necessaria garanzia dell'imparzialità e della completezza dell'informazione; 3) necessario coinvolgimento del Parlamento nella definizione delle direttive generali e nella fase di controllo di effettiva attuazione; 4) necessaria tutela dell'autonomia degli operatori dell'informazione che operano per la concessionaria; 5) adeguata limitazione della pubblicità al fine di evitare il pericolo che la radiotelevisione, inaridendo una tradizionale fonte di finanziamento della libera stampa, rechi grave pregiudizio ad una libertà che la Costituzione fa oggetto di "energica" tutela; 6) garanzia dell'accesso alla radiotelevisione in maniera imparziale ai gruppi politici, religiosi, culturali nei quali si esprimono le varie ideologie presenti nella società; 7) riconoscimento e garanzia del diritto anche del singolo alla rettifica. In merito alla giurisprudenza costituzionale in materia di monopolio radiotelevisivo si veda per tutti P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, 2004.

membro attribuisse ad una società per azioni il diritto esclusivo di effettuare ogni sorta di trasmissioni televisive, anche a fini di pubblicità commerciale.

In tal senso, dunque, ogni soluzione rimaneva subordinata alla esatta qualificazione dei messaggi e delle trasmissioni televisive e cioè se gli stessi si fossero potuti qualificare come prodotti o merci ai sensi del Trattato.

L'affermazione della Corte sul punto fu molto chiara. L'attività di trasmissione televisiva fu qualificata come un'attività fornita dietro corrispettivo⁶, e dunque in quanto tale non qualificabile come merce⁷; benché non si possa

⁶ Elemento su cui la Corte di Giustizia ritornerà in occasione della sentenza del 26 aprile 1988 - *Bond Van Adverteerders* ed altri contro Stato dei Paesi Bassi in causa 352/85.

⁷ Gli articoli 23 e seguenti TCE non definiscono la nozione di merce, rilevante ai fini del Trattato. E' ancora una volta la giurisprudenza della Corte di Giustizia a delimitare il campo di applicazione della disciplina, definendo come merce tutti i beni valutabili in denaro e dunque potenzialmente oggetto di una transazione commerciale; in tal senso cfr. per tutte la sentenza della Corte di Giustizia del 10 dicembre 1968. - Commissione Delle Comunità europee contro Repubblica Italiana in causa C-7/68, nella quale si statuisce che <<per merci ai sensi dell'articolo 9 del Trattato Cee si devono intendere i prodotti pecuniariamente valutabili e come tali atti a costituire oggetto di negozi commerciali>> e nel contesto della questione pregiudiziale anche gli oggetti che presentano un interesse artistico, storico, archeologico od etnografico, <<indipendentemente dalle caratteristiche che li distinguono dagli altri beni commerciabili, hanno in comune con questi ultimi la caratteristica di essere pecuniariamente valutabili e di poter quindi costituire oggetto di negozi commerciali>>. Su questa sentenza

escludere che prestazioni normalmente fornite in funzione di un corrispettivo ricadano sotto le norme relative alla libera circolazione delle merci, pur tuttavia tale qualificazione sarebbe possibile, come risulta dallo stesso testo dei Trattati, solo qualora le merci fossero espressamente disciplinate da tali norme⁸. E ciò è espressamente previsto dall'art. 50 TCE (ex art. 60 TCE) e dalla sua natura di disciplina residuale applicabile a tutti i servizi forniti dietro corrispettivo⁹ e non

cfr. N. CATALANO, ne *Il Foro Italiano*, 1969, IV 93 ss.; U. MONTELLA, *Sulla incompatibilità con le disposizioni del Trattato CEE della tassa all'esportazione di opere di interesse artistico, storico, archeologico e etnografico*, in *Rivista di giurisprudenza italiana*, 1969, 1 ss.; P. PESCATORE, *Le commerce de l'art et le marché commun*, in *Revue Trimestrielle de droit européen*, 1985, 451 ss. .

⁸ Riteneva la Corte di Giustizia che <<ricadono invece sotto le norme relative alla libera circolazione delle merci gli scambi aventi ad oggetto materiali di ogni genere, riproduzioni sonore, films ed altri prodotti usati per la diffusione dei messaggi televisivi>> (paragrafo 7).

⁹ In tal senso, cfr. la sentenza *Coditel* del 18 marzo 1980 in causa 62/79, che, aveva ad oggetto la fattispecie per la quale il concessionario in uno Stato membro dei diritti di proiezione di un film aveva esercitato il proprio diritto di inibire la proiezione del film in tale stato, ma di fatto, mediante ritrasmissione il film era stato viene captato e trasmesso dopo essere stato diffuso in un altro Stato membro da un terzo , con il consenso del titolare originario del diritto. Orbene, le questioni pregiudiziali riguardavano innanzitutto la compatibilità comunitaria della suddetta normativa, ma in secondo luogo e soprattutto, per quanto qui rileva, se le restrizioni vietate dall' art . 59 (ora 49) TCE erano solo quelle che limitavano la prestazione di servizi tra cittadini residenti in Stati membri diversi ovvero comprendevano anche le restrizioni della prestazione di servizi tra cittadini residenti nello stesso Stato membro, ma riguardanti una prestazione la cui sostanza giungeva da un altro Stato membro. La Corte di Giustizia risolse la questione riconoscendo il diritto del cessionario esclusivo dei diritti, e dunque implicitamente riconoscendo la

regolate dalla disciplina in materia di libera circolazione delle merci.

Dunque, in mancanza di espresse disposizioni contrarie del Trattato, la trasmissione televisiva andava e va considerata, per sua natura, una prestazione di servizi ed in quanto tale sottoposta, insieme con i messaggi pubblicitari alle norme del Trattato che riguardano la prestazione di servizi. In conseguenza di tale impostazione, la Corte faceva poi salvo l'attuale assetto monopolistico esistente in Italia sulla base della motivazione per la quale nulla impediva che gli Stati membri, per considerazioni d'interesse pubblico, di carattere extra-economico, sottraessero le trasmissioni televisive al gioco della concorrenza, attribuendo il diritto esclusivo di effettuare tali trasmissioni ad uno o più enti determinati, non essendo il monopolio di servizi esercitato dallo Stato italiano in quel momento incompatibile con le norme dei Trattati. Rimaneva comunque acquisito il dato interpretativo (ed applicativo), che sarà confermato con la sentenza *Debauve*¹⁰, per il quale la fornitura di servizi di

rilevanza comunitaria della prestazione, ancorché lo stesso diritto dispiegasse i suoi effetti in una dimensione interna ad un singolo Stato membro.

¹⁰ Si tratta della sentenza del 18 marzo 1980, in causa 52/79, *Procuratore del Re c. Marc J.V.C. Debauve e altri*; per un commento a questa sentenza si segnala T. BENNET, *The Debauve and Coditel Cases*, in *European Law Review*, 1980, 224 ss., N. MARC HUNNINGS, *Cases of Law*, in *Common Market Law Review*, 1980, 564 ss.

trasmissione televisiva rappresentava a tutti gli effetti una fornitura di servizi ai sensi del Trattato.

Sulla scia di tale pronuncia, era la stessa Corte di Giustizia a confermare successivamente il suo orientamento e con la sentenza *Debauve* completava il percorso interpretativo volto alla riconduzione delle attività di trasmissione televisiva nell'ambito della disciplina sulla libera prestazione di servizi.

La domanda di pronuncia pregiudiziale era infatti stata avanzata dal Tribunal Correctionnel di Liegi (tribunale di secondo grado), il quale poneva alla Corte di Giustizia due questioni sorte nell'ambito di procedimenti penali a carico di tre persone fisiche e due società (responsabili civili per i tre imputati, loro dipendenti) imputate di aver violato il divieto di trasmettere programmi di radiodiffusione televisiva con pubblicità commerciale¹¹ all'interno del palinsesto televisivo.

In particolare però, nel caso di specie, il servizio offerto dalle due società consentiva agli abbonati di collegarsi ad un'antenna centrale di particolari

¹¹ La legislazione belga vietava agli enti radiotelevisivi nazionali, che detenevano il monopolio legale delle trasmissioni, di compiere trasmissioni con carattere di pubblicità commerciale e vietava parimenti la trasmissione di programmi con carattere di pubblicità commerciale. In particolare, poi, sia le società che i loro dipendenti erano state assolti in prima istanza, ragion per cui era stato proposto appello davanti al Tribunal Correctionnel, che appunto veniva a sollevare le questioni pregiudiziali suddette.

caratteristiche tecniche, che consentiva di captare le trasmissioni belghe e determinate trasmissioni straniere non sempre captabili dall'abbonato con un'antenna individuale, circostanza assolutamente nuova per lo scenario tecnologico del tempo. Di fatto, gli operatori non avevano tenuto conto del divieto, ritrasmettendo nel territorio belga le trasmissioni straniere senza eliminare le immagini pubblicitarie.

A questo punto, veniva in rilievo la circostanza che tale attività di trasmissione fosse svolta attraverso la captazione di segnali televisivi provenienti da un altro Stato membro. Se infatti con la sentenza *Sacchi* la Corte di Giustizia riconduceva le trasmissioni televisive nel novero dei servizi, ma al fine della valutazione dell'ammissibilità di un monopolio statale sulle stesse in quanto servizi, con la sentenza *Debauve* veniva in rilievo la questione della applicazione delle disposizioni in materia di libera prestazione di servizi alle trasmissioni televisive, allorché queste vengono realizzate in una dimensione transfrontaliera all'interno del territorio della Comunità europea.

Le questioni sollevate, proprio tenendo conto ed alla luce della sentenza *Sacchi*¹², chiedevano se l'art. 59 (ora 49) TCE andasse interpretato nel senso che era con esso incompatibile qualsiasi normativa nazionale ostativa alla

¹² Cfr. in tal senso il punto 1 ed il punto 8 della sentenza *Debauve*.

ritrasmissione di messaggi pubblicitari da parte delle imprese di ritrasmissione televisiva via cavo, mentre risultava lecita e possibile la ricezione diretta di questi messaggi nelle zone raggiunte direttamente dalle onde delle trasmissioni estere.

Una normativa di questo tipo, poi, avrebbe creato una discriminazione fra le trasmissioni estere a seconda della località dove esse avevano sede, nel senso che ciascuna di esse avrebbe potuto trasmettere messaggi pubblicitari nella zona dove era possibile captare direttamente le sue onde, mentre per quelle che necessitavano di una ritrasmissione per essere captate nel territorio, la restrizione si sarebbe applicata, impedendo di fatto lo svolgimento della loro attività.

Il giudice *a quo*, dunque, si chiedeva se tale normativa non fosse da considerare sproporzionata all'obiettivo perseguito, ed in particolare alla luce del fatto che l'obiettivo non sarebbe potuto mai essere raggiunto integralmente a causa dell'esistenza di zone del territorio belga in cui le trasmissioni estere (che trasmettevano pubblicità commerciali) potevano venire captate direttamente.

In tal senso è proprio la stessa Corte di Giustizia ad evidenziare di aver già dichiarato, proprio nella sentenza *Sacchi* che <<la trasmissione di messaggi televisivi, compresi quelli aventi carattere pubblicitario, è soggetta, come tale, alle

norme del Trattato relative alla prestazione di servizi. Non vi è motivo di riservare un trattamento diverso alla trasmissione di simili messaggi per mezzo della teledistribuzione>>.

Ciò posto, rilevava la Corte come la questione centrale sollevata dal giudice nazionale era dunque relativa al fatto se gli artt. 59 e 60 (ora 49 e 50) dovevano essere interpretati nel senso del divieto (e dunque illegittimità) di una normativa nazionale che vietasse la trasmissione di messaggi pubblicitari mediante ritrasmissione di segnali provenienti dall'estero, nella misura in cui una normativa del genere non stabiliva nessuna distinzione in relazione all'origine dei messaggi, alla nazionalità del prestatore dei servizi o al luogo di stabilimento di questi¹³.

Pur ribadendo la natura e la qualificazione di servizi dell'attività di trasmissione televisiva, pur tuttavia la Corte di Giustizia prese atto della mancanza di armonizzazione delle normative nazionali in materia; tale circostanza portò la Corte ad una decisione parametrata innanzitutto sulla valutazione dell'interesse generale riconosciuto ai singoli Stati membri più che ad una valutazione in una dimensione ed in un'ottica di tipo realmente comunitario¹⁴.

¹³ Cfr. anche E. ADOBATI, *Le trasmissioni audiovisive nel mercato unico europeo*, in *Diritto comunitario e degli Scambi internazionali*, 1993, 599 ss. .

¹⁴ Va segnalato come la stessa Corte di Giustizia evidenziò che <<dalle informazioni fornite alla Corte nel corso del presente procedimento

Ragion per cui la Corte affermò che non si possono considerare incompatibili con il Trattato condizioni specifiche imposte ai prestatori di determinati tipi di attività e giustificate dall' interesse generale, nonché applicate a carico di qualsiasi persona od impresa stabilita nel territorio di detto Stato membro, per il fatto che il prestatore stabilito in un altro Stato membro non venga in esso assoggettato a prescrizioni simili¹⁵. In assenza di un' armonizzazione a livello comunitario, un simile divieto rientrava, nella visione della Corte, nell' ambito della competenza lasciata ad ogni Stato membro di disciplinare, restringere o anche vietare del tutto la pubblicità televisiva sul proprio territorio per ragioni di interesse pubblico, e ciò anche nell'ipotesi in cui le suddette restrizioni fossero estese alla pubblicità televisiva

risulta che la trasmissione di messaggi pubblicitari televisivi è oggetto, nei diversi Stati membri, di regimi giuridici molto diversi, che vanno dal divieto quasi totale, come nel Belgio, imposto da normative implicanti limiti più o meno stretti, fino a regimi di ampia libertà commerciale. Mancando un' armonizzazione delle legislazioni nazionali e tenuto conto delle considerazioni di pubblico interesse inerenti alle normative restrittive in questa materia, l' applicazione delle legislazioni in questione non si può considerare costitutiva di una restrizione della libera prestazione di servizi, nella misura in cui queste legislazioni trattino in modo identico tutte le prestazioni nel settore, qualunque ne sia l' origine e qualunque sia la nazionalità o il luogo di stabilimento dei prestatori>>, dimostrazione di come la Corte non si sia spinta alla definizione di principi sui quali invece basare, anche in via giurisprudenziale, una possibile armonizzazione delle normative a livello comunitario.

¹⁵ Nel caso di specie il riferimento era all'operatore i cui programmi avevano sede in un altro Stato membro i cui programmi venivano ritrasmessi nel territorio belga.

originaria di altri Stati membri, sempre che fossero effettivamente applicati, alle stesse condizioni, agli organismi televisivi nazionali .

Né d'altronde, nella ricostruzione della Corte, la normativa belga doveva essere considerata sproporzionata alla finalità perseguita, alla luce della sua sostanziale inefficacia dovuta al fatto che il divieto di diffondere pubblicità era non del tutto rispettato vista la possibilità di ricevere nello stesso territorio belga determinate emittenti straniere. In tal senso, infatti, a parere della Corte le restrizioni od i divieti imposti sul proprio territorio da uno Stato membro non perdevano la loro ragion d' essere per il fatto che le emittenti straniere potessero essere ugualmente captate in tutto il territorio nazionale , o in determinate zone di esso, senza la necessità di una ritrasmissione da parte di un operatore belga. Dunque il divieto confermava la sua compatibilità con la normativa comunitaria.

Ultimo aspetto inerente le questioni pregiudiziali sollevate, sul quale la Corte si veniva a soffermare, riguardavano la compatibilità comunitaria della normativa belga, nella misura in cui la trasmissione di messaggi pubblicitari mediante teledistribuzione (o ritrasmissione) veniva a creare una discriminazione nei confronti delle emittenti straniere, per il fatto che queste potevano

assicurare la diffusione dei propri messaggi soltanto nella zona di ricezione naturale. In altre parole, si iniziava a sollevare la questione relativa ai limiti posti dai singoli Stati membri alle trasmissioni televisive transfrontaliere ed alla tutela di una dimensione comunitaria dell'attività di trasmissione televisiva (quella che in altra parte del presente lavoro è stata definita come "spazio audiovisivo europeo").

Orbene, come su evidenziato, la Corte mostrò sul punto una certa timidezza, ritenendo che i "dati naturali" quali il rilievo naturale del terreno e delle costruzioni urbane e delle caratteristiche tecniche dei procedimenti di diffusione utilizzati, portavano sì a delle differenze nella ricezione delle trasmissioni televisive, ma che differenze del genere, non potevano essere qualificate come discriminazione ai sensi del Trattato.

Il Trattato, infatti, qualificava come discriminazione soltanto le differenze di trattamento risultanti dalle attività umane e da provvedimenti presi dalle autorità pubbliche; per di più, sostiene infine la Corte, la Comunità, pur essendo intervenuta per compensare ineguaglianze naturali, *<<non ha alcun obbligo di prendere provvedimenti destinati ad eliminare differenze di situazione del genere di quelle prospettate dal giudice nazionale>>*.

Dunque, la suesposta effettiva inefficacia del divieto non poteva essere considerata né come costitutiva di una misura sproporzionata in relazione alla finalità perseguita, né, e tale punto è quello che più interessa alla presente riflessione, <<*causa di una discriminazione vietata dal Trattato nei confronti delle emittenti straniere , per il fatto che esse , a causa della loro localizzazione geografica , non possono assicurare la diffusione dei propri messaggi se non nella zona di ricezione naturale*>>.

Di fatto, dunque, la Corte di Giustizia riteneva ammissibili restrizioni o comunque regimi giuridici disomogenei applicabili all'attività di trasmissione televisiva da parte degli Stati membri. E, soprattutto, ciò era ritenuto possibile alla luce dell'interesse pubblico generale ¹⁶ determinato dalla legge interna, senza che però la stessa fosse sottoposta ad un vaglio di compatibilità comunitaria. Se dunque la Corte di Giustizia confermava l'inquadramento delle trasmissioni televisive tra i servizi ai sensi del Trattato, tuttavia non riteneva, in assenza di norme comunitarie di armonizzazione, che la libera circolazione transfrontaliera delle stesse prevalesse rispetto ad un interesse pubblico generale imposto dalle normative dei singoli Stati membri; o

¹⁶ È questo un concetto su cui la Corte di Giustizia ritornerà molto spesso con la sua giurisprudenza; vedi *infra* Capitolo II paragrafo 2.1 e Capitolo III paragrafo 4.

quantomeno non riteneva che si dovesse passare la stessa norma restrittiva al vaglio della compatibilità comunitaria al fine di garantire la correttezza della limitazione alla libertà stessa. E' questa una conclusione che sarà, come detto, ripresa in seguito dalla Corte, anche successivamente all'entrata in vigore della Direttiva, e che avrà un peso rilevante nella valutazione, appunto, dei limiti che gli Stati membri possono imporre alla circolazione delle trasmissioni transfrontaliere.

2. Il Libro Bianco della Commissione del 1984 e la seconda fase della giurisprudenza della Corte Di Giustizia

Nello scenario della regolamentazione delle attività di trasmissione radiotelevisiva a livello comunitario, affidato fino a quel momento all'attività di interpretazione e di ricostruzione della Corte di Giustizia, il Libro Bianco della Commissione europea, veniva a rappresentare il primo intervento concreto delle istituzioni comunitarie nella materia.

Il Libro Bianco ¹⁷ , dal titolo già evocativo, “Televisione senza Frontiere”, ebbe il merito di fissare alcune acquisizioni che erano state fatte proprie dalla Corte di Giustizia, affrontando tutte le problematiche sorgenti dalla trasmissione transfrontaliera e ponendo così le basi per quella che sarebbe stata la successiva Direttiva.

Il documento si proponeva di regolare in diverse parti i diversi aspetti della disciplina ¹⁸; una prima parte era dedicata alle modalità di effettuazione di trasmissioni transfrontaliere e dunque all’adozione di misure che, nell’ottica della Commissione avrebbero dovuto consentire la realizzazione di un quadro giuridico uniforme per l’esercizio delle trasmissioni televisive a livello comunitario; una seconda parte era invece incentrata prevalentemente sulla regolamentazione dei contenuti televisivi (con particolare riferimento alla disciplina della pubblicità e della tutela dei

¹⁷ Il Libro Bianco, adottato in via definitiva il 14 giugno 1984, faceva seguito ad un primo rapporto della Commissione, “Realtà e tendenze della televisione in Europa. Prospettive e opzioni”, pubblicato nel 1983 dalla Commissione in seguito ad una “Risoluzione sui servizi di radiotelevisione nella CEE” adottata dal Parlamento europeo il 12 marzo 1982.

¹⁸ In particolare sull’articolazione del Libro Bianco, cfr. L. SARAZANI, *Libro Bianco della CEE su televisione senza frontiere*, ne *Il Diritto d’autore*, 1984, 423 ss.; J.D. DONALDSON, “*Television Without Frontiers*”: *The Continuing Tension Between Liberal Free Trade And European Cultural Integrity*, in *Fordham International Law Journal*, 1996, 90 ss.; cfr. I. SCHWARTZ, *Broadcasting Without Frontiers*, in *Journal of Media Law and Practice*, 1985, 32 ss. .

minori) ed un'ultima parte relativa alla disciplina dei diritti d'autore¹⁹ e delle problematiche inerenti agli stessi e sorgenti appunto dallo sviluppo di tali attività transfrontaliere.

Orbene, proprio nella prima parte, anche sulla scorta delle sentenze *Sacchi* e *Debauve*, la Commissione sposò le tesi della Corte di Giustizia, qualificando le trasmissioni transfrontaliere come <<prestazioni retribuite>>, e quindi come servizi ai sensi del Trattato²⁰.

Al tempo stesso, la Commissione si soffermava sul necessario elemento del carattere transfrontaliero della trasmissione, in assenza del quale la prestazione di servizi non poteva ritenersi rilevante da un punto di vista del diritto

¹⁹ Va evidenziato come proprio tale parte del Libro Bianco, che suscitò da subito i maggiori interessi in dottrina, fu poi di fatto abbandonata dal legislatore comunitario che non introdusse la disciplina del diritto d'autore nel testo della Direttiva TV senza Frontiere.

²⁰ Corollario di tale affermazione era, nel Libro Bianco, l'affermazione per la quale gli organismi di radiodiffusione sono anche soggetti esercenti attività non salariate ed a titolo oneroso; pertanto il riconoscimento del diritto di stabilimento non si limitava ad attività quali industria, commercio, o attività di banche ed assicurazioni, ma includeva anche tutte le attività collegate al mondo della cultura, degli artisti e degli autori. Ciò implicava dunque anche il riconoscimento del diritto di stabilimento agli operatori ed alle emittenti televisive; e ciò rappresentava un primo elemento che portava al riconoscimento di tale attività come prestazione di servizi ai sensi del Trattato, ed in quanto tali, queste attività andavano sottoposte alla disciplina dell'allora articolo 52 TCE (oggi art. 43) relativo al diritto di stabilimento, configurandosi ad ogni effetto come attività di prestazione di servizi.

comunitario. Tale elemento era già emerso nel corso della sentenza *Debauve*, ma sul punto la Corte di Giustizia non aveva assunto una posizione chiara nel qualificare cosa dovesse intendersi per carattere transfrontaliero della trasmissione, affidandosi piuttosto alla esistenza di “dati naturali”, che di per sé non potevano essere considerati limiti o restrizioni alla libera prestazione di servizi e dunque in quanto tali rilevanti dal punto di vista comunitario²¹.

Sulla fattispecie, interveniva però la Commissione proprio nel Libro Bianco; la Commissione infatti riteneva che nel caso di trasmissioni televisive che vengono fornite agli utenti da un tele distributore che capta i segnali dallo Stato di origine e li distribuisce nello Stato di ricezione, non si tratti di una prestazione di servizi meramente interna. Nella visione della Commissione, non si trattava di una duplice prestazione di servizi, ma si trattava di un'unica prestazione di servizi, dal momento che il tele distributore è prestatore di servizi agli utenti finali ma al tempo stesso è destinatario del messaggio proveniente dall'estero. Ragion per cui, questi sarà un intermediario di un servizio²², che per sua natura, si sviluppa in una dimensione transfrontaliera dal Paese di origine a quello di destinazione. In definitiva,

²¹ Cfr. sentenza *Debauve*, punto 10.

²² Sul punto cfr. anche AA. VV., *Europe and the Media*, L'Aja, 1984.

l'elemento che dà rilevanza comunitaria al servizio sarà la provenienza del programma trasmesso da uno Stato membro e la sua diffusione, con attraversamento dei confini, in un altro, a prescindere dal metodo di captazione dello stesso.

Stabilito ciò, la Commissione, ha avuto modo nel Libro Bianco di meglio definire anche l'elemento della remuneratività, necessaria al fine di avere una rilevanza comunitaria, ancora una volta, del servizio. Sostiene la Commissione, infatti, che se la prestazione deve avere un carattere transfrontaliero, tale carattere non è però richiesto alla retribuzione. I destinatari sono infatti tutti gli utenti o spettatori dell'emittente, sia che questi risiedano nello Stato di origine, sia che risiedano nello Stato di ricezione della trasmissione. Orbene, non è richiesto necessariamente che anche la retribuzione abbia un carattere internazionale, nel senso che non è necessario che il fornitore percepisca ricavi dagli utenti residenti nello Stato di ricezione.

Affinché infatti la prestazione possa considerarsi retribuita è sufficiente che il fornitore percepisca una retribuzione; e sarà dunque sufficiente che la percepisca anche nel solo Paese di origine²³, ben potendo gli utenti situati in un altro Stato corrispondere le retribuzioni al

²³ Cfr. F. ROLLA, *La disciplina comunitaria dei servizi televisivi*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1991, 213 ss.; L. SARAZANI, *Libro Bianco della CEE su televisione senza frontiere*, cit. .

semplice tele distributore. Ai fini della qualificazione di un servizio come rilevante per il diritto comunitario, non importa che si crei un rapporto giuridico tra destinatario e prestatore, ma ciò che rileva è la circostanza che a fronte della fornitura del servizio vi sia, anche indirettamente, una retribuzione.

Inoltre, le trasmissioni televisive, in quanto tali sono dei servizi che non si prestano ad una retribuzione diretta ed immediata, avendo le stesse molteplici forme di retribuzioni consistenti nei ricavi dalla vendita di spazi pubblicitari, abbonamenti, contributi statali; ragion per cui l'elemento prevalente non va individuato nella retribuzione, bensì nei caratteri peculiari della natura del servizio e della sua non riconducibilità alla nozione di merce, come evidenziato dalla sentenza *Sacchi* in poi.

Le pronunce precedentemente analizzate hanno mostrato quali fossero le problematiche cruciali sorte già nella prima fase dello sviluppo dell'attività televisiva in una dimensione transfrontaliera. Al tempo stesso queste, in particolare la sentenza *Debauve*, mettevano in risalto i primi nodi problematici che verranno successivamente a riproporsi e ad evolversi in nuove forme, senza essere però del tutto risolti.

Una linea di sviluppo dell'analisi in materia di disciplina dell'attività di trasmissione televisiva a livello comunitario si ha con altre due sentenze, la sentenza *Bond van Adverteerders*²⁴ e la sentenza *TV10*, che contribuiscono, a determinare il quadro giuridico nel quale verrà poi ad essere adottata la Direttiva Televisione senza Frontiere. In particolare la prima delle due viene pronunciata in una fase ancora precedente alla Direttiva Televisione senza Frontiere, ma successiva alla adozione del Libro Bianco. Ciò implica che la stessa Corte avrebbe dovuto tener conto delle indicazioni emerse dall'approvazione del Libro Bianco, pur non essendo ancora stato attuato un regime di completa armonizzazione della normativa.

Nella sentenza *Bond van Adverteerders*²⁵, quello che più rileva ai fini della trattazione del presente capitolo, è la

²⁴ Si tratta delle sentenza della Corte del 26 aprile 1988 - *Bond Van Adverteerders* ed altri contro Stato dei Paesi Bassi in causa 352/85. La domanda, molto simile a quella della sentenza *Debauve*, verteva su nove questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte dal Tribunale de L'Aia e relative alla valutazione di compatibilità con il diritto comunitario della normativa olandese che vietava la diffusione dall'estero mediante collegamenti via cavo, via etere, o via satellite di programmi radiotelevisivi trasmessi da altri Stati membri quando questi programmi contenevano messaggi pubblicitari destinati specialmente al pubblico olandese oppure sottotitoli in lingua olandese .

²⁵ Cfr. nella dottrina straniera M. DE BLOIS, *Case Law*, in *Common Market Law Review*, 1990, 371 ss.; G. FRIDEN, *The Bond van Adverteerders Case and Recent Legal Developments in EEC Television Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 1990, 231 ss.; in dottrina italiana, su tutti, cfr. A. TIZZANO, in *Foro Italiano*, IV, 1988, 309 ss..

circostanza che una delle numerose questioni pregiudiziali sollevate dal giudice *a quo*, chiedeva alla Corte di determinare se la ritrasmissione all'interno di uno Stato membro di una trasmissione o segnale televisivo proveniente da un altro Stato membro, dovesse considerarsi una unica prestazione di servizi oppure se dovesse parlarsi di più prestazioni di servizi, dal momento che le stesse non vengono effettuate in tutti i loro "elementi rilevanti" in un solo Stato membro, dal momento che vi è un ulteriore passaggio di ricezione attraverso collegamenti via cavo, via etere o via satellite o via cavo dai gestori di reti situati nello Stato di destinazione.

Nell'ipotesi in cui si ritenessero le due prestazioni di servizi diverse e distinte, una quella che porta il segnale all'operatore che effettua la ritrasmissione, un'altra quella che porta il segnale agli utenti abbonati al cavo, la prestazione perderebbe il suo carattere di trans nazionalità in quanto si esaurirebbe in due diverse prestazioni nazionali. Se così fosse stato, tale prestazione di servizi non sarebbe stata rilevante dal punto di vista del diritto comunitario.

La Corte di Giustizia ritenne che il primo passaggio da effettuare nella ricostruzione doveva essere quello di

procedere con una individuazione dei servizi²⁶, per poi esaminare se detti servizi avessero natura transfrontaliera ed infine accertare se si trattasse di prestazioni fornite di regola dietro retribuzione.

La Corte rilevava dunque che le trasmissioni di programmi, svolte come sopra descritto, implicavano almeno due servizi distinti²⁷, ma soprattutto, nella visione della Corte, entrambi i servizi hanno natura transfrontaliera ai sensi dell' art. 59 (ora 49) del Trattato, e sono comunque rilevanti ai suoi fini. Il primo servizio è infatti quello che

²⁶ Proprio sul punto, nel corso del giudizio, emerse una molteplicità di posizioni contrapposte tra di loro; tra le altre basti citare la posizione del governo olandese il quale riteneva che l'attività del re-distributore via cavo fosse assolutamente indispensabile alla ricezione del segnale da parte degli abbonati, ragion per cui questa attività va considerata come una fornitura di servizi a tutti gli effetti che fa sì che la fattispecie si esaurisca interamente nel territorio olandese e non abbia alcuna rilevanza a livello comunitario. Diversa era invece la posizione della Commissione che faceva propria la c.d. "teoria del prolungamento", per la quale non rileva la modalità tecnica della trasmissione, che è un mero prolungamento tecnico, ma quello che rileva semmai è molto più semplicemente la circostanza che una trasmissione televisiva, trasmessa a partire da uno Stato membro raggiunga utenti situati in un altro Stato membro; per una disamina approfondita sul punto cfr. ancora R. MASTROIANNI, *Il diritto comunitario e le trasmissioni televisive*, cit., p. 179 ss. .

²⁷ In particolare afferma la Corte al paragrafo 14 della sentenza : <<il primo servizio è quello che i gestori di reti di distribuzione via cavo stabiliti in uno stato membro forniscono alle emittenti stabilite in altri stati membri trasmettendo ai loro abbonati i programmi televisivi loro inviati da dette emittenti . il secondo servizio è quello che le emittenti stabilite in taluni stati membri forniscono ai pubblicitari stabiliti, in particolare, nello stato di ricezione mettendo in onda i messaggi pubblicitari che questi ultimi hanno confezionato specialmente per il pubblico dello stato di ricezione>> .

mette in contatto tra loro l'emittente ed il tele distributore avente sede nello Stato di destinazione; il secondo servizio, invece, è quello che pone in rapporto tra loro le emittenti con i pubblicitari che acquistano spazi pubblicitari, appunto²⁸. In entrambi i casi soggetti della prestazione del servizio sono stabiliti in uno Stato membro diverso da quello in cui risiedono i destinatari del servizio .

In merito alla retribuzione, ulteriore elemento necessario al fine dell'applicabilità della normativa comunitaria, per la Corte, entrambi i servizi considerati sono da considerare forniti dietro retribuzione. Infatti, i gestori di reti di distribuzione via cavo, che gestiscono il servizio di

²⁸ Tale punto ha portato a numerose osservazioni in dottrina; pur arrivando a conclusioni simili pur tuttavia compie una qualificazione diversa del servizio A. TIZZANO, in *Foro Italiano*, IV, 1988, 309 ss. , il quale partendo dalle conclusioni della sentenza *Sacchi*, ritiene che <<il messaggio è una prestazione unica e indivisibile. (...) il messaggio è utile in quanto lo si diffonda; e la trasmissione, che è il processo con cui viene diffuso, non può non partecipare dell'unicità e dell'indivisibilità che lo caratterizzano in natura. Se così stanno le cose, d'altra parte, i mezzi tecnici che rendono possibile tale processo (...) e il numero di soggetti che vi concorrono, non rivestono alcuna importanza. Conta solo che il processo si svolga fino in fondo, che il messaggio dispieghi per intero la sua utilità raggiungendo i propri naturali destinatari: gli spettatori>> (p. 313), ragion per cui tale attività deve <<considerarsi una singola prestazione di servizio, anche se agli spettatori di un altro Stato giunga via satellite e sia distribuito via cavo>>(p.315). Sulla stessa linea si pone, in dottrina straniera I. SCHWARTZ, *Radiodiffusione et Traité CEE*, in *Revue du Marché Communautaire*, 1986, 387 e ss., il quale ritiene che non abbia rilievo il modo con cui i segnali di trasmissione televisiva varcano la frontiera, ma ciò che rileva è la circostanza che vi sia questo attraversamento della frontiera, che rende la prestazione, ai fini del diritto comunitario, unica, transfrontaliera e remunerata.

ritrasmissione, traggono il corrispettivo del servizio reso alle emittenti (quello che la Corte individua come il primo dei due servizi) dai canoni che percepiscono dai loro abbonati. Dal canto loro, le emittenti ricevono dai pubblicitari un corrispettivo per il servizio che forniscono a questi mandando in onda i loro messaggi; e questo va visto come il corrispettivo o la retribuzione²⁹ relativo al secondo servizio individuato dalla Corte.

Non si analizzerà in questa sede la parte della sentenza *Bond van Adverteeders* relativa alla valutazione

²⁹ Anche sul profilo relativo al carattere economico e dunque della sussistenza di una retribuzione, rilevante ai fini dell'applicazione della normativa comunitaria, vi sono state diverse visioni in dottrina. Si ricordino tra tutte, ancora una volta I. SCHWARTZ, *Radiodiffusione et Traité CEE*, cit. 1986, il quale pur riconoscendo che la circostanza che gli abbonati corrispondono un corrispettivo solo all'operatore locale, potrebbe far sorgere alcuni dubbi sul carattere di remuneratività della prestazione, intesa nel suo complesso, ma che tali dubbi possono essere agevolmente superati allorché si constati che il Trattato non richiede la trans nazionalità della remunerazione, ma della prestazione, né tantomeno il pagamento da parte di tutti i soggetti coinvolti nella prestazione del servizio e che l'emittente richiede comunque un corrispettivo dagli spettatori, seppur indiretto e consistente nelle remunerazioni per gli spazi pubblicitari venduti. *Contra*, cfr. A. TIZZANO, in *Foro Italiano*, IV, 1988 p. 311 e soprattutto V. SALVATORE, *Concorrenza televisiva e diritto comunitario*, Padova, 1993, il quale avanza, anche in contrasto con le affermazioni della Commissione nel Libro Bianco, dubbi più in generale sulla remuneratività della prestazione in quanto tale, essendo la stessa solo eventuale per l'utente finale dal momento che la remunerazione ben essere assente in alcune forme di trasmissioni (trasmissioni religiose) o nel momento in cui manca un rapporto di retto tra utente ed emittente che si trova in uno Stato diverso; sul punto cfr. anche R. MAZZA, *Diffusione televisiva e disciplina comunitaria della concorrenza*, cit., p. 28 .

compiuta dalla Corte di Giustizia in merito alla legittimità delle restrizioni imposte dai Paesi Bassi alla prestazione di servizi di trasmissione a livello transfrontaliero³⁰. Ciò che rileva sottolineare è che questa pronuncia costituisce un ulteriore tassello nella ricostruzione del percorso effettuato dalla Corte di Giustizia al fine di esattamente definire cosa debba intendersi per servizio di trasmissione televisiva rilevante ai sensi del Trattato, e dunque a quale di questi vada applicata la disciplina in materia di libera prestazione dei servizi.

Ultima pronuncia che conclude questa seconda fase della giurisprudenza della Corte di Giustizia è la sentenza *TV10*³¹; è questa una pronuncia che, arriva successivamente alla emanazione della Direttiva Televisione senza Frontiere, risentendo dunque l'influsso, fermo restando che la stessa Direttiva non era ancora stata attuata all'epoca dei fatti; nonostante ciò, questa sentenza contribuisce però a chiudere il percorso della Corte di Giustizia nella definizione dell'attività di trasmissione televisiva e nella sua rilevanza ai fini del Trattato³².

³⁰ Ed in questa sentenza la Corte di Giustizia sembra superare le incertezze che avevano caratterizzato la pronuncia *Debauve*.

³¹ Si tratta della sentenza della Corte del 5 ottobre 1994 in causa c-23/93 *TV10 Sa contro Commissariaat Voor De Media*.

³² Cfr. R. FOGLIA e A. SAGGIO, *Trasmissione via cavo di programmi televisivi*, ne *Il Corriere Giuridico*, 1994, 1520 ss.; A. GRATANI e E.

La pronuncia deriva infatti ancora una volta da una ordinanza di rimessione presentata dal Raad van State (Consiglio di Stato dei Paesi Bassi) avente ad oggetto due questioni pregiudiziali; la questione pregiudiziale che rileva ai fini della trattazione nel presente capitolo è in particolar modo la prima delle due³³ e cioè se sussistano servizi aventi natura transfrontaliera rilevanti ai fini del diritto comunitario (ed in particolare degli articoli 49 e 50 TCE), nel caso in cui un ente radiotelevisivo, non autorizzato nello Stato membro A alla trasmissione via cavo di programmi radiotelevisivi, trasmetta programmi dallo Stato membro B

ADOBATI, *Mantenimento di un sistema radiotelevisivo pluralistico e non commerciale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1995, 334 ss.; G. STRAETMANS e C. GOEMANS, *Case Law: Case C-23/93*, in *The Columbia Journal of European Law*, 319 ss. ; WATTEL P., *Case law*, in *Common Market Law Review*, 1995, 1257 ss. .

³³ La seconda questione pregiudiziale chiede alla Corte di Giustizia <<se, alla luce del diritto comunitario e in considerazione dell' art. 10, nel combinato disposto con l' art. 14, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell' uomo e delle libertà fondamentali, lo Stato membro di ricezione possa legittimamente assoggettare le prestazioni di servizi indicate alla questione n. 1 a limitazioni consistenti nel ritenere il detto ente radiotelevisivo, ancorché stabilito in un altro Stato membro, quale ente radiotelevisivo nazionale escludendolo pertanto, in assenza dei requisiti previsti per l' autorizzazione degli enti radiotelevisivi nazionali, dall' accesso alla rete nazionale di trasmissione via cavo, in base al rilievo che lo stabilimento in un altro Stato membro costituirebbe unicamente un tentativo di eludere le norme vigenti nello Stato membro di ricezione, norme dirette a garantire la pluralità e la natura non commerciale del sistema radiotelevisivo nazionale>> (paragrafo 11); una questione, la seconda, che nel richiamare questioni relative alle limitazioni imposte dai singoli Stati membri ed all' intento di circonvenire le stesse, verrà analizzata più diffusamente nel prosieguo del lavoro.

allo scopo manifesto, desumibile da circostanze obiettive, di eludere la normativa dello Stato membro A verso il cui territorio le trasmissioni stesse siano principalmente, anche se non esclusivamente, dirette³⁴. E' la stessa Corte a proporre

³⁴ Nel caso di specie, la controversia di fronte al giudice a quo vedeva di fronte la società di diritto lussemburghese *TV 10* ente radiotelevisivo commerciale stabilito a Lussemburgo, e l'istituto incaricato in Olanda della vigilanza sul settore radiotelevisivo, il Commissariaat voor de Media. La legge rilevante era la c.d. Mediawet, legge olandese che nel 1987 disciplinava la fornitura di programmi radiofonici e televisivi e prevedeva due regimi distinti per la diffusione di programmi radiotelevisivi di origine olandese e per quella di programmi provenienti dall'estero. In particolare la Mediawet prevedeva misure particolarmente restrittive applicabili alla diffusione di programmi radiotelevisivi olandesi, tra le quali: il tempo di trasmissione disponibile per la diffusione di programmi sulla rete nazionale radiofonica o televisiva era attribuito agli enti radiotelevisivi dal Commissariaat voor de Media, le emittenti dovevano essere costituite da associazioni di ascoltatori o telespettatori aventi personalità giuridica e costituite al fine di riflettere le singole correnti sociali, culturali, religiose o spirituali, obbligo di garantire programmi diversificati ed infine un sistema di finanziamento diretto a garantire il pluralismo ed il carattere non commerciale degli enti radiotelevisivi nazionali. La *TV 10* però, pur essendo effettivamente stabilita in Lussemburgo e rispettando la normativa lussemburghese, era gestita da cittadini olandesi, i suoi programmi erano destinati ad essere trasmessi attraverso le reti di distribuzione televisiva soprattutto in Lussemburgo e nei Paesi Bassi, stipulava contratti con i gestori delle reti di distribuzione televisiva solamente a Lussemburgo e nei Paesi Bassi e non in altri Stati della Comunità europea e anche se le attività operative erano effettuate a Lussemburgo, il pubblico destinatario dei programmi era senz'altro il pubblico olandese, anche perché, elemento assolutamente rilevante, la maggior parte dei lavoratori assunti provenivano dai Paesi Bassi e i messaggi pubblicitari erano realizzati in tale paese. Tutte ragioni per le quali il Commissariaat voor de Media, ritenendo che la *TV 10* si fosse stabilita in Lussemburgo allo scopo di sottrarsi alla normativa olandese applicabile agli enti radiotelevisivi nazionali, concludeva che essa non poteva essere considerata quale ente radiotelevisivo straniero, e che dunque i suoi programmi non potevano avere accesso alla rete di distribuzione via cavo dei Paesi Bassi, ordinando così la sospensione

una ricostruzione del proprio percorso interpretativo, laddove ricorda innanzitutto di aver già affermato, nella sentenza *Sacchi*, che la trasmissione di messaggi televisivi è soggetta, come tale, alle norme del Trattato che riguardano la prestazione di servizi e nella sentenza *Debauve* di aver precisato che non sussiste alcun motivo per riservare un trattamento differente alla trasmissione di siffatti messaggi mediante tele distribuzione o ritrasmissione, a condizione che nel caso in cui tutti gli elementi rilevanti siano ristretti nell'ambito di un solo Stato membro, non potranno trovare applicazione le norme dei Trattati.

Ciò posto, ritiene la Corte correttamente tiene la circostanza sulla valutazione della sussistenza di un servizio

totale dei programmi. La *TV10* proponeva così ricorso davanti al Raad van State per l'annullamento della decisione; ricorso che non veniva accolto innanzitutto in base al rilievo che la *TV 10* si era stabilita a Lussemburgo con l'intento manifesto di sottrarsi alla Mediawet e che non poteva essere conseguentemente considerata quale ente radiotelevisivo straniero. Dunque la decisione del Commissariaat non costituiva violazione né del principio di uguaglianza, né dell'art. 10 della CEDU, che sancisce il diritto alla libertà di espressione, né dell'art. 14 della Convenzione medesima, che vieta le discriminazioni riguardanti i diritti e le libertà ivi garantiti. Pur tuttavia, richiamandosi alle precedenti sentenze della Corte di Giustizia inoltre alle sentenze 3 dicembre 1974, *van Binsbergen* (causa 33/74) ed alla stessa sentenza *Debauve* ma soprattutto in considerazione della sentenza 10 luglio 1986, *Segers* in causa 79/85, il Raad van State si chiedeva <<come debbano essere valutate le attività realizzate in uno Stato membro da un ente radiotelevisivo costituito in base alla legge di un altro Stato membro ed ivi ufficialmente stabilito>> e se cioè le stesse debbano essere considerate dei servizi ai sensi del Trattato.

rilevante ai fini del diritto comunitario, distinta dalla questione relativa alla legittimità dei provvedimenti che uno Stato può adottare al fine di impedire che il prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro aggiri la sua normativa interna (essendo peraltro tale diverso problema oggetto della seconda questione sollevata dal giudice del rinvio). L'eventuale intento elusivo della norma olandese posto in essere dalla *TV 10*, non è di per sé motivo sufficiente ad escludere che le sue trasmissioni possano essere considerate quali servizi ai sensi del Trattato.

Acquisito dunque tale dato, la Corte risolve in maniera consequenziale la questione nel senso che nella nozione di "prestazione di servizi" di cui agli artt. 59 e 60 del Trattato (ora 49 e 50 TCE) rientra la diffusione, attraverso gli esercenti di reti di distribuzione via cavo stabiliti in uno Stato membro, di programmi televisivi offerti da un ente radiotelevisivo stabilito in un altro Stato membro, e ciò anche nell'ipotesi in cui la società si sia stabilita nel detto Stato allo scopo di sottrarsi alla normativa applicabile alle società nazionali nello Stato in cui avviene la ricezione dei programmi.

Il percorso della giurisprudenza comunitaria, sviluppatosi nel corso di circa quindici anni e coadiuvato

dall'intervento della Commissione con il Libro Bianco, veniva dunque a fissare una serie di principi dai quali il legislatore comunitario avrebbe ben presto preso spunto per proporre una prima disciplina uniforme ed armonizzata del settore.

Come visto, infatti, alcune acquisizioni potevano ormai ritenersi compiute; l'attività di trasmissione transfrontaliera doveva considerarsi una prestazione di servizi dal punto di vista comunitario; la stessa, sia effettuata in maniera diretta, che mediante ritrasmissione, rappresenta comunque, in ambedue le modalità un servizio rilevante ai fini del Trattato; le limitazioni e le discriminazioni che dovranno essere eventualmente valutate, sono quelle imposte dagli Stati, ma non potranno essere quelle che emergono da dati naturali; l'elemento della remuneratività, anche vista la peculiarità del servizio, sussiste comunque, anche nell'ipotesi in cui non si instauri un rapporto giuridico diretto tra utente ed emittente; ed infine, che ciò che più rileva, al fine di qualificare una trasmissione come transfrontaliera è la circostanza che la stessa abbia origine in uno Stato per essere ricevuta in un altro. Tutti elementi che la Commissione fece propri per poi elaborarli nella Direttiva 89/552.

3. La Direttiva Televisione senza Frontiere e la definizione di trasmissione televisiva come servizio

L'evoluzione compiuta prima con la giurisprudenza della Corte di Giustizia e successivamente dalla stessa Commissione con il Libro Bianco al fine di giungere all'inquadramento all'interno delle norme dei Trattati dell'attività di trasmissione televisiva, trovano il loro definitivo approdo con la Direttiva 89/552 "Televisione senza Frontiere"³⁵.

La Direttiva fu emanata il 3 ottobre 1989³⁶, con obbligo di attuazione da parte degli Stati membri entro due anni. La base giuridica della Direttiva era individuata negli

³⁵ Sulla Direttiva Televisione senza Frontiere cfr. in dottrina italiana R. MASTROIANNI, *Il diritto comunitario e le trasmissioni televisive*, cit.; F. ROLLA, *La disciplina comunitaria dei servizi televisivi*, cit.; A. TIZZANO, *La Direttiva CEE sulla <<televisione senza frontiere>>*, in *Foro Italiano*, 1990, IV, 91 ss., e più di recente M. CASORIA, *In tema di Tv senza frontiere*, in *Foro Italiano*, 2008, IV, 380 ss., G. DI PLINIO, *Direttiva TV senza frontiere: ultimo atto per Italia e Lussemburgo*, in *Diritto pubblico comunitario ed europeo*, 2001, 1935 ss., ed in dottrina straniera, su tutti, J.D. DONALDSON, *"Television Without Frontiers"*, cit., 97 ss.; R. WALLACE e D. GOLDBERG, *The EEC Directive on Television Broadcasting*, in *Yearbook of European Law*, 1989, 175 ss. .

³⁶ L'attuazione in Italia avvenne in maniera frammentata e soprattutto dilazionata nel tempo; una prima norma di attuazione fu la legge 223/90 (c.d. Legge Mammi), che però non impedì all'Italia di essere sottoposta ad una procedura di infrazione per mancata trasposizione della Direttiva.

articoli 66 (ora 55) TCE e 57 (ora 47) TCE, norme relative alla libera prestazione dei servizi a livello comunitario ed all'esercizio del potere legislativo in materia.

Come evidenziato in dottrina ³⁷, la Direttiva rappresenta il tentativo di dare una disciplina comune ed uniforme ad un settore la cui disciplina, come visto, era affidata alla giurisprudenza comunitaria, e dunque alla episodica risoluzione di questioni pregiudiziali.

Tale tentativo può ritenersi in parte riuscito, anche se per gli aspetti che saranno maggiormente di interesse per il presente lavoro, ovvero la disciplina delle trasmissioni transfrontaliere, la regolamentazione rimase ad uno stato piuttosto minimale.

Su alcuni aspetti della disciplina, invece, la Direttiva presentava un impianto normativo volto ad una sostanziale armonizzazione a livello comunitario della disciplina applicabile. Le disposizioni in materia di termine per la trasmissione televisiva di lungometraggi cinematografici, sponsorizzazione, divieti di alcune forme di pubblicità ed affollamento pubblicitario, per la loro formulazione specifica ed incondizionata possono essere anche considerate norme *self executing*. A queste norme di dettaglio si affiancano poi le

³⁷ In tal senso cfr. G. DI PLINIO, *Direttiva TV senza frontiere*, cit., 2001, 1937 e R. MASTROIANNI, *Il diritto comunitario e le trasmissioni televisive*, cit., 188.

norme sulla quota minima di opere audiovisive europee da trasmettere, in merito alle quali un lungo dibattito³⁸ si è

³⁸ In particolare le norme in materia di quote di opere europee sono state al centro dei negoziati del GATT svoltisi durante l'Uruguay Round del 1993, che portarono a conclusione i negoziati avviati già nel 1986 a Punta del Este. In quella sede, proprio la disciplina in materia di audiovisivo fu al centro di un significativo dibattito tra gli Stati Uniti e la Comunità europea. I primi, in particolare, ritenevano che le opere cinematografiche ed audiovisive sarebbero dovute essere incluse tra i beni aventi valore di scambio oggetto dei negoziati, potendo quindi circolare liberamente a livello internazionale. Un'impostazione, questa, dalla qual derivava come diretta conseguenza la natura protezionistica degli articoli 4 e 5 della Direttiva Televisione senza Frontiere, dei quali gli Stati Uniti chiedevano l'abrogazione. A tale impostazione si oppose, strenuamente, la Francia, la quale sollevò la "*exception culturelle*", ritenendo le norme della Direttiva necessarie per la tutela del patrimonio culturale ed artistico europeo e per la creazione di una identità culturale europea. L'approccio francese al problema fu alla fine dell'Uruguay Round quello prevalente e consentì dunque la sopravvivenza della normativa. Va peraltro ricordato come alcuni Stati membri, già in sede di approvazione della Direttiva, contestarono l'introduzione della norma, evidenziandone un profilo discriminatorio, già sotto il profilo strettamente comunitario; la norma infatti avrebbe costretto gli Stati più piccoli e dotati di un'industria di produzione televisiva e cinematografica più debole a trasmettere necessariamente quote alte di prodotto europeo, che sarebbe stato acquistato da Paesi quali Francia ed Italia che avevano un mercato più attivo, ostacolando di fatto l'acquisizione di prodotto americano o giapponese, a costi possibilmente più bassi. Per tali motivi l'iniziale proposta francese di una quota fissa pari al 60% fu successivamente mutata nella formulazione definitiva del testo, che prevede la "maggior parte" di opere europee. Ciononostante, Belgio e Danimarca votarono contro l'approvazione della Direttiva; l'Inghilterra espresse parere contrario sulle norme, mentre la Germania sollevò un profilo di illegittimità costituzionale, dal momento che le norme erano in contrasto con il principio della libertà di espressione contemplato dalla Grundgesetz. In particolare, la Danimarca votò contro l'approvazione della Direttiva ritenendo che la Comunità non avesse competenza normativa nel settore delle trasmissioni televisive, in particolare non essendo ascrivibile lo stesso alla politica culturale della Comunità. Sulla questione vi è una vasta bibliografia, europea ed internazionale; si veda

sviluppato nel corso degli anni, e la cui applicazione ed attuazione³⁹ sono al centro della costante attenzione da parte della Commissione europea⁴⁰.

B. DE WITTE, *Trade in Culture: International Legal Regimes and EU Constitutional Values*, in *The EU and WTO Legal and Constitutional Issues*, Oxford, 2002; J.D. DONALDSON, "Television Without Frontiers", cit., 97 ss.; J. FILIPEK, *Culture Quotas: the Trade Controversy Over the European Community's Broadcasting Directive*, in *Stanford Journal of International Law*, 1992, 322 ss.; S. GAMBUTO, *La produzione audiovisiva europea*, in *La televisione digitale: temi e problemi*, Torino, 2006, 353 e ss.; J. HARRISON e L. WOODS, *Television Quotas: Protection European Culture*, in *Entertainment Law Review*, 2001, 5 ss. ; T.M. LUPINACCI, *The Pursuit of Television Broadcasting Activities in the European Community: Cultural Preservation or Economic Protectionism?*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1991, 113;; C. ORLANDI, *Le norme sulle quote della Direttiva sulla <<Televisione senza frontiere>> e il GATT: un problema solo accantonato*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1994, 495 ss., P. PRESBURG e M.R. TYLER, *Television Without Frontiers: Opportunity and Debate Created by the New European Community Directive*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 1990, 495 ss. . Sui recenti sviluppi della problematica cfr. T.MCGONAGLE, *The Promotion of Cultural Diversity via New Media Technologies: an Introduction to the Challenges of Operationalisation*, in *IRIS Plus*, 2008, 2 ss.

³⁹ L'attuazione in Italia delle norme in materia di quote europee è avvenuta in maniera parziale e dilazionata nel tempo. Una prima forma di attuazione si ebbe con la legge Mammi (legge 223/90); questa all'art. 26 prevedeva che i concessionari (pubblici e privati) dovessero riservare, sul totale del tempo dedicato ogni anno alla trasmissione di film cinematografici : a) non meno del 40 per cento per il primo triennio; b) non meno del 51 per cento per gli anni successivi. Era poi prevista una sottoquota riservata alle opere di origine italiana che dovevano rappresentare non meno del 50 per cento del tempo di trasmissione effettivamente destinato alle opere europee. Di tale percentuale, per quanto riguarda i film cinematografici, un minimo di un quinto doveva essere costituito da opere prodotte negli ultimi cinque anni.

Successivamente, solo nel 1998 con la legge 122/98, e dunque a ben sette anni di distanza dalla data prevista per l'attuazione della Direttiva, si introducevano delle norme sistematiche sul punto. Nell'esercizio della facoltà di introdurre norme più rigorose o dettagliate riconosciuto agli

Stati membri dall'art. 3 della Direttiva, il legislatore italiano introdusse all'articolo 2 della legge la previsione di una riserva minima del 50% (più della metà) del tempo mensile di trasmissione da dedicare alle opere europee, e ciò anche con riferimento alle fasce orarie di maggiore ascolto. L'obbligo era applicabile a tutte le emittenti televisive nazionali, indipendentemente dalla codifica delle trasmissioni, e dunque anche ai titolari di autorizzazione, quali le emittenti satellitari. La percentuale doveva essere ripartita tra i diversi generi di opere europee e riguardare opere prodotte, per almeno la metà, negli ultimi cinque anni, con un impegno per le emittenti alla trasmissione di film e i prodotti di animazione specificamente rivolti ai minori. A tale obbligo di programmazione si affiancava poi un obbligo di investimento di una quota non inferiore al 10 per cento degli introiti netti annui derivanti da pubblicità alla produzione e all'acquisto di programmi audiovisivi, compresi i film in misura non inferiore al 40 per cento della quota suddetta, e di programmi specificamente rivolti ai minori, di produzioni europee, ivi comprese quelle realizzate da produttori indipendenti.

Alla legge seguì la delibera di attuazione dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 9/99/CONS, la quale introdusse ulteriori norme di dettaglio, quali quelle sugli obblighi nel c.d. *prime time* (18.30 – 22.30) e le soglie di tolleranza (il 7%) in caso di mancato raggiungimento delle quote, laddove tale circostanza sia motivata in maniera fondata, il cosiddetto principio del “gruppo di canali” che, in caso di emittenti che gestiscono più canali, impone il calcolo dell'adempimento degli obblighi sul totale di ore trasmesse da tutti i canali, fatto salvo il limite di minimo il 20% per canale, la possibilità di deroga parziale o totale dagli obblighi. Da ultimo, è di recentissima attuazione la delibera AgCom 66/09/CONS del 13 febbraio 2009, che ha ridisegnato l'impianto della disciplina, prevedendo in particolare: la cancellazione delle soglie di tolleranza e dunque l'irrigidimento delle quote che non potranno andare in nessun modo al di sotto del 50%; il cambiamento delle ore di *prime time* (19.30 – 23.30); la possibilità per le singole emittenti di poter, ove tale circostanza sia adeguatamente supportata da dati di ascolto, chiedere una modifica delle ore di *prime time* rilevanti ai fini della verifica del rispetto degli obblighi per il singolo canale; una disciplina più specifica sul rilascio di eventuali deroghe agli obblighi; la previsione di impegni per la promozione e l'incentivazione alla trasmissione di opere europee anche per i servizi cosiddetti non lineari, quali i *video on demand* o i servizi forniti mediante supporti mobili e telefoni cellulari.

⁴⁰ Si vedano in tal senso i Rapporti Biennali della Commissione sull'attuazione della Direttiva 89/552, che si sono susseguiti ad iniziare dal primo, presentato nel marzo del 1994 e che conteneva le indicazioni

Al tempo stesso, proprio la Direttiva riconosceva agli Stati membri (art. 3) la facoltà di adottare nei settori regolamentati norme più dettagliate e rigorose, applicabili alle trasmissioni sottoposte alla sua giurisdizione.

Ciò che rileva però ai fini del presente capitolo, è la circostanza per la quale, con l'adozione della Direttiva Televisione senza Frontiere, il legislatore comunitario sancisce in via definitiva che, dal punto di vista del diritto comunitario, le trasmissioni televisive vanno considerate come dei servizi. In tal senso, dunque, il testo della Direttiva rappresenta il risultato finale nel quale convergono le precedenti affermazioni della giurisprudenza comunitaria ed altresì le indicazioni della Commissione provenienti dal Libro Bianco.

Come su indicato, già l'individuazione della base giuridica posta a fondamento della emanazione della Direttiva conduce a questa affermazione. A ciò si aggiunga

per una revisione della Direttiva, che si sarebbero poi concretizzate nella revisione con la Direttiva 97/36. A questo primo Rapporto ne seguirono diversi altri, con cadenza biennale fino al in merito Settimo Rapporto, presentato il 26 giugno del 2009 e disponibile su http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/reg/tvwf/reports/2009_309/it.pdf.

A questi Rapporti si sono poi affiancati quelli specifici sulla promozione delle opere europee e dei produttori indipendenti, che sono stati otto, con l'Ottavo Rapporto pubblicato il 22 luglio 2008 e disponibile su <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0481:EN:NOT>.

che diversi “considerando” della Direttiva forniscono indicazioni univoche.

Il legislatore comunitario, infatti, dapprima nel secondo considerando della Direttiva afferma che <<*il Trattato prevede 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*>>; di seguito, nel sesto considerando espressamente afferma che <<*le attività televisive costituiscono, in circostanze normali, un servizio ai sensi del Trattato*>>, con un successivo richiamo nel settimo considerando il quale statuisce che <<*il Trattato prevede la libera circolazione di tutti i servizi normalmente forniti a pagamento, senza esclusioni connesse al loro contenuto culturale o di altra natura e senza restrizioni per i cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità diverso da quello cui il servizio è destinato*>>. In tal modo dunque, l'intero percorso compiuto nelle due fasi giurisprudenziali su descritte viene formalizzato.

Tutto il sistema di armonizzazione del regime applicabile alle trasmissioni televisive e con esso le regole relative alla stessa circolazione delle trasmissioni televisive in una dimensione comunitaria, vengono così ad essere inquadrare e ricondotte nell'ambito dei principi e delle

disposizioni dei Trattati riferibili alla libera prestazione dei servizi a livello comunitario.

Il legislatore comunitario compie dunque un chiaro collegamento tra trasmissioni televisive e il regime della prestazioni di servizi; ed in tal senso è lo stesso secondo considerando sopra citato che funzionalizza la disciplina della Direttiva in una prospettiva di realizzazione di un mercato comune e di eliminazione di ostacoli alla libera circolazione dei servizi.

Pur tuttavia, ciò che preme evidenziare in questa parte del lavoro è che, a tale dimensione strettamente rivolta alla attuazione del mercato comune, si affianca una dimensione ulteriore che il legislatore comunitario vuole attribuire alle trasmissioni televisive. L'ottavo considerando della Direttiva, infatti, stabilisce che il *<<diritto riconosciuto alla diffusione e distribuzione di servizi di televisione rappresenta anche una specifica manifestazione, nel diritto comunitario, del principio più generale della libertà di espressione qual è sancito dall'articolo 10, paragrafo 1 della Convenzione sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁴¹ ratificata da tutti gli Stati membri e che,*

⁴¹ La Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, approvata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata ad oggi da tutti i 47 Stati membri del Consiglio d'Europa: << Libertà di espressione – 1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale

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 dall'articolo 56, paragrafo 1 del Trattato>>. Tale elemento è già stato evidenziato in dottrina ⁴² come elemento di forte

diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza ingerenza alcuna da parte delle autorità pubbliche e senza considerazione di frontiera. Il presente articolo non impedisce che gli Stati sottopongano a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, di cinema o di televisione. 2. L'esercizio di queste libertà, comportando doveri e responsabilità, può essere sottoposto a determinate formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni previste dalla legge e costituenti misure necessarie in una società democratica, per la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale o l'ordine pubblico, la prevenzione dei reati, la protezione della salute e della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui, o per impedire la divulgazione di informazioni confidenziali o per garantire l'autorità e la imparzialità del potere giudiziario>>.

⁴² Per la relazione tra attività di trasmissione televisiva e art. 10 CEDU, e dunque riconduzione della stessa attività nel novero dell'esercizio delle libertà fondamentali, in dottrina straniera cfr. R. WALLACE e GOLDBERG D., *The EEC Directive on Television Broadcasting*, in *Yearbook of European Law*, 1989, 175 ss., Nella dottrina italiana, valga per tutti il riferimento a TIZZANO A., *La Direttiva CEE sulla <<televisione senza frontiere>>*, cit. , 93, il quale evidenzia che << un rilievo particolare, comunque, ha avuto al riguardo la considerazione delle implicazioni, attuali o potenziali, che il mezzo televisivo offre per favorire ed anche orientare lo sviluppo del processo di integrazione europea; sul piano della circolazione delle idee e delle informazioni, della più profonda conoscenza delle rispettive realtà nazionali, e dell'interpenetrazione culturale tra gli Stati membri (sia pure secondo il principio dell'unità nella molteplicità)>> (p. 92) e con specifico riferimento all'ottavo

caratterizzazione delle attività di trasmissione televisiva. In tal modo, infatti, si viene a consacrare un rilievo comunitario dell'attività di trasmissione televisiva che prescinde e supera la dimensione della prestazione di servizi⁴³ e la realizzazione del mercato comune.

L'attività di trasmissione televisiva rileva dunque non solo in relazione alla libertà di ricezione e trasmissione delle trasmissioni televisive, ma rileva già al livello dei diritti fondamentali tutelati e riconosciuti, a mezzo della stessa CEDU, in tutti gli Stati membri della Comunità, in quanto forma di esplicazione del diritto alla libera manifestazione del pensiero.

E tale dimensione più ampia e diversa della semplice prestazione di servizi che l'attività di trasmissione televisiva

considerando della direttiva segnala <<il richiamo all'art. 10 della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo (8° considerando), da più parti e da tempo invocato come diretto fondamento della libera circolazione delle trasmissioni televisive, ma assunto anche qui, come nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, come manifestazione di un principio generale da attuare con apposite norme comunitarie>> (p.99).

⁴³ E tale elemento d'altronde è già riscontrabile nella stessa base giuridica della Direttiva che potrebbe essere considerata troppo ristretta alla luce della introduzione di una disciplina anche in materia di opere europee e tutela dei minori, che non sono riconducibili integralmente ad una disciplina in materia di prestazione di servizi. Cfr. in tal senso R. WALLACE e D. GOLDBERG, *Television Broadcasting: The Community's Response*, in *Common Market Law Review*, 1989, 717 ss. . Al tempo stesso, già nei documenti che accompagnarono l'approvazione della Direttiva era possibile riscontrare questi elementi.

viene ad avere si riscontra innanzitutto nello stesso art. 10 della CEDU⁴⁴. Questo, infatti, delimita le restrizioni alle quali può essere sottoposto il principio della libertà di informazione e di manifestazione del pensiero, all'interno della quale la diffusione delle trasmissioni televisive viene ricondotta; tali restrizioni sono nel complesso molto limitate ed inerenti perlopiù alla tutela e salvaguardia degli interessi fondamentali degli Stati.

Con riferimento all'attività di trasmissione televisiva a livello transfrontaliero, si verifica dunque una sorta di contrapposizione tra il diritto dell'emittente televisiva, come esplicazione del diritto alla libera manifestazione del pensiero e quello dello Stato di limitare le stesse trasmissioni⁴⁵. Di tale

⁴⁴ Vedi *supra*, nota 43.

⁴⁵ In relazione ai poteri degli Stati aderenti di limitare la trasmissione di segnali televisivi e realizzare un bilanciamento di interessi tra la stessa attività di trasmissione e gli interessi degli Stati, cfr. G. CAGGIANO, *Le condizioni giuridiche per la circolazione delle trasmissioni televisive in Europa*, in *La comunità internazionale*, 1988, 17 e ss.; a dimostrazione della centralità del tema, simili osservazioni si ritrovano, a diversi anni di distanza dalle prime riflessioni sul tema in S. GAMBUTO, *Le trasmissioni transfrontaliere*, in *La televisione digitale: temi e problemi*, Torino, 2006, 465 e ss. Cfr. altresì A. TIZZANO, *Regolamentazione radiotelevisiva italiana e diritto comunitario*, cit., p. 468, che ancor prima della adozione della Direttiva, sottolineava che «la stessa Corte si è in ogni occasione preoccupata di chiarire che i diritti fondamentali s'impongono a livello comunitario nei limiti e alla stregua dei principi comuni alle costituzioni degli Stati membri. Sicché ove quei diritti, "lungi dal costituire prerogative assolute", siano sottoposti negli Stati membri a limiti

tensione dà atto lo stesso legislatore comunitario nella formulazione dell'art. 3 della Direttiva 89/552, fissando alcune regole fondamentali per il cosiddetto paesaggio audiovisivo europeo, in merito alla legge applicabile ed alle norme rilevanti in caso di conflitto di giurisdizione.

Se però, con la formulazione della Direttiva 89/552 si cercava una forma di compatibilità tra la disciplina CEDU e quella di rango comunitario, bisogna dare atto di una tendenza sostanzialmente divergente sviluppatasi nel corso degli anni '90. Da un lato si è assistito infatti al riconoscimento del valore giuridico della CEDU nell'ordinamento giuridico comunitario, avvenuto con il Trattato di Maastricht e l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea; insieme con questo, il richiamo effettuato dall'art. 46 TUE in merito alle competenze della Corte di Giustizia, contribuisce ad accentuare la rilevanza del richiamo compiuto dalla Direttiva, nonché i profili di giustiziabilità⁴⁶ delle condotte degli Stati membri, anche in questa ottica. Ulteriore elemento che si aggiunge, è infine la possibile applicabilità alla circolazione delle trasmissioni televisive

giustificati “in vista dell’interesse pubblico” o “per la tutela dell’interesse generale”, essi possono subire analoghi limiti anche a livello comunitario, “purché non resti lesa la sostanza dei diritti stessi (sentenza *Nold*)>>.

⁴⁶ Cfr. G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea - Parte istituzionale*, Torino, 2007 .

transfrontaliere delle sole limitazioni contemplate appunto dall'art. 10 CEDU, che sarebbero comunque un limite residuale a quanto già previsto dall'articolo 3 della stessa Direttiva.

A fronte di tale aspetto, tuttavia, si è contemporaneamente assistito ad una giurisprudenza, che soprattutto in materia di normativa applicabile e possibile elusione della stessa da parte dell'operatore, si è basata su presupposti diversi da quelli suesposti, facendo ricorso a categorie proprie della libera prestazione di servizi. Un approccio che, come si avrà modo di analizzare nel prosieguo, ha condotto a ritenere ammissibili limitazioni alla circolazione transfrontaliera delle trasmissioni televisive ricorrendo alla valutazione su basi diverse da quelle previste appunto dalla CEDU.

4. Prime Conclusioni

L'analisi sin qui svolta ha consentito di giungere a quello che va considerato al tempo stesso un punto di arrivo, ma anche un punto di partenza della ricerca. Si è infatti visto come, in successive fasi e con il coinvolgimento di tutti i livelli del sistema giuridico comunitario (Corte di Giustizia, Commissione e Consiglio e Parlamento), si è giunti

all'affermazione condivisa per la quale l'attività di trasmissione televisiva transfrontaliera va qualificata come un servizio ai sensi del Trattato. Al tempo stesso, si è evidenziato come tale attività presenti una duplice valenza, la cui natura è stata evidenziata solo da parte della dottrina; nello scenario comunitario, cioè, la l'attività di trasmissione televisiva transfrontaliera rileva non solo sotto il profilo della prestazione dei servizi e della conseguente creazione di un mercato comune, ma al tempo stesso sotto il profilo della libertà di manifestazione del pensiero e della sua piena esplicazione a livello comunitario⁴⁷, finalizzato alla più ampia creazione di una identità culturale europea⁴⁸.

Il nodo veramente problematico che dunque si presenta è quello di compiere una valutazione delle relazioni tra le due dimensioni di tale attività. In particolare, posto che le trasmissioni televisive rappresentano un servizio che porta con sé un valore aggiunto, non solo negli ordinamenti statali e nel riconoscimento costituzionale, ma anche a livello

⁴⁷ E d'altro canto, solo ad un'attività come quella di trasmissione televisiva può essere attribuita una dimensione di tipo comunitario, per le sue intrinseca natura di tipo tecnologico che consente a queste attività in particolare di dispiegarsi ampiamente in una dimensione di tipo comunitario.

⁴⁸ Circostanza questa che rendeva peraltro la Direttiva Televisione senza Frontiere di assoluta attualità nel sistema giuridico comunitario che si apprestava ad uscire dalla cosiddetta "spirale funzionalistica" di lì a poco con l'approvazione del Trattato di Maastricht e la creazione dell'Unione europea.

comunitario e dei Trattati, ed accertato che nell'attuale scenario tecnologico non si pone il problema, a livello comunitario, della scarsità dei mezzi e delle risorse tecniche di trasmissione, il problema non è dunque solo un problema di disciplina del mercato comune e di tutela della concorrenza, ma qualcosa in più.

Il vero nodo problematico che si pone all'interprete è comprendere se l'attuale normativa comunitaria sia in grado di garantire lo sviluppo e la piena esplicazione del mercato comune, ma al tempo stesso l'esplicarsi di un diritto alla manifestazione del pensiero, in una dimensione, appunto, comunitaria.

Ed in particolare, la risoluzione di tali questioni si potrà apprezzare solo in base alla valutazione delle disposizioni in materia di eccezioni che gli Stati possono opporre e la loro conseguente competenza sulle trasmissioni stesse e se in tal senso le prerogative degli Stati membri ancora oggi sono da considerare preponderanti rispetto alla piena esplicazione di tale diritto. La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha contribuito in maniera decisa alla fissazione di principi ed elementi di deroga, ed una ricostruzione di tali risultati interpretativi sarà un primo passo per una ricostruzione in questo senso.

In tale scenario vanno poi valutati il meccanismo previsto dal nuovo art. 3 della Direttiva 65/2007 ed il difficile superamento che lo stesso compie del principio del Paese d'origine e le conseguenti limitazioni, appunto, ad una compiuta realizzazione di un'attività di trasmissione televisiva transfrontaliera. Su tali parametri dovrà dunque, in conclusione, vertere l'analisi relativa alla possibile creazione di un "paesaggio audiovisivo europeo basato sulla piena esplicazione della libertà di manifestazione del pensiero, nelle forme suddette.

O meglio, se il legislatore comunitario ha cercato di introdurre norme di armonizzazione valevoli per tutti i servizi audiovisivi, altrettanto efficace non è stata l'azione di armonizzazione, in particolare con l'ultima direttiva, proprio nel settore più delicato, ovvero quello della regolamentazione della libera prestazione a livello transfrontaliero, ovvero della dimensione che potrebbe dare corso alla creazione di un effettivo mercato europeo delle trasmissioni televisive, che invece ne risulterà ancora bloccato dalle regolamentazioni, limiti ed attività di controllo dei singoli Stati membri.

L'analisi del percorso giurisprudenziale prima e la verifica del complessivo sistema normativo poi, consentiranno di giungere ad ulteriori conclusioni sul punto.

CAPITOLO II

LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI E

PRINCIPIO DEL PAESE D'ORIGINE

1. Il percorso di attuazione della libertà di prestazione di servizi a livello comunitario	
2. L'affermazione del principio del Paese di origine nel diritto comunitario: il passaggio dal divieto di discriminazioni all'affermazione dei principi regolatori della materia. Il principio del Paese di origine e del mutuo riconoscimento	
2.1 La giurisprudenza della Corte di Giustizia a partire dagli anni '70	
2.2 Mutuo riconoscimento e principio del Paese di origine	
3. Il principio del Paese di origine: alcune applicazioni nel diritto derivato e sua rivisitazione con la Direttiva 2006/123	
3.1 La direttiva in materia di servizi finanziari	
3.2 La direttiva sul commercio elettronico	
3.3. La Direttiva 2006/123: tra principio del Paese d'origine e clausola della libera prestazione dei servizi	
4. Conclusioni	

1. Il percorso di attuazione della libertà di prestazione di servizi a livello comunitario

Come analizzato nel precedente Capitolo, alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia prima e delle specifiche direttive in un secondo momento, la fornitura di

trasmissioni televisive transfrontaliere va considerata una prestazione di servizi rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario. Tale acquisizione è stata raggiunta in esito ad un processo di risoluzione delle principali problematiche relative alla libera prestazione di servizi in generale, che presentano un impatto sulla stessa attività di trasmissione televisiva transfrontaliera.

La materia della libera prestazione di servizi a livello comunitario non ha storicamente ricevuto da parte del legislatore comunitario l'attenzione in termini di interventi di armonizzazione che invece è possibile riscontrare in relazione alla libera circolazione dei capitali e delle merci o alla libertà di stabilimento. Per tale ragione il percorso interpretativo in materia di libera prestazione dei servizi è stato spesso oggetto di rapide accelerazioni e rallentamenti dovuti al maggiore o minore sviluppo ed evoluzione del mercato dei servizi prestati su base comunitaria.

Le difficoltà nell'affermazione di un impianto normativo e di principi applicabili uniformi in materia sono rintracciabili in una serie di ragioni diverse e complementari. Innanzitutto, una prima ragione è riscontrabile nella stessa sistematica del Trattato istitutivo della CEE. Ai sensi infatti degli attuali articoli 49 TCE e seguenti, la regolamentazione comunitaria della libera prestazione dei servizi è

strettamente collegata alla libertà di stabilimento⁴⁹ ed alla libera circolazione delle merci. La stessa nozione di servizio, ai sensi dell'art. 50 TCE è definita in via residuale⁵⁰, mentre l' art. 55 TCE rimanda per l'individuazione delle eccezioni

⁴⁹ Si veda in tal senso il duplice riferimento effettuato nell'art. 49 allo stabilimento in un determinato Paese (comunitario o meno) come presupposto per la delimitazione dell'ambito di applicabilità soggettiva delle disposizioni: <<Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione. Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, può estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno della Comunità >>. Inoltre, diversi e numerosi sono gli aspetti relativi alla libertà di stabilimento che vengono a sovrapporsi alla libera prestazione di servizi, essendo sottoposti alla prima disciplina l'esercizio delle professioni, allorché ciò avvenga, appunto in seguito allo stabilimento in altro Stato membro, laddove invece risulterà sottoposto alla disciplina in materia di libera circolazione dei servizi l'esercizio di professioni che avvenga a livello, appunto, transfrontaliero (si pensi all'ipotesi in cui il prestatore risieda in uno Stato membro ed effettui la prestazione nello stesso o in altro Stato in favore di cittadini residenti in altri Stati membri). Si pensi ancora, ad una serie di direttive che, negli anni '60, regolarono numerosi settori di attività quali servizi sanitari, fornitura di gas, attività di agenzia, che trattavano in maniera indifferenziata la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione di servizi. Sul punto cfr. J.L. HANSEN, *Full circle: Is there a Difference between the Freedom of Establishment and the Freedom to Provide Services?*, in M. ANDENAS, W. H ROTH, *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, 2002.

⁵⁰ Sul punto cfr. *supra*; come correttamente osservato, giova evidenziare che l'elencazione di cui all'art. 50 TCE presenta valore meramente esemplificativo e descrittivo, avendo la stessa disposizione carattere residuale rispetto al complesso di norme dell'intero Titolo del Trattato. A supporto di tale interpretazione soccorre altresì il dato testuale del secondo paragrafo che prevede che i <<I servizi comprendono in particolare (...)>>, da dove il carattere, appunto meramente esemplificativo e non esaustivo dell'elencazione.

alla libera prestazione dei servizi alle pertinenti disposizioni in materia di libera circolazione delle merci⁵¹.

A ciò si aggiunga che alcuni settori di enorme rilevanza per il mercato comunitario, quali quello della disciplina dei trasporti e della fornitura dei servizi bancari e assicurativi, sono espressamente sottratti, ai sensi dell'art. 51 TCE, alla disciplina in materia di libera prestazione dei servizi.

Tale insieme di fattori ha, di fatto, per diverso tempo limitato l'affermazione di una regolamentazione a livello comunitario della prestazione dei servizi e l'attuazione di un programma e di un insieme di direttive (strumento individuato dal Trattato) che consentisse la piena realizzazione anche in questo settore di un mercato interno.

Ciononostante, a partire dagli anni '70, il progressivo sviluppo di un'economia su base sempre più internazionale e comunitaria ha enormemente accresciuto la fornitura di servizi transfrontalieri all'interno dell'Unione europea.

Tale processo peraltro fu chiaramente riconosciuto dall'art. 13 dell'Atto Unico europeo⁵² che individuava la

⁵¹ E d'altronde le stesse disposizioni del Trattato in materia di libera prestazione di servizi risultano essere sussidiarie alla disciplina in materia di libertà di stabilimento, dal momento che restano incluse nel capo dedicato alla libertà di stabilimento, all'interno del quale è poi ricompresa il titolo dedicato alla libera prestazione dei servizi. Sul punto, cfr. tra gli altri W.H. ROTH, *The European Economic Community's Law on Services: Harmonisation*, in *Common Market Law Review*, 1988, 35 ss.

libertà di prestazione dei servizi come una componente decisiva del mercato comune, allo stesso tempo mezzo di realizzazione e settore economico che della stessa realizzazione del mercato comune doveva significativamente avvantaggiarsi.

In particolare, le norme dei Trattati prevedevano una realizzazione graduale della liberalizzazione, affidando alle istituzioni comunitarie il compito di adozione delle misure necessarie all'effettiva attuazione del mercato interno attraverso lo strumento delle direttive⁵³. Il Trattato profilava così la graduale adozione di normative comunitarie di attuazione della libera prestazione dei servizi, da affidarsi a direttive di coordinamento e di armonizzazione legislativa⁵⁴

⁵² L'Atto Unico europeo, adottato il 17 febbraio 1986, ha fissato, tra gli altri, importanti obblighi in materia di mercato comune, con la creazione del cosiddetto Obiettivo 92. In particolare l'art. 13 prevedeva che <<La Comunità adotta le misure destinate all'instaurazione progressiva del mercato interno nel corso di un periodo che scade il 31 dicembre 1992 (...). Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni del presente trattato>>.

⁵³ La previsione è espressamente contenuta nell'art. 52 TCE: << 1. Per realizzare la liberalizzazione di un determinato servizio, il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Parlamento europeo, stabilisce direttive, deliberando a maggioranza qualificata. 2. Nelle direttive di cui al paragrafo 1 sono in generale considerati con priorità i servizi che intervengono in modo diretto nei costi di produzione, ovvero la cui liberalizzazione contribuisce a facilitare gli scambi di merci>>.

⁵⁴ Per un approfondimento sul punto cfr. F. CAPELLI, *Direttive di armonizzazione totale, direttive di armonizzazione parziale, e direttive*

e con il pieno coinvolgimento delle istituzioni comunitarie nella realizzazione del mercato unico.

Parallelamente, lo stesso Trattato imponeva agli Stati, almeno inizialmente, l'attuazione di obblighi di *stand still*, cioè di astensione dall'introduzione di nuove normative limitative o discriminatorie nell'attuazione della libertà di prestazione di servizi⁵⁵. Ciononostante, l'impegno degli Stati alla soppressione di tutte le restrizioni applicabili alla libera prestazione dei servizi, previsto dagli articoli 53 e 54 TCE, non ha visto una sua piena e compiuta attuazione, avendo di contro gli stessi Stati membri frapposto ostacoli all'effettiva attuazione dei principi della materia. Si pensi in tal senso soprattutto alle numerose attività sottoposte a regime di monopolio negli Stati membri ed alla chiara tendenza degli stessi a mantenere gli stessi monopoli sotto il proprio controllo⁵⁶.

opzionali, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2000, p. 755 ss.

⁵⁵ Tale obbligo era previsto, seppur in maniera mediata, dall'art. 54 TCE, il quale prevedeva che: << *Fino a quando non saranno soppresse le restrizioni alla libera prestazione dei servizi, ciascuno degli Stati membri le applica senza distinzione di nazionalità o di residenza a tutti i prestatori di servizi contemplati dall'articolo 49, primo comma*>>. La disposizione, infatti, nel prevedere l'applicazione e mantenimento senza distinzioni delle restrizioni alla libera prestazione di servizi, di fatto sanciva il divieto di introduzione di nuove misure che potessero avere carattere o portata discriminatoria.

⁵⁶ Valga tra gli altri, ad esempio, la stessa vicenda relativa al monopolio nel settore radiotelevisivo che interessò, come visto, in Italia l'intero

L'azione di armonizzazione affidata agli Stati membri non fu dunque mai pienamente compiuta, a dispetto di quanto previsto nel Programma Generale del Consiglio del 1961⁵⁷, non portando, almeno in questa fase iniziale, a significativi frutti sul piano, appunto dell'integrazione e della creazione di un mercato unico dei servizi.

Non va peraltro dimenticato come, in tale contesto, pur essendo la Comunità Economica Europea costituita da soli sei Stati membri, si trovava alla vigilia di una delle crisi istituzionali e di governabilità più gravi che la politica comunitaria abbia vissuto, con la c.d. crisi della “sedia vuota” del 1965.

Una crisi al cui esito si giunse all'affermazione del principio dell'unanimità necessaria per l'approvazione della normative di settore e di eventuali direttive di armonizzazione. E ciò avveniva in un contesto nel quale la fornitura di servizi a livello transfrontaliero riguardava alcuni servizi di particolare rilievo ed in relazione ai quali ancora molto forte era la tendenza degli Stati membri alla

settore con numerose pronunce della Corte Costituzionale, ed il coinvolgimento della stessa Corte di Giustizia.

⁵⁷ Si trattava del Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libera circolazione dei servizi, adottato dal Consiglio il 18/12/1961, GUCE L-2 del 15/1/1962, che prevedeva un in successive tappe per lo sviluppo e l'attuazione del mercato comune dei servizi.

applicazione delle proprie normative e delle proprie attività di vigilanza e controllo.

Si pensi in particolare alle attività di prestazione di servizi collegati ad attività professionali, quali la prestazione di servizi professionali di consulenza legale o medica⁵⁸, sulla quale rimaneva molto forte la volontà (spesso corporativa) di controllo da parte degli organi competenti del Paese di

⁵⁸ Non è un caso che le prime fondamentali pronunce anche in materia di libertà di stabilimento, e che anticiperanno di poco le sentenze in materia di libera prestazione di servizi, prendano spunto proprio da fattispecie legate alla fornitura di servizi di consulenza professionale come su menzionati. Si pensi, tra le altre, alla sentenza del 21 giugno 1974, in causa 2/74, *Reyners*, e relativa al diniego di iscrizione all'albo degli avvocati belga di un cittadino olandese che aveva conseguito il titolo di dottore in legge nei Paesi Bassi; il *Reyners*, appunto, si vedeva negata la suddetta iscrizione in quanto la stessa era consentita ai soli cittadini belgi, essendo di contro consentita a non cittadini solo in casi estremi i cui requisiti non ricorrevano nel caso del *Reyners*. Fu proprio in materia di stabilimento in altro Stato membro per lo svolgimento di servizi di consulenza legale che la Corte ebbe modo di affermare la immediata e diretta applicabilità delle norme dell'art. 52 (ora 43) TCE in materia di diritto di stabilimento, in quanto dotato di quei caratteri di chiarezza, precisione ed incondizionatezza, che lo rende direttamente applicabile anche a prescindere dalla adozione delle direttive di attuazione menzionate dallo stesso art. 52 (ora 43) TCE. Per i primi commenti sulla citata pronuncia, si vedano E. GRAZIADEI, *La condizione della professione legale nella CEE: un passo avanti*, ne *Il Foro italiano*, 1974 IV, 342-346; P. J. SCHUTZMANN, *La libera circolazione delle persone e la professione dell'avvocato. Una fondamentale sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Temì romana*, 1974 VI p.505-508.

destinazione del servizio. Fu dunque l'intervento della Corte di Giustizia delle Comunità europee ad avviare un percorso di interpretazione di attuazione della normativa comunitaria finalizzato alla costruzione di un mercato unico dei servizi ed alla attuazione della libera prestazione di servizi a livello comunitario.

2. L'affermazione del principio del Paese di origine nel diritto comunitario: il passaggio dal divieto di discriminazioni all'affermazione dei principi regolatori della materia. I principi del Paese di origine e del mutuo riconoscimento

Solo successivamente alla fase di stallo caratterizzata dalla crisi della “sedia vuota” e dalla nuova affermazione del sistema di voto all'unanimità, si iniziarono a registrare i primi significativi progressi in materia di creazione di un mercato unico dei servizi, e ciò ancora una volta grazie alla giurisprudenza comunitaria che si fece carico dell'attuazione e dell'effettiva efficacia delle disposizioni dei Trattati.

Fu infatti la Corte di Giustizia⁵⁹ che con la sua giurisprudenza in materia di libera circolazione delle merci prima, e specificamente in materia di libera prestazione di servizi in un secondo momento⁶⁰, riuscì a rendere più chiaro il quadro di attuazione della libertà di prestazione di servizi, fino a giungere all'affermazione dei principi fondamentali alla base della creazione di un mercato unico dei servizi.

2.1 Una prima fase della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di libera prestazione dei servizi ha inizio, appunto, negli anni '70, e vede l'affermazione di una serie di principi che rimangono, ancora oggi, alla base dell'intera disciplina (quali, tra gli altri, il principio dell'applicazione della legislazione del Paese di origine, il divieto di

⁵⁹ Sul punto, diverse sono state le interpretazioni in dottrina; da un lato si è sostenuto che l'affidare la tutela dei principi della libertà di prestazione di servizi all'attività della Corte di Giustizia ha rappresentato una sorta di rinuncia preventiva da parte degli Stati membri alla effettiva tutela ed esplicazione di un diritto alla prestazione di servizi, che implica e comporta il dispiegamento del più generale diritto alla manifestazione del pensiero. Dall'altro lato si è evidenziato come lo stesso impianto normativo, nel presentare un numero piuttosto esiguo di disposizioni in materia di libera prestazione di servizi, attribuiva un ruolo di maggior peso ad altre libertà fondamentali, quali la libera circolazione delle persone e dei capitali; ragion per cui era naturale che un ruolo fondamentale e suppletivo nell'evoluzione della disciplina in materia di libera prestazione di servizi è stato storicamente svolto dalla Corte di Giustizia.

⁶⁰ Per una disamina della giurisprudenza degli anni '70 in materia di libera circolazione dei servizi, cfr. A. TIZZANO, *Stabilimento e prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria*, in AA. VV., *Politiche comunitarie e giurisprudenza della Corte di Giustizia*, Siena, 1980, 205 ss. .

discriminazioni dirette o indirette, il principio del mutuo riconoscimento).

Nel corso degli anni '70, infatti, e fino alla metà degli anni '80 (con l'adozione cioè dell'Atto Unico) si susseguirono diverse pronunce della Corte che contribuirono a delineare i parametri fondamentali per la piena esplicazione della libertà di prestazione dei servizi a livello comunitario.

In particolare, alcune sentenze posero le basi per quelli che sarebbero stati i tentativi di completamento del mercato unico, anche in relazione al mercato dei servizi. La prima fra queste è la sentenza *Van Binsbergen*⁶¹, che, nel risolvere una fattispecie molto simile a quella che si era posta alla Corte con la citata sentenza *Reyners*⁶², raggiungeva il duplice obiettivo di affermare la diretta applicabilità delle norme dei Trattati in materia di libera prestazione di servizi e ridimensionava di conseguenza il ruolo centrale che i Trattati stessi attribuivano alle direttive per la affermazione ed attuazione del mercato comune.

La questione aveva infatti ad oggetto la legittimazione di un procuratore che aveva ricevuto procura

⁶¹ Si tratta della sentenza della Corte del 3 dicembre 1974 - *Johannes Henricus Maria Van Binsbergen contro Bestuur Van De Bedrijfsvereniging Voor De Metaalnijverheid* in causa C-33/74. Si vedano G. FITZGERALD, *Freedom of Establishment and Freedom to Provide Services in the EEC as Illustrated by Two Recent Judgments of the Court of Justice*, in *Gazette* 1975, 3, p.75-78.

⁶² Cfr. *supra*, nota 58.

ad litem da parte dell'attore del giudizio *a quo*; lo stesso procuratore era di nazionalità olandese, ma durante lo svolgimento della causa aveva trasferito la propria residenza dai Paesi Bassi in Belgio. La legge olandese del tempo prevedeva che solo persone residenti nei Paesi Bassi potevano assumere il patrocinio dinanzi al Tribunale Centrale e che dunque la legittimazione del procuratore poteva esser messa in dubbio.

Le questioni dunque vertevano sull'interpretazione degli allora articoli 59 e 60 TCE e se gli stessi andassero interpretati nel senso che una norma come quella sopra citata fosse compatibile col divieto di qualsiasi restrizione alla libera prestazione di servizi, contenuto negli stessi articoli 59 e 60.

Inoltre, immediato corollario della prima questione era la questione relativa alla diretta ed immediata efficacia delle stesse disposizioni del Trattato Cee, che sarebbero così state in grado di creare in capo ai singoli diritti soggettivi di immediata tutelabilità da parte dei giudici nazionali.

In entrambi i casi la risposta della Corte di Giustizia prese le mosse da quanto già affermato con la precedente sentenza *Reyners*; in merito alla prima questione, infatti, la Corte stabilì che *<<gli artt. 59 , comma 1, e 60 comma 3, del Trattato Cee vanno pertanto interpretati nel senso che uno Stato*

non può, esigendo la residenza nel proprio territorio, impedire la prestazione di servizi da parte di persone residenti in un altro Stato membro, quando la sua legislazione relativa a determinati servizi non sottoponga la prestazione dei medesimi ad alcuna particolare condizione >>⁶³.

Sulla ben più rilevante questione dell'efficacia diretta delle norme dei Trattati in materia di libera prestazione di servizi, la Corte stabiliva che *<< gli artt. 59, 1) comma, e 60, 3) comma, hanno efficacia diretta e possono venir fatti valere dinanzi ai giudici nazionali, almeno nella parte in cui impongono la soppressione di tutte le discriminazioni che colpiscono il prestatore di un servizio a causa della sua nazionalità o della sua residenza in uno Stato diverso da quello in cui il servizio stesso viene fornito>>⁶⁴.*

⁶³ Cfr. punto 17 della sentenza.

⁶⁴ Cfr. il punto 27 della sentenza. Va inoltre evidenziato come la Corte di Giustizia, nell'affermare l'efficacia diretta delle norme dei Trattati, venne altresì a sottoporre ad una complessiva interpretazione l'intera disciplina che da quella norma sarebbe derivata; in particolare, la disposizione che ricadde in questa interpretazione sistematica fu l'art. 63 (ora 52) TCE il quale sottoponeva la realizzazione di una effettiva liberalizzazione del mercato dei servizi ad un "programma generale", poi fissato nel programma del Consiglio). In particolare, l'eliminazione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi e l'introduzione nella legislazione degli Stati membri di un complesso di norme volte al reciproco riconoscimento delle qualifiche professionali ed al coordinamento delle disposizioni relative all'esercizio dei servizi, dovevano essere perseguite tramite l'adozione di direttive, che alla data della pronuncia risultavano ancora non adottate.

La sentenza *Van Bisbergeren* segnò dunque un momento fondamentale nell'affermazione dei principi regolatori della libertà di prestazione di servizi in ambito comunitario.

Il riconoscimento della diretta applicabilità ed efficacia immediata rappresentò infatti il presupposto giuridico per la valutazione della problematica relativa alla disciplina applicabile al prestatore dei servizi e dunque il presupposto per una prima individuazione dei principi fondamentali alla base della regolazione in materia.

Inoltre, la Corte di Giustizia affermò chiaramente che, essendo alla data della sentenza *Van Bisbergeren* scaduto il termine per l'attuazione delle direttive in base al cosiddetto "periodo transitorio", l'applicazione dell'art. 59 (ora 49), non era più sottoposta ad alcuna condizione. Pertanto, le obbligazioni di risultato fissate dagli artt. 59 e 60 in relazione al requisito della nazionalità e della residenza, potevano dispiegarsi pienamente senza che fosse possibile ritardare o rifiutare l'adempimento invocando la mancata emanazione delle direttive stesse da parte degli Stati membri. Ratione per cui la stessa necessità di armonizzazione legislativa a mezzo di specifici atti di diritto derivato, veniva giudicata dalla Corte come non necessaria, essendo di contro possibile che le stesse norme, insieme con l'intervento interpretativo della

Corte, fossero in grado di affermare e tutelare i diritti dei singoli nascenti dalla disciplina dei Trattati.

Nel sancire la suddetta non necessità di normative specifiche di armonizzazione al fine di regolamentare la prestazione di servizi a livello transfrontaliero, la Corte non mancò pur tuttavia di affermare come la stessa attività di prestazione di servizi dovesse basarsi ed essere regolata su alcuni principi-cardine.

In tal senso, dunque, la Corte di Giustizia affidava alla propria giurisprudenza e a successive pronunce il compito di delineare i principi da porre a fondamento di tale attività di regolamentazione. Proprio dunque grazie a tale apporto della Corte di Giustizia il principio del Paese di origine venne successivamente ad affermarsi, insieme con altri, come un principio di creazione giurisprudenziale, il cui rispetto è stato considerato come necessario per un'effettiva realizzazione del mercato interno a livello comunitario. Il principio del Paese di origine infatti trova la sua ragion d'essere nella constatazione effettuata dalla Corte che l'applicazione della legge del luogo di destinazione del servizio rappresenta, di per sé, un elemento fortemente dissuasivo alla prestazione di servizi a livello comunitario, da considerare come elemento di discriminazione e limitazione per la creazione del mercato comune.

Al raggiungimento di tali conclusioni già nella prima fase della giurisprudenza della Corte di Giustizia avevano contribuito altresì alcune note sentenze in materia di libera circolazione delle merci, ovvero le sentenze cosiddette *Dassonville*⁶⁵ e *Cassis de Dijon*⁶⁶ . Entrambe le pronunce

⁶⁵ Si tratta della sentenza della Corte dell'11 luglio 1974. - *Benoit Et Gustave Dassonville*. - (domanda di pronunzia pregiudiziale, proposta dal Tribunal De Premiere Instance Bruxelles) in causa C-8/74. In particolare, la sentenza risolveva una questione pregiudiziale relativa alle disposizioni in materia di libera circolazione delle merci contenute nel TCE. In particolare la questione era stata sollevata nel corso d' un procedimento penale pendente in Belgio contro dei commercianti che, dopo aver regolarmente acquistato una partita di scotch whisky in libera pratica in Francia, l' avevano importata in Belgio senza essere in possesso del certificato d' origine, da rilasciarsi dalla dogana britannica e richiesto dalla legislazione belga; certificato la cui acquisizione risultava particolarmente difficoltosa per gli imputati del processo principale, dal momento che lo stesso certificato era più facilmente ottenibile dall' importatore diretto d' un prodotto, che non da chi avesse acquistato regolarmente il medesimo prodotto in un altro Stato membro (diverso dal paese d' origine) dove lo stesso prodotto si trovava in libera pratica. La formalità richiesta dalla legislazione belga, dunque, a giudizio della Corte poneva in essere una misura d' effetto equivalente ad una restrizione quantitativa incompatibile col Trattato. Da ciò, derivava l'elaborazione della cosiddetta “formula Dassonville”, ancor oggi considerata alla base della disciplina in materia di libera circolazione delle merci e cioè: <<ogni normativa commerciale degli stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari va considerata come una misura d' effetto equivalente a restrizioni quantitative>> (punto 5 della sentenza). Ampia è la bibliografia a commento della sentenza che, come detto ha influenzato la successiva giurisprudenza, non solo in materia di libera circolazione delle merci ma altresì di libera prestazione di servizi. Si confrontino tra

comportarono l'affermazione di principi che sarebbero ben presto stati ripresi in materia di libera prestazione dei servizi⁶⁷ nonché posti alla base di alcune normative di armonizzazione.

In particolare, con la sentenza *Cassis de Dijon* fu sancito il principio del mutuo riconoscimento, affermando l'obbligo per lo Stato membro di destinazione dei prodotti di consentire la circolazione su proprio territorio di merci prodotte, commercializzate e dunque liberamente circolanti nel territorio di altro Stato membro; tale libertà di circolazione doveva essere garantita nella misura in cui le condizioni applicate nel Paese di origine della merce non presentassero un livello di garanzia e protezione inferiore a

gli altri, in particolare J. RENÉ, *EEC Law and Appellations of Origin: The Scotch Whisky Case*, in *The Modern Law Review*, 1975, p.200-206.

⁶⁶ Si tratta della sentenza del 20 febbraio 1979, *Rewe-Zentral AG contro Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, in causa C-120/78. Per i commenti sulla pronuncia, cfr. F. CAPELLI, *I malintesi provocati dalla sentenza "Cassis de Dijon", vent'anni dopo*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1996 p.673-695; G. CAVANI e G. GHIDINI, *Una sentenza pilota ("Cassis de Dijon") in tema di ostacoli alla libera circolazione delle merci*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1981 I p.197-200; A. MATTERA RICIGLIANO, *La sentenza Cassis de Dijon: un nuovo indirizzo programmatico per la realizzazione definitiva del mercato comune*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1981 p.273-286; D. WYATT, *Article 30 EEC and Non-Discriminatory Trade Restrictions*, in *European Law Review*, 1981 p.185-193.

⁶⁷ E d'altronde, come analizzato, già la stessa sentenza *Debaue* rappresentava una prima affermazione del principio del Paese di origine, che sarebbe poi stato confermato in altre diverse sentenze della Corte.

quello richiesto dal Paese di destinazione e di circolazione della merce. Nell'applicazione del principio del mutuo riconoscimento residuava comunque in capo allo Stato di destinazione del prodotto la facoltà di svolgere una valutazione in merito al soddisfacimento da parte della regolamentazione della disciplina del Paese di origine delle esigenze di interesse pubblico poste a fondamento della stessa normativa interna del Paese di circolazione della merce.

Il mutuo riconoscimento delle normative dunque doveva avvenire, ma a condizione che le normative di entrambi gli Stati interessati fossero in grado di soddisfare le esigenze di interesse pubblico poste alla base della regolamentazione del Paese di destinazione e circolazione. Ove tali esigenze non fossero state soddisfatte allora sarebbe stata facoltà del Paese di destinazione applicare misure restrittive della libera circolazione delle stesse merci.

2.2. Orbene, la formula del mutuo riconoscimento, insieme alla cosiddetta formula *Dassonville*, fu posta dalla stessa Corte alla base dell'affermazione del principio del Paese di origine come principio regolatore della libera prestazione di servizi a livello comunitario.

Pur tuttavia, il principio del Paese di origine, nella formulazione della Corte mostra alcune significative divergenze rispetto al principio del mutuo riconoscimento.

Mentre il principio del mutuo riconoscimento lascia al Paese di destinazione la facoltà di valutare la possibile equivalenza tra le legislazioni interessate, il principio del Paese di origine nella sua applicazione più integrale implica invece un'automatica accettazione della legislazione del Paese di origine.

In tal senso il principio del Paese di origine comporta innanzitutto la rinuncia ad un controllo sulla legislazione del Paese di origine da parte del Paese di destinazione, implicando di contro la possibilità per gli stessi Stati di valutare se alcune eccezioni (le eccezioni di interesse pubblico o generale) siano opponibili all'integrale applicazione della legislazione, appunto, del Paese di origine.

La considerazione fondamentale che porta all'affermazione di entrambi i principi, quello del mutuo riconoscimento e quello del Paese di origine è quella per la quale, le attività prestate a livello comunitario dovrebbero sottostare ad un'unica disciplina, evitando dunque il cosiddetto “doppio controllo”; salve le restrizioni ammesse dal diritto comunitario, l'attività di uno Stato membro dovrebbe poter essere prestata evitando per il prestatore la necessità di rispettare due regimi giuridici diversi per l'esercizio di una medesima attività; circostanza, questa,

considerata come fortemente ostativa della effettiva realizzazione del mercato interno in dei servizi.

Né d'altronde, come si è correttamente osservato in dottrina, può ritenersi che l'applicazione della legislazione del Paese di origine comporti un trattamento di maggior favore per il prestatore di servizi stabilito in altro Stato membro. Se infatti il prestatore stabilito nel Paese di origine non sarà tenuto a rispettare la normativa applicabile nel Paese di destinazione, ciò non comporterà un trattamento di favore per lo stesso prestatore; questo, infatti, sarà comunque tenuto ad osservare la disciplina applicabile nel Paese di origine, mentre laddove fosse tenuto a rispettare anche (o soltanto) le norme del Paese di destinazione del servizio, sarebbe sottoposto ad un'ulteriore restrizione allo svolgimento della sua attività.

Se dunque la prima fase della giurisprudenza della Corte ha contribuito all'individuazione e fissazione di alcuni principi di base della disciplina, a questa si è affiancata, ed in alcuni momenti sovrapposta, in maniera sincronica una seconda fase della giurisprudenza che ha contribuito in maniera determinata alla individuazione e delimitazione dell'ambito di applicazione oggettivo delle norme in materia di libera prestazione dei servizi.

Lo stesso principio del Paese di origine può infatti considerarsi il precipitato delle principali acquisizioni giurisprudenziali avutesi in materia. L'affermazione della efficacia diretta delle norme dei Trattati (sentenza *Van Bissberger*), insieme con l'obbligo di rimozione di tutti gli ostacoli posti alla libera circolazione delle merci (sentenza *Dassonville*) e l'affermazione del principio del mutuo riconoscimento e del divieto del doppio controllo (sentenza *Cassis de Dijon*) contribuirono infatti in maniera decisiva all'individuazione del principio dell' *home country control* come principio di base della regolazione della prestazione di servizi a livello comunitario.

L'affermazione del principio del Paese di origine si sviluppa in maniera sincronica su diversi piani, ovvero quello istituzionale, quello degli atti di diritto comunitario e quello della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Innanzitutto, dunque, il principio del Paese di origine viene ad essere riconosciuto dalle istituzioni comunitarie in alcuni documenti dalle stesse emanate, come regola per lo sviluppo del mercato comunitario dei servizi.

Valga su tutti il Libro bianco della Commissione sul completamento del mercato unico adottato nel 1985; proprio sulla scorta della citata giurisprudenza in materia di libera circolazione delle merci, la Commissione affermò che il ruolo

dello Stato membro di origine del servizio consisteva innanzitutto nell'esercizio della competenza primaria di supervisionare l'attività e la prestazione del servizio stesso.

E d'altronde, in uno scenario di rapido mutamento della prestazione dei servizi, il principio del Paese di origine veniva considerato come quello più efficiente ed in grado di garantire un livello di diffusa circolazione dei servizi e soprattutto come il principio in grado di evitare il cosiddetto "doppio controllo". L'applicazione del principio del Paese di origine avrebbe garantito dunque le forme più comuni di discriminazione, ovvero le discriminazioni effettuate innanzitutto sulla base di misure distintamente applicabili ad operatori non stabiliti nel Paese di destinazione del servizio.

Se da un lato, dunque, il divieto di discriminazione su base della nazionalità si è rapidamente affermato nella giurisprudenza comunitaria, dall'altro lato il principio del Paese di origine è stato considerato come il principio in grado di evitare nella maniera più efficace proprio il verificarsi di tali discriminazioni.

La tematica relativa al principio del Paese di origine venne dunque ad acquisire una rinnovata centralità nel corso degli anni '80 e nei primi anni '90, proprio grazie al

Programma della Commissione ed all'approvazione dell'Atto Unico con la fissazione del cosiddetto "obiettivo 92".

Lo stesso legislatore comunitario, forte altresì del raggiungimento delle acquisizioni giurisprudenziali suesposte, ha iniziato ad introdurre, seppur in relazione a specifici atti ed in forma parziale, il principio del Paese di origine come principio regolatore della libera prestazione di servizi. E' il caso delle due direttive in materia di assicurazione (le cosiddette terze direttive, rispettivamente la direttiva 92/49/CE e la direttiva 92/96/CE), le quali adottano il principio dell'*home country control* come principio di base per l'esercizio delle attività di assicurazione.

In particolare, le direttive venivano a configurare una particolare modalità di applicazione del principio,

Queste infatti prevedevano che la fase della autorizzazione, e dunque dell'espletamento di tutte le formalità necessarie per l'avviamento dell'attività e della fornitura dei servizi fosse sottoposto alla regolamentazione del Paese di origine. Su tale fase, dunque, le procedure e le regole applicabili sarebbero state solo ed esclusivamente quelle del Paese in cui il prestatore del servizio era stabilito. Di contro, la successiva fase della supervisione dello svolgimento dell'attività era affidata e sottoposta al

controllo ed alla giurisdizione del Paese di destinazione del servizio e delle sue autorità.

Tali direttive, dunque, configuravano un'applicazione del principio del Paese di origine non integrale e soprattutto ponevano alla base della migliore realizzazione della stessa libertà di prestazione di servizi, la cooperazione tra Stati membri al fine di garantire il rispetto di entrambe le giurisdizioni applicabili nelle due diverse fasi.

E proprio in merito all'applicazione di tale direttiva la stessa Corte di Giustizia fu successivamente chiamata a pronunciarsi. In particolare, nella sentenza *Commissione c. Francia*⁶⁸, la Corte fu chiamata a pronunciarsi in merito ai controlli ed alle notifiche suppletive che erano richieste dalle autorità francesi per l'esercizio delle attività da parte di società straniere nel suo territorio.

In tale caso, la Corte di Giustizia, ritenne che le informazioni di cui era in possesso l'autorità francese (autorità del Paese di destinazione) fossero sufficienti, in base a quanto richiesto dalla stessa direttiva, per l'esercizio delle attività di assicurazione. Pertanto, il Paese di destinazione non poteva utilizzare il proprio potere nell'attività di supervisione per, di fatto, incidere sulla prima

⁶⁸ Si tratta della sentenza del 7 settembre 2004, in causa C-347/02, avente ad oggetto un ricorso per inadempimento, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica francese.

fase, ovvero quella dell'autorizzazione, aggirando l'applicazione della legislazione del Paese di origine.

Unica legislazione applicabile per la fase di autorizzazione doveva essere quella del Paese di origine ed eventuali controlli o notifiche erano consentite solo nel corso dell'esercizio dell'attività ed in via eccezionale.

A queste prime affermazioni in via legislativa e nel diritto derivato del principio del Paese di origine, riprese poi dalla successiva giurisprudenza, seguirono ben presto una serie di sentenze della Corte di Giustizia, che contribuirono a meglio delineare la portata applicativa dello stesso principio. Iniziò così una fase che vide la giurisprudenza della Corte di Giustizia intervenire più volte sulla tematica della libera prestazione dei servizi, ed in tale contesto giungere a successive specificazioni di alcuni rilevanti aspetti del principio del Paese di origine.

Si veniva cioè a delineare il contenuto del principio, per come lo stesso sarebbe successivamente stato applicato in altri atti di diritto derivato, quali la Direttiva sul commercio elettronico 2000/31 e la stessa Direttiva Televisione senza frontiere, nella sua formulazione originaria (Direttiva 89/552) e nella successiva versione aggiornata (Direttiva 97/36).

Una prima pronuncia da annoverare è la sentenza della Corte di Giustizia in causa C-43/93⁶⁹. Oggetto della domanda pregiudiziale era la compatibilità con il diritto comunitario delle norme imposte dal codice del lavoro francese che richiedeva ai prestatori di servizi stabiliti in altri Stati membri e che volessero prestare servizi in Francia, l'ottenimento di un permesso di lavoro (ed il pagamento di un corrispettivo) rilasciato da un ente nazionale per l'immigrazione; in caso contrario il prestatore di servizi sarebbe andato incontro ad un'ammenda. In tale occasione la Corte di Giustizia, accertato che lo svolgimento dell'attività lavorativa avveniva sotto forma di prestazione di servizi e non con l'obiettivo dello stabilimento nel Paese di destinazione, ritenne che le restrizioni imposte dalla legislazione francese fossero incompatibili con il diritto comunitario.

Ma ciò che ancor più rileva è che la Corte non mancò di evidenziare⁷⁰ in quell'occasione come il soddisfacimento

⁶⁹ Si tratta della sentenza della Corte del 9 agosto 1994. - *Raymond Vander Elst* contro *Office Des Migrations Internationales* in causa C-43/93. Vedi A. GRATANI, E. ADOBATI, *Cittadini di un paese terzo e libera prestazione di servizi*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1995, p.332-333.

⁷⁰ Cfr. il punto 25 della sentenza C-43/93 ed il citato punto 30 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro << *In tal modo, come ha fondatamente sottolineato l'avvocato generale al punto 30 delle sue conclusioni, indipendentemente dalla possibilità di applicare ai lavoratori*

delle formalità richieste nonché *<<l' applicazione del conferente regime belga è comunque tale da escludere rischi sensibili di sfruttamento dei lavoratori e di alterazione di concorrenza fra le imprese>>*; ovvero, il rispetto della legge applicabile nel Paese di origine è di per sé in grado di soddisfare le esigenze poste alla base della legislazione del Paese ospitante.

E dunque, laddove la legislazione del Paese di origine sia in grado di soddisfare le esigenze alla base della legislazione del Paese di destinazione le ulteriori misure imposte da tale legislazione saranno considerate in contrasto col diritto comunitario e *<<le questioni pregiudiziali proposte vanno dunque risolte dichiarando che gli artt. 59 e 60 del Trattato devono essere interpretati nel senso che ostano a che uno Stato membro imponga alle imprese stabilite in un altro Stato membro, che si rechino sul territorio del primo Stato per effettuarvi una prestazione di servizi e che abbiano alle loro dipendenze, in maniera regolare e stabile, cittadini di paesi terzi, l' obbligo di ottenere, per tali lavoratori, un permesso di lavoro rilasciato da un ente nazionale per l' immigrazione, nonché quello di pagare le relative spese, comminando, in caso*

temporaneamente distaccati in Francia le norme nazionali di ordine pubblico, che disciplinano i diversi aspetti del rapporto di lavoro, l' applicazione del conferente regime belga è comunque tale da escludere rischi sensibili di sfruttamento dei lavoratori e di alterazione di concorrenza fra le imprese>>.

contrario, un' ammenda amministrativa>> (punto 26 della sentenza).

A simili conclusioni la Corte di Giustizia giunse in tre successive pronunce, adottate sul finire degli anni '90 in esito a ricorsi per infrazione nei confronti dell'Italia. Si tratta rispettivamente dei ricorsi per infrazione proposti nelle cause C-358/98 - *Commissione c. Italia*⁷¹, C-263/99 - *Commissione*

⁷¹ Si tratta della sentenza del 9 marzo 2000, *Commissione contro Repubblica Italiana* in causa C-358/98, avente ad oggetto un ricorso per infrazione contro l'Italia per mancato rispetto degli obblighi del Trattato imposti dall'art. 49 TCE, in relazione agli obblighi di iscrizione in uno speciale registro imposti a tutte le imprese esercenti attività di pulizia, disinfezione, disinfestazione, derattizzazione e sanificazione nel territorio italiano. Cfr. V. KRONENBERGER, *Register Requirement For Undertakings Providing Cleansing Services In Italy*, in *European Law Reporter*, 2000 p.110-111. In tale occasione la Corte, nel condannare l'Italia, affermò che *<<è sufficiente osservare che, anche se in pratica le autorità di uno Stato membro non applicano le disposizioni nazionali in contrasto con il diritto comunitario ai cittadini degli altri Stati membri, questa circostanza non può far venir meno la violazione del diritto comunitario costituita da tali disposizioni >>* (punto 17 della sentenza) e ciò dal momento che *<<è assodato, e non viene contestato dal governo italiano, che, con la generalità dei suoi termini, la legge n. 82/94 tende ad applicarsi a qualsiasi prestatore di servizi stabilito o no sul territorio italiano, indipendentemente dal fatto che questi offra occasionalmente o regolarmente prestazioni di servizi in Italia. Occorre più in particolare rilevare che tale normativa non esclude dal suo ambito di applicazione il prestatore di servizi stabilito in uno Stato membro diverso dalla Repubblica italiana e che soddisfa già, in conformità alla normativa dello Stato membro di stabilimento, formalità equivalenti a quelle richieste dalla legge italiana>>* (punto 13 della sentenza) e che pertanto tali disposizioni non rispettano quanto imposto dal Trattato, rappresentando degli oneri aggiuntivi e discriminatori imposti ai prestatori residenti in altri Stati membri.

*c. Italia*⁷² e C-279/00⁷³ – *Commissione c. Italia* aventi ad oggetto, ancora una volta, forme di oneri aggiuntivi richiesti

⁷² Si tratta della sentenza del 29 maggio 2001, *Commissione contro Repubblica Italiana* in causa C-263/99, avente ad oggetto un ricorso per infrazione contro l'Italia per mancato rispetto degli obblighi del Trattato imposti dall'art. 49 TCE, nella misura in cui la legge italiana applicabile in materia di attività di consulenza per la circolazione dei mezzi di trasporto, riservava l'esercizio di tale attività ai prestatori che avessero ottenuto una specifica autorizzazione dall'amministrazione provinciale competente. Inoltre il conseguimento di tale autorizzazione era subordinato ad una serie di condizioni, tra le quali quella che il titolare dell'impresa fosse cittadino italiano o cittadino di uno degli Stati membri della Comunità economica europea residente in Italia e che comunque il rilascio dell'autorizzazione era subordinato al deposito, presso l'amministrazione provinciale, di una cauzione pecuniaria. Il mancato rispetto di tale serie di condizioni era sanzionato con sanzioni amministrative nei casi più gravi con sanzioni penali. In tale occasione la Corte ribadì quanto già affermato nelle precedenti sentenze, ed in particolare che la condizione della residenza del prestatore nello Stato di destinazione del servizio è direttamente in contrasto con la libera prestazione dei servizi <<*in quanto rende impossibile la prestazione, in Italia, di servizi da parte dei soggetti stabiliti in altri Stati membri*>> (punto 20). Allo stesso modo era da considerarsi restrizione alla libera prestazione dei servizi ai sensi dell'art. 49 del Trattato il subordinare l'esercizio di talune prestazioni di servizi sul territorio nazionale da parte di un soggetto stabilito in un altro Stato membro al rilascio di un'autorizzazione amministrativa (punto 21). Ma soprattutto richiedendo a tutti i soggetti di soddisfare i medesimi requisiti per ottenere l'autorizzazione amministrativa necessaria ai fini dell'esercizio in Italia dell'attività di consulenza in materia di circolazione dei mezzi di trasporto, di fatto la legislazione italiana non teneva in alcun modo conto degli obblighi cui il prestatore era già assoggettato nello Stato membro nel quale è stabilito. Tale mancata verifica, di per sé, rappresentava una violazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario. E ciò ancor più dal momento che <<*la libera prestazione dei*

dallo Stato italiano in alcuni specifici settori non sottoposti

servizi, in quanto principio fondamentale del Trattato, può essere limitata solo da norme giustificate da ragioni imperative d'interesse generale e applicabili a tutte le persone o imprese che esercitino un'attività nel territorio dello Stato membro ospitante, qualora tale interesse non sia tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito>> (punto 24 della sentenza). Per un commento sulla sentenza, si veda F. FERRARO, *Discriminazioni e restrizioni nel mercato italiano delle attività di consulenza per la circolazione dei mezzi di trasporto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001 p.1497-1501.

⁷³ Quest'ultima pronuncia fu discussa ancora una volta in seguito ad un ricorso per infrazione nei confronti dell'Italia, in causa C-279/00. Ancora una volta, il ricorso aveva ad oggetto possibili violazioni del diritto comunitario da parte di una legge italiana che imponeva che le società fornitrici di prestazioni di lavoro temporaneo, stabilite in altri Stati membri, avessero la sede legale o una dipendenza nel territorio nazionale e che depositassero una cauzione di 700 milioni di lire presso un istituto di credito avente la sede o una dipendenza nel territorio italiano. Ancora una volta le misure previste dalla legge italiana furono dichiarate incompatibili con il diritto comunitario e le norme in materia dichiarate in contrasto con gli articoli 49 TCE e seguenti per il duplice motivo della non necessità delle misure e del loro non essere giustificabili sotto il profilo dell'interesse generale del Paese di destinazione del servizio ed al tempo stesso per la circostanza per la quale le stesse misure non prendevano in considerazione il fatto che tali esigenze potessero essere già soddisfatte dalla legge applicabile al prestatore, ovvero la legge del Paese di origine. Diversi i commenti in merito a questa sentenza; tra gli altri, cfr. in particolare A. BRIGNONE, *Imprese di lavoro interinale: inconfigurabilità della cauzione posta a tutela delle retribuzioni come ostacolo alla libera prestazione di servizi*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2002, p.365-368 ; S. CAMPAILLA, *Società fornitrici di prestazioni di lavoro temporaneo: la disciplina italiana non dà garanzie di maggiore tutela del lavoratore*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002 p.782-786; L. PANAIOTTI, *Requisiti per la fornitura di lavoro temporaneo e violazioni del Trattato CE*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2002 II, p.666-670.

ad armonizzazione normativa (attività di pulizia e sanificazione, attività di fornitura di lavoro temporaneo e attività di consulenza nel settore dei trasporti) nel territorio italiano ed in relazione ad attività svolte da operatori residenti in altri Stati membri.

In tali fattispecie, in particolare, si venivano a delineare due rilevanti profili applicativi del principio del Paese di origine; un primo profilo era relativo alla richiesta di residenza nel Paese di destinazione (l'Italia nel caso di specie) come requisito necessario per la prestazione del servizio. Orbene, ogni limitazione o richiesta in tal senso fu ritenuta, dalla Commissione nel corso della fase precontenziosa prima e della Corte di Giustizia poi, in contrasto con il diritto comunitario; anzi tali misure furono considerate una negazione in sé della stessa libertà di prestazione di servizi.

Insieme con tale affermazione, venivano ancora una volta ad essere qualificate illegittime tutte le misure che imponevano il rispetto di obblighi ai quali il prestatore di servizi era già sottoposto per il soddisfacimento dei requisiti fissati dalla legislazione del Paese di origine.

Ed allo stesso modo furono considerate illegittime le misure dello Stato di destinazione e gli altri requisiti formali che potevano ritenersi già soddisfatti, o che erano da

considerarsi equivalenti, a quelli dello Stato di destinazione. Ration per cui, la legge del Paese di origine del servizio, venne ritenuta l'unica applicabile e soprattutto il suo rispetto fu ritenuto sufficiente alla prestazione del servizio a livello comunitario.

A questo gruppo di sentenze vanno affiancate altre due pronunce⁷⁴ pressoché contemporanee e che diedero ulteriore forza applicativa al principio del Paese di origine, specificandone alcuni ulteriori aspetti. La prima di queste due pronunce veniva a specificare il rilievo che l'attività di controllo esercitata dal Paese di origine deve avere rispetto all'eventuale controllo successivo del Paese di destinazione. Ancora una volta la Corte venne a rilevare come, in applicazione del principio del Paese di origine, andasse accertata la circostanza per la quale le autorità dello Stato di destinazione dovevano aver effettuato una verifica sull'eventuale adempimento da parte del prestatore degli obblighi imposti dalle autorità del Paese di origine.

Ma soprattutto la Corte evidenziò come andasse accertato che le autorità del Paese di destinazione avessero proceduto alle necessarie verifiche in merito al soddisfacimento dei requisiti richiesti dal Paese di origine e

⁷⁴ Si tratta della sentenza della Corte in causa C-189/03 *Commissione contro Paesi Bassi* e della sentenza in causa C-439/99 *Commissione contro Italia*.

che esistesse una prassi di coordinamento in tal senso; solo alla luce del rispetto di tale duplice impegno delle autorità del Paese di destinazione (e l'esito negativo delle stesse verifiche) poteva ritenersi giustificata l'introduzione di misure ulteriori e più rigorose da parte del Paese di destinazione.

Come su accennato, l'introduzione del principio del Paese di origine come regola per la prestazione di servizi a livello comunitario, avvenne su un duplice piano, ovvero quello giurisprudenziale e quello di diritto materiale. In relazione a questo secondo profilo, si è precedentemente fatto riferimento alle direttive in materia di servizi assicurativi e ad alcune pronunce relative all'applicazione della stessa.

Quasi contemporaneamente alla pubblicazione delle sentenze succitate, il legislatore comunitario intervenne infatti con alcune importanti direttive a regolamentare alcuni settori economici particolarmente rilevanti, adottando a tal fine il principio del Paese di origine del prestatore come regola fondamentale per la prestazione degli stessi servizi.

Ci si riferisce alle direttive 89/552 Televisione senza frontiere, come modificata dalla Direttiva 97/36, alla Direttiva su servizi bancari e da ultimo alla Direttiva 2000/31 sul commercio elettronico.

E' dunque utile in questa sede analizzare l'applicazione che del principio del Paese di origine è stata compiuta nel diritto derivato ed in particolare in tali atti normativi⁷⁵. Proprio tale analisi permetterà successivamente di compiere un confronto tra le diverse applicazioni che lo stesso ha avuto, incluse quelle in materia di trasmissioni televisive, ed i principi generali del diritto comunitario. Ciò che giova evidenziare fin d'ora è la circostanza per la quale il principio del Paese di origine ha trovato prima applicazione nel diritto materiale, proprio in quei settori nei quali la dimensione transfrontaliera era più marcata ed accentuata.

I servizi bancari ed assicurativi, il commercio elettronico, le trasmissioni televisive si sono storicamente configurati come servizi fortemente influenzati e recettivi delle principali novità tecnologiche; lo sviluppo dei sistemi di trasmissione televisiva satellitare e via cavo, di servizi bancari on-line o comunque facenti capo a grandi gruppi multinazionali, lo straordinario incrementarsi del commercio elettronico via internet ed i sistemi di aste on line, hanno costretto il legislatore comunitario ad intervenire attraverso sistemi di regolamentazione che sapessero bilanciare

⁷⁵ Per l'analisi delle Direttive in materia di trasmissione televisiva e più precisamente la direttiva 89/552, la Direttiva di modifica 97/36 e la successiva Direttiva Servizi Media Audiovisivi 65/2007, si rimanda al successivo capitolo, la cui trattazione verterà proprio sull'analisi di tali atti normativi e dell'applicazione che il COO principle ha avuto.

l'esigenze del cittadino utente e consumatore ed al tempo stesso del prestatore dei servizi.

Ciò è avvenuto in maniera parzialmente diversa per ciascuno dei diversi settori ed una disamina, sia del diritto materiale, che della giurisprudenza, permette senz'altro di mettere in luce alcuni importanti aspetti relativi al principio del Paese di origine, dei quali sarà necessario tenere conto al fine della successiva trattazione.

Per certo sembra ormai opinione consolidata quella per la quale la migliore affermazione del principio del Paese di origine debba necessariamente passare attraverso l'introduzione di regole di armonizzazione minime applicabili a tutti gli Stati a livello comunitario. Pur non essendo possibile, vista la molteplicità e le peculiarità di alcuni servizi, una totale e completa armonizzazione, l'introduzione di regole minime di armonizzazione sembra necessaria alla affermazione del principio del Paese di origine, e ciò per un duplice ordine di motivi.

In primo luogo una regolamentazione minima a livello comunitario garantirebbe la creazione di uno standard normativo al quale tutti i prestatori sarebbero sottoposti ed al quale potrebbero fare riferimento tutti i soggetti destinatari dei servizi.

Si eviterebbe così la cosiddetta “fuga” dei prestatori di servizi verso i Paesi con regolamentazioni meno vincolanti o severe; inoltre le regole di armonizzazione andrebbero a tutelare e garantire gli stessi prestatori dei servizi su molteplici piani. In particolare in termini di concorrenza tra le imprese, che sarebbero comunque sottoposte ad un regime legislativo comune. Si andrebbero infine altresì a garantire i consumatori/utenti in relazione alle posizioni giuridiche in capo agli stessi nascenti nonché alle possibili forme di tutela.

In secondo luogo, l’attuazione di norme minime di armonizzazione favorirebbe l’effettiva applicazione del principio del Paese di origine; in particolare si porrebbero *ex se* fuori dalla legittimità comunitaria ogni misura aggiuntiva (autorizzazione, controlli etc.) richiesta dai Paesi di destinazione; al tempo stesso, sarebbe di immediata applicazione la regolamentazione imposta dal Paese di origine, che si porrebbe come unico Stato membro competente al controllo in tutte le fasi della prestazione del servizio stesso. Una circostanza, questa, che renderebbe pienamente realizzato un mercato comune anche in questo settore, con il contenimento di eventuali rischi derivanti dall’integrale applicazione del principio.

Si procederà pertanto con l’analisi delle applicazioni che il principio del Paese di origine ha avuto in alcune

importanti direttive, per poi concludere con la rivisitazione che dello stesso è avvenuta con la Direttiva Servizi 2006/123.

3. Il principio del Paese di origine: alcune applicazioni nel diritto derivato e sua rivisitazione con la direttiva 2006/123

3.1 Il tema delle regole applicabili alla libera prestazione dei servizi nel mercato interno e dell'applicazione del principio del Paese di origine si è arricchito di importanti elementi con le attuazioni che dello stesso sono avvenute sul piano del diritto derivato.

Come accennato in precedenza una prima importante applicazione del principio del paese di origine si è avuta in materia di servizi finanziari⁷⁶; a tal fine è dunque utile analizzare come la direttiva relativa ai mercati degli strumenti finanziari ha previsto l'applicazione al prestatore dei servizi della legislazione del Paese di origine ed a quali termini e condizioni.

⁷⁶ Si tratta della direttiva in materia di servizi finanziari, da ultimo modificata con la direttiva 2006/31/CE che modifica la direttiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, a sua volta direttiva di modifica delle direttive 85/611/CEE e 93/6/CEE del Consiglio e della direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 93/22/CEE del Consiglio.

Il legislatore comunitario ha preso atto del dato di mercato, che ha segnato una considerevole crescita del numero degli investitori operanti nei mercati finanziari e la conseguente crescita e complessità della gamma di servizi e strumenti offerta appunto agli investitori. Alla luce di questi sviluppi, il legislatore comunitario ha dunque ritenuto che il quadro giuridico comunitario di disciplina di tutte le attività destinate agli investitori dovesse assicurare un grado di armonizzazione necessario a supportare tale sviluppo.

Già la direttiva 93/22/CEE del Consiglio, del 10 maggio 1993, relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari individuava nell' autorizzazione e vigilanza dello Stato membro di origine il principio che meglio degli altri poteva garantire un'efficace gestione dei mercati regolamentati e la possibilità di garantire agli investitori un livello elevato di protezione e consentire alle imprese di investimento di prestare servizi in tutta la Comunità⁷⁷.

Sulla scorta della giurisprudenza in materia, la direttiva individua innanzitutto nel divieto di richiesta di

⁷⁷ In tal senso si vedano rispettivamente i considerando 1 e 2 della direttiva. Per un'approfondita analisi del principio del Paese di origine nei servizi finanziari e la giurisprudenza pertinente, si veda E. LOMNICKA, *The Home Country Control Principle in the Financial Services Directives and the Case Law*, p. 295 in M ANDEMAS e W. H. ROTH, cit., Oxford, 2002.

doppia autorizzazione la prima misura vietata in quanto restrittiva della libera prestazione dei servizi; un'impresa di investimento autorizzata nel proprio Stato membro d'origine pertanto deve essere autorizzata a prestare servizi o effettuare attività in tutta la Comunità senza dover richiedere un'autorizzazione ulteriore o separata all'autorità competente dello Stato membro, o degli Stati membri, in cui presta i servizi o effettua le attività.

La direttiva prevede così un insieme di disposizioni che vengono poste alla base della disciplina comunitaria del settore⁷⁸; e queste riguardano elementi centrali, quali la delimitazione dell'ambito di applicazione della stessa direttiva e le esenzioni dall'applicazione della stessa; alcune importanti definizioni quali quelle più generali di impresa di investimento, servizi e attività di investimento, cliente, e quelle più specifiche quali quelle di <<gestione del portafoglio>> o di << internalizzatore sistematico>>. Va inoltre evidenziato come siano altresì contemplate le definizioni di <<Stato d'origine>> e <<Stato ospitante>>, e le

⁷⁸ Per un'analisi della disciplina, cfr. V. CAPOTOSTI, *La disciplina comunitaria dei fondi comuni d'investimento mobiliare*, in *Assicurazioni*, 1985, p. 148 ss. .

condizioni alle quali uno Stato membro possa considerarsi tale⁷⁹.

La direttiva prevede a quel punto, agli articoli 5 e seguenti, un insieme di condizioni per l'autorizzazione e l'esercizio delle attività delle imprese di investimento; queste consistono in una serie di requisiti per l'ottenimento dell'autorizzazione, la descrizione del contenuto e dell'oggetto dell'autorizzazione, nonché le procedure per il rilascio, il rifiuto e la revoca dell'autorizzazione.

Un insieme di disposizioni che delineano un quadro dettagliato degli adempimenti che gli Stati membri dovranno porre in essere; ma che soprattutto attribuisce alle sole autorità dello Stato di origine il compito di vigilare e conseguentemente applicare alle imprese di investimento la normativa in materia di autorizzazione introdotta in attuazione della stessa direttiva.

Di particolare rilievo è ad esempio anche la previsione di cui all'art. 13 che stabilisce a favore dello Stato membro d'origine la prescrizione e l'imposizione dei requisiti di organizzazione che devono avere le imprese di investimento e che vengono successivamente indicati, al fine appunto di armonizzazione delle norme del settore. Anche in materia di

⁷⁹ E' interessante come negli atti in materia di trasmissioni televisive si utilizzi la diversa definizione di <<Stato che esercita la giurisdizione>> e non quindi quello di Stato di origine della trasmissione.

stabilimento di succursali, ad esempio, è previsto un generalizzato potere dello Stato d'origine⁸⁰ che avrà il successivo obbligo di comunicare le informazioni relative alle succursali al Paese ospitante (articolo 32).

La direttiva MiFid delinea dunque una competenza generale ed esclusiva dello Stato membro di origine, sia nella fase di rilascio autorizzazione che di prescrizione ed imposizione di obblighi. Ciò che quindi assume rilievo è il ruolo del Paese ospitante ed i suoi poteri nei confronti dell'impresa di investimento, prima, e dello Stato membro di origine, poi.

Ma ciò che più rileva è sicuramente il Capo II del Titolo IV, rubricato *Collaborazione tra le autorità competenti dei diversi Stati membri*. Tale capo prevede innanzitutto obblighi di collaborazione, tra i quali scambio di informazioni e cooperazione, sia nell'ambito della vigilanza che delle indagini, nonché l'adozione delle misure amministrative ed organizzative necessarie al fine di realizzare la cooperazione. Ed alla cooperazione in materia di indagini e vigilanza è dedicato l'intero articolo 57 nonché

⁸⁰ Si veda in particolare l'art. 50 – *Poteri da conferire alle autorità competenti della direttiva*, che fissa l'elenco dei poteri che il Paese di origine, in quanto Stato competente deve attribuire alle autorità che saranno individuate per l'attività di vigilanza e controllo.

l'articolo 58 che è dedicato al flusso di scambio di informazioni.

In particolare l'articolo 57 prevede la possibilità per l'autorità competente di uno Stato membro di richiedere la collaborazione dell'autorità di un altro Stato membro per un'attività di vigilanza, una verifica in loco o un'indagine; ciò, comunque, e giova sottolineare tale aspetto, rileva non nelle ipotesi del rapporto tra Stato d'origine e Stato di destinazione, bensì nel rapporto tra due Stati ugualmente competenti. E la stessa impostazione rileva rispetto al flusso di scambio di informazioni come previsto dall'articolo 58.

La disciplina che invece rileva in maniera decisiva al fine di individuare la portata dell'applicazione del principio del Paese di origine è quella prevista dall'articolo 61 - *Poteri degli Stati membri ospitanti*⁸¹ e dall'articolo 62 - *Misure cautelari da adottarsi dagli Stati membri ospitanti*⁸².

⁸¹ Articolo 61 - Poteri degli Stati membri ospitanti - 1. Gli Stati membri ospitanti possono prescrivere, a fini statistici, che tutte le imprese di investimento aventi succursali nel loro territorio presentino loro relazioni periodiche sulle attività di tali succursali.

2. Per l'esercizio delle responsabilità loro conferite dalla presente direttiva, gli Stati membri ospitanti possono prescrivere che le succursali delle imprese di investimento forniscano le informazioni necessarie per controllare che esse osservino le norme di tali Stati loro applicabili nei casi di cui all'articolo 32, paragrafo 7. Tali requisiti non possono essere più rigorosi di quelli imposti dagli stessi Stati membri alle imprese stabilite nel loro territorio per controllare l'osservanza di dette norme.

⁸² Articolo 62 *Misure cautelari da adottarsi dagli Stati membri ospitanti* - 1. Quando l'autorità competente dello Stato membro ospitante ha motivi

chiari e dimostrabili per ritenere che un'impresa di investimento operante nel suo territorio in regime di libera prestazione di servizi non ottemperi agli obblighi derivanti dalle disposizioni adottate in attuazione della presente direttiva o che un'impresa di investimento che ha una succursale nel suo territorio non ottemperi agli obblighi derivanti dalle disposizioni adottate in attuazione della presente direttiva che non conferiscono alcun potere all'autorità competente dello Stato membro ospitante, informa in proposito l'autorità competente dello Stato membro d'origine. Se, nonostante le misure adottate dall'autorità competente dello Stato membro d'origine o per via dell'inadeguatezza di tali misure, l'impresa di investimento persiste nell'agire in un modo che mette chiaramente a repentaglio gli interessi degli investitori dello Stato membro ospitante o il buon funzionamento dei mercati, l'autorità competente dello Stato membro ospitante, dopo avere informato l'autorità competente dello Stato membro d'origine, adotta tutte le misure adeguate e necessarie per tutelare gli investitori e assicurare il buon funzionamento dei mercati. Tra tali misure figura la possibilità di impedire alle imprese di investimento in infrazione di avviare ulteriori operazioni nei loro territori. La Commissione è informata di tali misure senza ritardo.

2. Quando le autorità competenti di uno Stato membro ospitante accertano che un'impresa di investimento che ha una succursale nel territorio di tale Stato viola le disposizioni di legge o regolamentari adottate in tale Stato in attuazione delle disposizioni della presente direttiva che conferiscono loro poteri, tali autorità esigono dall'impresa di investimento interessata che ponga fine alla sua situazione irregolare. Se l'impresa di investimento interessata non adotta i provvedimenti necessari, le autorità competenti dello Stato membro ospitante adottano tutte le misure appropriate per assicurare che essa ponga fine alla sua situazione irregolare. La natura di tali misure è comunicata alle autorità competenti dello Stato membro d'origine.

Se, nonostante le misure adottate dallo Stato membro ospitante, l'impresa di investimento persiste nel violare le disposizioni di legge o regolamentari di cui al primo comma in vigore nello Stato membro ospitante, quest'ultimo può, dopo aver informato le autorità competenti dello Stato membro d'origine, adottare misure appropriate per impedire o sanzionare ulteriori irregolarità e, se necessario, per impedire a detta impresa di investimento di avviare ulteriori operazioni nel suo territorio. La Commissione è informata di tali misure senza ritardo.

3. Quando ha motivi chiari e dimostrabili di ritenere che un mercato regolamentato o un sistema multilaterale di negoziazione non ottemperi agli obblighi derivanti dalle disposizioni adottate in attuazione della presente direttiva, l'autorità competente dello Stato membro ospitante di

Il potere degli Stati ospitanti previsto dall'art. 61 si configura come un potere di richiesta di informazioni (paragrafo 1), al quale si affianca un potere relativo al rispetto da parte delle succursali degli obblighi imponibili ai sensi della direttiva comunitaria. Peraltro, tali obblighi sono soltanto quelli applicabili in materia di succursali e non possono incidere sulla disciplina generale prevista dal Paese di origine, che rimarrà comunque l'unica applicabile. A ciò si aggiunga che il potere delle autorità dello Stato ospitante si limita ad una richiesta di informazioni rimanendo fermo il divieto di discriminazioni rispetto alla disciplina applicabile agli operatori stabiliti. La deroga prevista all'applicazione

tale mercato o sistema informa in proposito l'autorità competente dello Stato membro d'origine del mercato regolamentato o del sistema multilaterale di negoziazione. Se, nonostante le misure adottate dall'autorità competente dello Stato membro d'origine o per l'inadeguatezza di tali misure, tale mercato regolamentato o il sistema multilaterale di negoziazione persiste nell'agire in un modo che mette chiaramente a repentaglio gli interessi degli investitori dello Stato membro ospitante o il funzionamento ordinato dei mercati, l'autorità competente dello Stato membro ospitante, dopo avere informato l'autorità competente dello Stato membro d'origine, adotta tutte le misure adeguate e necessarie per tutelare gli investitori e assicurare il buon funzionamento dei mercati. Tra tali misure figura la possibilità di impedire al mercato regolamentato o al sistema multilaterale di negoziazione di rendere accessibili i loro dispositivi ai membri o partecipanti a distanza stabiliti nello Stato membro ospitante. La Commissione è informata di tali misure senza ritardo.

4. Le misure adottate a norma dei paragrafi 1, 2 o 3 che comportano sanzioni o restrizioni delle attività di un'impresa di investimento o di un mercato regolamentato sono opportunamente giustificate e comunicate all'impresa di investimento sul mercato regolamentato interessato.

della disciplina del Paese di origine è dunque pur sempre limitata agli obblighi relativi alle succursali e soprattutto a questioni operative ed attuative nella fornitura del servizio sul territorio del Paese ospitante.

Ancor maggior rilievo nella delimitazione e definizione della portata del principio del Paese di origine come applicato ai servizi finanziari è assunto dall'art. 62, relativo alla portata delle misure cautelari applicabili dal Paese ospitante.

Innanzitutto il legislatore comunitario specifica quali sono le conseguenze ed i poteri del Paese ospitante nell'ipotesi di violazione di obblighi imposti dalla direttiva e sui quali lo stesso Paese ospitante non ha alcun potere; in tali casi, infatti, l'applicazione del Paese di origine avviene in maniera pressoché integrale, dal momento che le autorità del Paese ospitante non avranno alcun potere di intervento, rimanendo le norme di riferimento e le autorità competenti quelle del Paese di origine.

I poteri delle autorità del Paese ospitante si limiteranno ad un potere di informazione delle autorità del Paese di origine, e ciò potrà avvenire a condizione che vi siano motivi *<<chiari e dimostrabili>>* della non ottemperanza da parte dell'impresa di investimento (paragrafo 1, primo periodo). Solo in un secondo momento le

autorità del Paese ospitante potranno intervenire direttamente nei confronti dell'investitore, ma ciò potrà avvenire solo a ben precise condizioni (paragrafo 1 , secondo periodo).

Tali condizioni consisteranno innanzitutto nell'inadeguatezza delle misure adottate dal Paese di origine e soprattutto in una condotta dell'impresa di investimento che persista *<<in un modo che mette chiaramente a repentaglio gli interessi degli investitori dello Stato membro ospitante o il buon funzionamento dei mercati>>*; il che presuppone una valutazione da effettuarsi sul piano della condotta e dei profili di pericolo che la stessa comporta, i quali però devono essere “chiaramente” desumibili ed individuabili, alla luce di parametri di valutazione oggettivi.

L'intervento diretto delle autorità del Paese ospitante sarà dunque circoscritto e limitato a *<<misure adeguate e necessarie per tutelare gli investitori e assicurare il buon funzionamento dei mercati>>*; tali misure dovranno essere comunicate immediatamente alle autorità del Paese di origine ed alla Commissione europea. I margini di azione delle autorità del Paese ospitante sono dunque piuttosto ristretti ed il parametro di riferimento di tale azione rimarrà sempre e comunque la normativa comunitaria o quella del Paese di origine; così come i rischi che tali interventi

dovranno evitare sono determinati in maniera precisa e a questi l'intervento del Paese ospitante dovrà fare riferimento.

Diversi poteri sono invece riconosciuti alle autorità del Paese ospitante nel caso in cui le succursali delle imprese di investimento violino con la loro condotta le misure adottate dal Paese ospitante ai sensi della direttiva; in tali ipotesi al Paese ospitante sarà riconosciuto un potere diretto di adozione di misure nei confronti delle imprese di investimento. Tali misure saranno comunicate alle autorità dello Stato membro di origine e solo in ultima istanza potranno comportare l'irrogazione di sanzioni pecuniarie da parte dello Stato membro ospitante nei confronti dell'impresa di investimento (paragrafo 2 dell'articolo 62).

Ancora una volta, dunque, i poteri dello Stato ospitante saranno limitati all'attuazione delle disposizioni della direttiva e soprattutto, nell'ipotesi di cui al paragrafo 2 potranno riguardare soltanto le misure relative alle succursali e le succursali stesse, non potendo in nessun modo riguardare le norme poste alla base dell'esercizio dell'attività dell'impresa, su tutta la disciplina in materia di autorizzazione come attuata dal Paese di origine.

Infine, ai limiti ed alle regole previste dal paragrafo 1 sono sottoposti gli eventuali interventi del Paese ospitante in

relazione ai mercati regolamentati o ai sistemi multilaterali di negoziazione.

3.2. Altra applicazione del principio del Paese d'origine si è avuta con la direttiva 2000/31. La direttiva si applica innanzitutto ai cosiddetti “servizi della società dell'informazione”, la definizione dei quali è presente nella direttiva 98/34/CE⁸³ ed include qualsiasi servizio prestato dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica, mediante apparecchiature elettroniche di elaborazione e a richiesta individuale di un destinatario di servizi.

Tali servizi abbracciano quindi una vasta gamma di attività economiche svolte *on line*, tra le quali anche la vendita in linea di merci e prodotti. Insieme alle vendite ed alla stipulazione di contratti in linea rientrano nella

⁸³ Si tratta della Direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998 che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche, approvata insieme con la Direttiva 98/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 luglio 1998 relativa ad una modifica della direttiva 98/34/CE che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche. Per una ricostruzione complessiva della disciplina del settore delle comunicazioni elettroniche e dei servizi della società dell'informazione, cfr. DELLA CANANEA G. (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2005; DRAETTA U., *Commercio elettronico e protezione dei consumatori*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2002, pp. 559-567; LOPEZ-TARRUELLA A., *A European Community Regulatory Framework For Electronic Commerce*, in *Common Market Law Review*, 2001, pp. 1337-1384; MORBIDELLI G. e DONATI F. (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 2005, pp. 81 e ss. .

definizione anche i servizi non remunerati dal destinatario, nella misura in cui costituiscono un'attività economica, come l'offerta di informazioni o comunicazioni commerciali o la fornitura di strumenti per la ricerca, l'accesso e il reperimento di dati, o la fornitura di accesso a determinati database di informazioni ⁸⁴. I servizi aventi carattere televisivo trasmessi "da punto a punto", quali i servizi video a richiesta o l'invio di comunicazioni commerciali per posta elettronica, sono invece servizi della società dell'informazione⁸⁵.

⁸⁴ La radiodiffusione televisiva, ai sensi della direttiva 89/552/CEE, e la radiodiffusione sonora non sono servizi della società dell'informazione perché non sono prestati dietro richiesta individuale. Sul punto si veda la sentenza della Corte di Giustizia C-89/04 *Mediakabel*, ed i relativi commenti. Tra gli altri, CAGGIANO G., *Sulla distinzione tra servizi di trasmissione televisiva e servizi della società dell'informazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005 p.1716-1717, MASTRANTONIO G., *La direttiva TV senza frontiere e il near-video-on-demand : il commento*, ne *Il diritto industriale*, 2006p. 47-52 ed il mio *Trasmissioni televisive e servizi della società dell'informazione: la sentenza Mediakabel*, ne *Il diritto dell'Unione Europea*, 2006 p.543-561.

⁸⁵ Una lista di servizi della società dell'informazione è fornita dall'Allegato V della direttiva 98/34. Questi consistono in via indicativa in:

1. Servizi non forniti "a distanza"

Servizi forniti in presenza del prestatore e del destinatario, anche se mediante dispositivi elettronici:

a) esame o trattamento in un gabinetto medico mediante attrezzature elettroniche, ma con la presenza del paziente,

b) consultazione di un catalogo elettronico in un negozio in presenza del cliente,

c) prenotazione di biglietti aerei attraverso una rete informatica in un'agenzia

viaggi in presenza del cliente,

Una prima affermazione della sottoposizione dei servizi della società dell'informazione al principio del Paese di origine è rinvenibile nel Considerando 22 della direttiva, il quale stabilisce che *<< il controllo dei servizi della società dell'informazione deve essere effettuato all'origine dell'attività>>*, ma al tempo stesso che in tale attività va garantita la *<<tutela non soltanto per i cittadini del suo paese*

d) giochi elettronici messi a disposizione di un giocatore presente in una sala giochi.

2. Servizi non forniti "per via elettronica"

- Servizi a contenuto materiale anche se implicano l'utilizzazione di dispositivi elettronici:

a) distributori automatici di biglietti (banconote, biglietti ferroviari),

b) accesso a reti stradali, parcheggi, ecc. a pagamento, anche se all'entrata e/o all'uscita intervengono dispositivi elettronici per controllare l'accesso e/o garantire il corretto pagamento.

- Servizi non in linea: distribuzione di cd-rom e di software su dischetti

-Servizi non forniti attraverso sistemi elettronici di archiviazione/trattamento di dati:

a) servizi di telefonia vocale,

b) servizi telefax/telex,

c) servizi forniti mediante telefonia vocale o telefax,

d) consulto medico per telefono/telefax,

e) consulenza legale per telefono /telefax,

f) marketing diretto per telefono/telefax.

3. Servizi non forniti "a richiesta individuale di un destinatario di servizi"

Servizi forniti mediante invio di dati senza una richiesta individuale e destinati alla ricezione simultanea da parte di un numero illimitato di destinatari (trasmissione da punto a multipunto):

a) servizi di radiodiffusione televisiva [compresi i servizi near-video on-demand (N-Vod)] di cui all'articolo 1, lettera a) della direttiva 89/552/CEE,

b) servizi di radiodiffusione sonora,

c) teletesto (televisivo).

(quello di origine del servizio) *ma anche per tutti cittadini della Comunità*>>.

Ed a tal fine, è proprio il legislatore comunitario ad evidenziare che l'applicazione del principio del Paese di origine può consentire di migliorare la fiducia reciproca tra gli Stati membri e che *<<è indispensabile specificare chiaramente questa responsabilità dello Stato membro in cui i servizi hanno origine>>* (Considerando 22 della direttiva). Inoltre, l'applicazione del principio ha anche il vantaggio di *<<garantire efficacemente la libera circolazione dei servizi e la certezza del diritto per i prestatori e i loro destinatari>>;* elemento questo che il legislatore comunitario vede sempre come funzionale alla migliore realizzazione di un mercato unico dei servizi a livello comunitario.

Ai sensi del Considerando 24, è possibile per gli Stati membri adottare misure per limitare la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione, ma ciò dovrà avvenire e sarà legittimo solo alle condizioni stabilite dalla direttiva, che come si vedrà sono piuttosto rigorose.

Inquadrato in via di premessa il trattamento della fornitura dei servizi della società dell'informazione, il testo della direttiva sancisce già all'art. 3 l'applicazione del principio del Paese di origine. Si tratta in particolare di un'applicazione pressoché integrale dal momento che *<<ogni*

Stato membro provvede affinché i servizi della società dell'informazione, forniti da un prestatore stabilito nel suo territorio, rispettino le disposizioni nazionali vigenti in detto Stato membro nell'ambito regolamentato>> (paragrafo 1) e che <<gli Stati membri non possono, per motivi che rientrano nell'ambito regolamentato, limitare la circolazione dei servizi dell'informazione provenienti da un altro Stato membro>> (paragrafo 2). Dunque la legge applicabile sarà la legge del Paese di stabilimento, e dunque di origine del servizio, mentre non sarà possibile per gli Stati di destinazione limitare la fornitura dei servizi a livello transfrontaliero.

Va peraltro rilevato che le sole deroghe previste all'applicazione del principio del Paese di origine sono quelle che potrebbero essere imposte dal Paese di destinazione per motivi di ordine pubblico, sanità pubblica, pubblica sicurezza e tutela dei consumatori⁸⁶; al tempo stesso, come prescritto dal paragrafo 4 lett. a) punto i), i provvedimenti eventualmente adottati dovranno essere provvedimenti

⁸⁶ E' questa l'unica esigenza in deroga che si aggiunge a quanto previsto dall'art. 55 del TCE sul punto. Elemento di deroga la cui introduzione fu ritenuta necessaria dal legislatore comunitario alla luce della particolare natura dei servizi e dal loro mettere in costante relazione consumatori e fornitori. Sulle esigenze summenzionate come limite alla libera prestazione dei servizi a livello comunitario, cfr. MASTROIANNI R., *La libertà di prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria: i principi generali*, e NASCIBENE B., *Le eccezioni ai principi. interessi generali e ordine pubblico*, entrambi in BESTAGNO F., *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007.

ritenuti necessari, relativi ai suddetti motivi e necessari per la loro tutela.

Inoltre, l'adozione di tali provvedimenti in maniera diretta da parte dello Stato di destinazione dovrà necessariamente avvenire nel rispetto di alcune procedure di coordinamento con lo Stato di origine del servizio.

Innanzitutto sarà obbligo dello Stato di destinazione richiedere un intervento allo Stato di origine; ove tale intervento non sia avvenuto, lo Stato di destinazione potrà intervenire notificando preventivamente la misura allo Stato membro di origine ed alla Commissione, la quale *<<verifica con la massima rapidità la compatibilità dei provvedimenti notificati con il diritto comunitario; nel caso in cui giunga alla conclusione che i provvedimenti sono incompatibili con il diritto comunitario, la Commissione chiede allo Stato membro in questione di astenersi dall'adottarli o di revocarli con urgenza>>*.

A tale disciplina si affiancano poi gli obblighi di cooperazione per l'applicazione efficace della direttiva tra gli Stati membri e tra gli Stati e la Commissione, come sanciti dall'articolo 19.

E' dunque interessante l'analisi dell'applicazione del principio del Paese di origine proprio in relazione ai servizi della società dell'informazione; proprio tali servizi sono quelli

che per loro natura e caratteristiche di fruibilità meglio sono assimilabili alle trasmissioni televisive. Si pensi in particolare ai servizi *near video on demand* o di tele testo televisivo, che per la loro natura di trasmissioni punto-punto e su richiesta individuale vengono qualificati alla stregua di servizi della società dell'informazione, ma il cui collegamento da un punto di vista sia del prestatore che del destinatario possono essere accostati senz'altro alle trasmissioni televisive⁸⁷.

Come si avrà modo di analizzare in seguito, la disciplina prevista dalla direttiva 2000/31 è pressoché identica alle previsioni in materia della direttiva Televisione senza Frontiere, come modificata dalla direttiva 97/36. Un'indicazione della quale bisognerà tener conto soprattutto nell'analisi della direttiva Servizi Media Audiovisivi (65/2007) e dell'applicazione che nella stessa si viene a dare del principio del Paese di origine.

Ne risulterà infatti una chiara disomogeneità tra i due sistemi, con un regime di maggior favore per il Paese di destinazione allorché si tratti di trasmissioni televisive. Elemento di comparazione che assume ancor più rilievo se si pensa che i maggior rischi per l'utente/consumatore

⁸⁷ Si rimanda ancora una volta alla sentenza della Corte di Giustizia C-89/04 *Mediakabel* ed alla distinzione contenuta nella stessa tra servizi *on demand* e *pay per view*, ai fine dell'applicazione della disciplina comunitaria. Per la bibliografia sulla sentenza cfr. *supra* nota 87.

potrebbero provenire dalla prestazione di servizi della società dell'informazione, più che dalla fornitura di trasmissione televisive.

Nel settore di maggior interesse per la tutela dei consumatori sono dunque meno incisivi i poteri del Paese di destinazione, mentre in relazione alle trasmissioni televisive i suddetti poteri hanno una maggiore incisività sul doppio piano della regolamentazione e della sanzione.

3.3 Una rivisitazione complessiva della disciplina in materia di servizi ed in particolare dell'applicazione del principio del Paese di origine si è avuto con la direttiva 2006/123/CE, nota come direttiva Bolkenstein⁸⁸.

La direttiva si poneva l'obiettivo di portare a compimento la creazione di mercato interno dei servizi, fornendo lo stesso di una disciplina uniforme che fosse in grado di superare gli ostacoli posti alla completa armonizzazione dalle normative nazionali. Essa dunque regola una vasta gamma di servizi, semplificando le

⁸⁸ È la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio approvata il 12 dicembre 2006, n. 2006/123/CE. La direttiva è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (L 376) il 27 dicembre 2006. Per una analisi della direttiva, in chiave critica peraltro in relazione all'introduzione del principio del Paese di origine come ivi formulato si veda R. CAFARI PANICO, *La liberalizzazione dei servizi tra il regime vigente e la direttiva Bolkestein*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2006, p. 1880 ss.

procedure amministrative ed i passaggi burocratici e soprattutto evitando le discriminazioni basate sulla nazionalità per i prestatori che intendono stabilirsi in un altro paese europeo per prestare dei servizi.

Obiettivo questo ancor più ambizioso se collocato nel contesto di un'Europa composta da venticinque Stati membri, e nella quale i servizi rappresentano il settanta per cento dell'occupazione complessiva.

Non ci si soffermerà in questa sede sulle polemiche politiche ed i timori di cosiddetto “dumping sociale”⁸⁹ che scaturirono in seguito all'approvazione della prima versione della direttiva. Di certo l'opposizione politica alla stessa direttiva ha influito sulla redazione finale del testo e quindi sulle regole applicabili.

Ciò che più rileva in questa sede, anche ai fini di una successiva comparazione con quanto introdotto nel settore delle trasmissioni televisive, è il tentativo di introduzione del principio del Paese di origine nella sua versione integrale, successivamente sostituito dalla clausola di libera prestazione dei servizi, come prevista dal definitivo art. 16 della stessa direttiva.

⁸⁹ Si rimanda ancora a R. CAFARI PANICO, cit., e, tra i numerosi scritti critici C. CONTESSA, *Direttiva Bolkestein: cantiere aperto*, in *Guida al diritto*, *Il Sole 24 ore*, luglio – agosto 2005, p. 14.

L'originaria proposta della Commissione, infatti, prevedeva che la nuova direttiva fosse interamente costruita sull'applicazione del principio del Paese di origine⁹⁰; il prestatore, cioè, doveva essere soggetto soltanto alla legge del Paese nel quale era stabilito. Tale applicazione riguardava innanzitutto i procedimenti di autorizzazione, che dovevano essere condotti davanti alle autorità del Paese di origine, non essendo possibile la richiesta di ulteriori titoli abilitativi da parte delle autorità del Paese di destinazione.

Ciò che rendeva integrale l'applicazione del principio era però la circostanza per la quale la legge del Paese di origine si imponeva non solo come condizione, ma anche e soprattutto come regola dell'intera attività del prestatore. Cioè, in relazione ad ogni aspetto della disciplina della propria attività il prestatore doveva avere come riferimento la legge del Paese di origine; una applicazione che, come si è avuto modo di vedere, non era avvenuta nel settore dei mercati finanziari ma aveva caratterizzato la fornitura di servizi relativi al commercio elettronico.

Ma mentre nelle due discipline prima analizzate l'applicazione era strettamente collegata alla natura stessa dei servizi, con la prima formulazione dell'art. 16 della

⁹⁰ Su questo punto soffermano in particolare la loro analisi GARABOL F. e FURET G., *Playdoyer pour le principe du Pays d'origine*, in *Revue du Marché Communautaire*, 2006, pp. 82 ss.

direttiva 2006/13 si procedeva per la prima volta ad una generalizzazione sostanziale del principio e della sua applicazione.

Una circostanza questa che imponeva, per la prima volta, anche una formulazione generale di tutti gli aspetti relativi appunti al principio del Paese di origine. Non a caso la stessa rubrica dell'articolo 16 prevedeva il riferimento al principio del Paese di origine, ed i paragrafi 1 e 2 stabilivano che <<1. Gli Stati membri provvedono affinché i prestatori di servizi siano soggetti esclusivamente alle disposizioni nazionali dello Stato membro d'origine applicabili all'ambito regolamentato. Il primo comma riguarda le disposizioni nazionali relative all'accesso ad un'attività di servizio e al suo esercizio, in particolare quelle che disciplinano il comportamento del prestatore, la qualità o il contenuto del servizio, la pubblicità, i contratti e la responsabilità del prestatore. 2. Lo Stato membro d'origine è responsabile del controllo dell'attività del prestatore e dei servizi che questi fornisce, anche qualora il prestatore fornisca servizi in un altro Stato membro>>.

I primi due paragrafi dell'art. 16 prevedevano dunque un'applicazione del principio a tutte le fasi della fornitura del servizio, che vanno dall'accesso, all'esercizio, alla pubblicità del servizio. A tali disposizioni veniva poi affiancata una

lista di restrizioni vietate⁹¹, in quanto potenzialmente lesive dell'applicazione dello stesso principio; l'introduzione di un divieto specifico rendeva di immediata evidenza la violazione degli obblighi e soprattutto la eventuale illegittimità comunitaria di determinate misure introdotte dagli Stati membri.

A tale disciplina seguiva poi un complesso di deroghe previste dal legislatore comunitario, contemplate dagli

⁹¹ Il paragrafo 3 dell'articolo 16 della proposta di direttiva presentata dalla Commissione prevedeva una lista completa e dettagliata di misure da considerare restrittive della libera circolazione dei servizi e dunque incompatibili col diritto comunitario; in particolare, <<Gli Stati membri non possono restringere, per motivi che dipendono dall'ambito regolamentato, la libera circolazione dei servizi forniti da un prestatore stabilito in un altro Stato membro, in particolare imponendo i requisiti seguenti:

- a) l'obbligo per il prestatore di essere stabilito sul loro territorio;
- b) l'obbligo per il prestatore di effettuare una dichiarazione o una notifica presso le autorità competenti o di ottenere la loro autorizzazione, compresa l'iscrizione in un registro o a un ordine professionale sul loro territorio;
- c) l'obbligo per il prestatore di disporre sul loro territorio di un recapito o di un rappresentante o di essere domiciliato presso una persona autorizzata;
- d) il divieto imposto al prestatore di dotarsi sul loro territorio di una determinata infrastruttura, inclusi uffici o uno studio, necessaria all'esecuzione delle prestazioni in questione;
- e) l'obbligo per il prestatore di rispettare i requisiti relativi all'esercizio di un'attività di servizi applicabili sul loro territorio;
- f) l'applicazione di un regime contrattuale particolare tra il prestatore e il destinatario che impedisca o limiti la prestazione di servizi a titolo indipendente;
- g) l'obbligo per il prestatore di essere in possesso di un documento di identità specifico per l'esercizio di un'attività di servizi rilasciato dalle autorità nazionali competenti;
- h) i requisiti relativi all'uso di attrezzature che fanno parte integrante della prestazione del servizio;
- i) le restrizioni alla libera circolazione dei servizi di cui all'articolo 20, all'articolo 23, paragrafo 1, primo comma e all'articolo 25, paragrafo 1.>>

articoli 17 e seguenti e distinte in deroghe generali al principio, deroghe transitorie e deroghe speciali.

In particolare, l'art. 18 prevedeva che le deroghe per casi individuali potessero comportare l'adozione di misure da parte dello Stato membro nei confronti di un prestatore stabilito in un altro Stato membro, alla sola condizione che tali deroghe fossero poste in essere per il soddisfacimento delle esigenze di: a) sicurezza dei servizi, compresi gli aspetti legati alla sanità pubblica; b) esercizio di una professione sanitaria; c) tutela dell'ordine pubblico, in particolare gli aspetti legati alla protezione dei minori. Inoltre ogni deroga doveva essere attuata nel rispetto della procedura di assistenza e nel rispetto di ulteriori condizioni, quali la tutela del destinatario, che ne giustificano l'adozione.

Tale applicazione integrale del principio del Paese d'origine, come detto, fu criticata e conseguentemente emendata da parte del Parlamento europeo⁹². Senza voler dare atto in questa sede delle polemiche politiche che derivarono sulla direttiva e rimanendo legati al profilo strettamente giuridico, va segnalato che il testo proposto dalla Commissione segnava una chiara opzione legislativa;

⁹² Un'analisi dettagliata degli emendamenti apportati dal Parlamento europeo alla proposta di direttiva è rinvenibile in G. BUCCI e L. PATRUNO (a cura di), *Gli emendamenti del Parlamento europeo alla 'direttiva Bolkestein': occorre che tutto cambi perché tutto resti "diseguale"*, disponibile sul sito www.costituzionalismo.it.

esso cioè implicava la scelta della rinuncia alla attuazione di normative comunitarie di armonizzazione minima, demandando invece alla legge del Paese di origine il compito di regolamentazione dei servizi inclusi nella direttiva. Il che dunque implicava, secondo peraltro quanto evidenziato dal Parlamento, una frammentazione della disciplina applicabile ad ogni singolo servizio ed in ogni singolo Stato membro; inoltre, si evidenziava, la stessa disciplina dei controlli sarebbe stata demandata interamente alle autorità del Paese di origine, essendo invece piuttosto deboli le politiche di coordinamento come previste dallo stessa direttiva.

Come già analizzato in precedenza, si ribadisce in questa sede che l'opzione per il principio del Paese di origine risulta la più consona agli obiettivi del diritto comunitario nella misura in cui lo stesso si applica in uno scenario di armonizzazione legislativa a livello comunitario. Partendo infatti da un regime di armonizzazione, il principio del Paese di origine sarebbe lo strumento migliore per i prestatori, al fine di operare in una dimensione comunitaria, ed al tempo stesso creerebbe un quadro di certezza giuridica per i destinatari delle prestazioni.

Vi sarebbe cioè un quadro di riferimento fissato a livello comunitario ed applicato da tutti gli Stati membri; di contro le deroghe allo stesso sarebbero possibili solo nel

rispetto delle esigenze che correttamente il legislatore comunitario ha individuato come in grado di giustificare limitazioni alla prestazione di servizi, ovvero ordine pubblico, sicurezza e sanità pubblica.

Laddove invece il principio del Paese di origine trovasse applicazione su una base normativa non armonizzata, si andrebbe incontro ad una frammentazione della disciplina a livello comunitario, dal momento che ogni Stato potrebbe introdurre proprie specifiche normative; sarebbe dunque di difficile conoscibilità per il destinatario del servizio la disciplina applicabile al servizio prestato in suo favore. Il rispetto del diritto nazionale sarebbe l'unica misura per la realizzazione del mercato interno; più correttamente invece, si ritiene che l'instaurazione di un mercato interno, basato sulla parità di trattamento tra operatori e tutela dei destinatari, si realizzi pienamente solo nella misura in cui, già a livello comunitario si prevedano norme minime comuni che fissino i parametri comuni per la prestazione dei diversi servizi a livello comunitario⁹³.

Proprio la mancanza di regole di armonizzazione minima fu alla base delle maggiori critiche nei confronti della

⁹³ Sui diversi profili e risvolti derivanti dall'applicazione del principio del Paese, si veda A. MALATESTA, *Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, pp.293-312.

proposta della Commissione; ne è derivata una revisione della proposta della Commissione che ha portato ad una revisione e rimozione del principio del Paese di origine con la introduzione della diversa clausole, definita dalla dottrina della “libera prestazione dei servizi”.

E’ stato pertanto mantenuto invariato l’impianto della disciplina, ovvero non sono state introdotte misure di armonizzazione, ma è stato modificato invece proprio il principio regolatore alla base della prestazione dei servizi a livello transfrontaliero. Nella formulazione definitiva, infatti, l’art. 16 paragrafo 1 della direttiva prevede che *<<Gli Stati membri rispettano il diritto dei prestatori di fornire un servizio in uno Stato membro diverso da quello in cui sono stabiliti. Lo Stato membro in cui il servizio viene prestato assicura il libero accesso a un’attività di servizi e il libero esercizio della medesima sul proprio territorio. Gli Stati membri non possono subordinare l’accesso a un’attività di servizi o l’esercizio della medesima sul proprio territorio a requisiti che non rispettino i seguenti principi: a) non discriminazione: i requisiti non possono essere direttamente o indirettamente discriminatori sulla base della nazionalità o, nel caso di persone giuridiche, della sede; b) necessità: i requisiti devono essere giustificati da ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela dell’ambiente; c) proporzionalità: i*

requisiti sono tali da garantire il raggiungimento dell'obiettivo perseguito e non vanno al di là di quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo>>.

Ne deriva pertanto che non vi è una chiara affermazione di quale debba essere considerata la legge applicabile al prestatore; vengono stabiliti però i requisiti al ricorrere dei quali sarà possibile per i Paesi di destinazione del servizio applicare misure limitative nei confronti del prestatore.

Il secondo paragrafo dell'articolo 16 non prevede quindi l'affermazione della competenza del Paese di origine ma nella formulazione fa riferimento alle misure vietate che il destinatario del servizio non potrà introdurre. In questo elenco è dunque possibile riscontrare il recepimento della giurisprudenza della Corte di Giustizia, dal momento che le misure vietate sono proprio quelle in materia di necessario stabilimento del prestatore, richiesta di autorizzazioni aggiuntive, necessità di documenti di identità.

Tutte misure che la su descritta giurisprudenza della Corte di Giustizia ha ripetutamente considerato come restrittive della libera circolazione dei servizi e pertanto incompatibili con il diritto comunitario. Nella versione definitiva invece le motivazioni alla base delle limitazioni richieste dallo Stato di destinazione riprendono quanto già

previsto dalla formulazione iniziale, ovvero, il necessario soddisfacimento di esigenze di << *di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o tutela dell'ambiente*>>, con l'ulteriore possibilità di introduzione di misure che siano adottate per il soddisfacimento delle <<*norme in materia di condizioni di occupazione, comprese le norme che figurano negli accordi collettivi*>>.

Ne è derivato pertanto un quadro normativo in parte più chiaro e meno sbilanciato a favore di un'introduzione integrale del principio. In particolare, come detto, la norma non definisce la norma applicabile, ma si occupa di fissare le condizioni nel rispetto delle quali i servizi transfrontalieri potranno essere prestati.

Ma ciò che più rileva, ed in questo consiste la base della riflessione che seguirà in merito alla disciplina comunitaria delle trasmissioni televisive, è la circostanza per la quale l'art. 16 fa riferimento non tanto a restrizioni che il Paese di destinazione non dovrà imporre, bensì fa riferimento alla nozione di requisiti.

Ciò implica che non tanto le misure restrittive, sia distintamente che indistintamente applicabili, attuate dallo Stato di destinazione saranno da considerarsi vietate, bensì tutte le regole che possano avere effetti discriminatori, che non siano necessari o che non siano proporzionali.

Dunque, non si procede ad un recepimento complessivo delle norme del Paese di origine ed una esclusività del controllo dell'attività demandata allo stesso Paese di origine, come previsto dalla iniziale proposta della Commissione; la clausola della libera prestazione dei servizi comporta una accettazione della legge del Paese di origine e la garanzia del libero accesso dei prestatori non stabiliti; a tale accettazione potrà seguire da parte delle autorità dello Stato di destinazione la previsione di requisiti (e non di restrizioni), ma solo nel rispetto di determinate condizioni. Le restrizioni applicabili al prestatore non stabilito, invece, dovranno essere sottoposte ad un test di compatibilità, finalizzato alla verifica del soddisfacimento delle già citate esigenze di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o tutela dell'ambiente.

Il quadro complessivo che ne deriva, pertanto, è quello di una declinazione del principio del Paese di origine che differisce da una integrale applicazione dello stesso⁹⁴; non si riconoscono infatti il potere di controllo sulla

⁹⁴ Su questo punto, esaustivamente, si soffermano, A. PRETO, *La direttiva 2006/123/CE: dal principio del Paese di origine alla libera prestazione dei servizi*, in *Contratto e impresa Europa*, 2007, 886 ss. e M. MIRANDA, *Dal principio del Paese di origine alla clausola <<libera prestazione dei servizi>>, l'art. 16 della direttiva servizi. Quali novità per la libera circolazione dei servizi nel mercato interno?*, in *Contratto e impresa Europa*, 2007, pp. 918 e ss..

legislazione del Paese di origine e le attività di verifica di compatibilità tra la legge del Paese di origine e la propria normativa che possono essere esercitate dal Paese di destinazione. Nell'applicazione della clausola della libera prestazione dei servizi, infatti, tale attività di controllo non sarà possibile.

4. Conclusioni

Nel presente capitolo è stata dunque delineata la disciplina generale in materia di libera prestazione di servizi e ci si è soffermati sulla graduale applicazione delle norme dei Trattati e dell'interpretazione che delle stesse ha fornito la Corte di Giustizia.

Questa ricostruzione ha permesso di cogliere la portata innovativa degli interventi giurisprudenziali e la capacità che questi hanno avuto di influenzare lo stesso legislatore comunitario. In tal modo, infatti, si è riusciti a portare la disciplina in materia di libera prestazione dei servizi fuori dalle imposizioni e limiti fatti valere dagli Stati membri, riconoscendo invece i valori di diretta applicabilità alle rilevanti norme dei Trattati, nonché sanzionando più volte le condotte degli Stati membri lesive di tali principi.

Un'attività ermeneutica che ha anche posto i limiti ai poteri degli Stati tipizzando le misure vietate e dando risvolti

concreti alle deroghe consentite dagli articoli 55 del TCE. In tale quadro si è visto come il principio del Paese di origine ha rappresentato una norma non solo di conflitto, ma altresì di vera e propria regolamentazione del mercato dei servizi. E' stato cioè individuato come la più immediata conseguenza per l'attuazione delle affermazioni giurisprudenziali in materia di mercato dei servizi.

Si è visto peraltro come lo stesso principio abbia poi di fatto assunto nel diritto derivato diverse formulazioni. Una prima formulazione ne prevede una integrale applicazione nella fase del rilascio di autorizzazione e di avvio delle attività di fornitura dei servizi; in questa fase cioè le uniche autorità competenti saranno quelle del Paese di origine mentre nessun adempimento o autorizzazione ulteriore potrà essere richiesta dal Paese di destinazione. A questo, invece, saranno riconosciuti poteri di controllo in relazione allo svolgimento dell'attività ed alcuni suoi aspetti precipui, tra i quali ad esempio le attività svolte dalle succursali, come nel caso della direttiva MiFid. Tale attività di controllo dovrà però sempre basarsi sulle limitazioni imposte dal diritto comunitario, sulle norme della direttiva del caso e su un'attività di coordinamento e cooperazione tra le autorità dei due Stati membri.

Una seconda declinazione del principio del Paese di origine, che più si avvicina all'applicazione integrale dello stesso, consiste nella sua affermazione, ma sulla base del necessario riconoscimento delle esigenze di tutela dei destinatari del servizio stabiliti in un altro Stato membro. E' una forma di applicazione che si è avuta in particolare in relazione a quei servizi che per loro natura assumono un carattere transfrontaliero, quali ad esempio i servizi relativi al commercio elettronico.

In tali ipotesi, dunque, la disciplina comunitaria garantisce una forma di armonizzazione complessiva del settore, ponendo poi l'attività di autorizzazione e di controllo a carico del Paese di origine; al Paese di destinazione residuano poteri di intervento sussidiario a quello del Paese di origine, ovvero poteri che si potranno esplicare solo nella misura in cui il Paese di origine, avvertito, non sia intervenuto. Inoltre tali poteri possono essere limitati alla tutela di esigenze specifiche, quali ad esempio nel caso della direttiva sul commercio elettronico, la tutela dei consumatori.

A queste due declinazioni si sono poi affiancate il tentativo di applicazione integrale dello stesso principio, che ha caratterizzato la proposta della Commissione in merito alla direttiva 2006/123; un'applicazione che conferisce al

Paese di origine tutti i poteri in materia di disciplina dei servizi e che dunque pone lo stesso principio non solo come una norma di conflitto, ma anche come principio regolatore dell'attività del prestatore.

I poteri che residuano in capo al Paese di destinazione sono minimi e collegati al soddisfacimento delle esigenze di ordine pubblico, sanità e sicurezza pubblica. Un'applicazione che è stata profondamente avversata sul piano politico e che, su un piano strettamente giuridico potrebbe creare situazioni di disomogeneità, laddove non sia accompagnata da misure di armonizzazione.

Diversa è invece la formulazione nel caso della cosiddetta clausola della “libera prestazione dei servizi”; questa rappresenta una formulazione che si pone gli stessi obiettivi dell'applicazione del principio del Paese di origine. Tale clausola però impone innanzitutto il divieto di restrizioni alla libera circolazione dei servizi, il che potrebbe comportare, in assenza di misure di armonizzazione un margine più ampio in favore degli Stati di destinazione.

Questa rassegna dimostra dunque come il principio del Paese di origine si sia affermato, dapprima mediante l'interpretazione della Corte di Giustizia, successivamente grazie al diritto materiale, come principio alla base della libera prestazione dei servizi. Si è ritenuto, cioè, che dalla sua

applicazione debba passare l'affermazione del mercato interno dei servizi. Ciononostante le applicazioni concrete dello stesso danno luogo a profili problematici, che involgono i profili di chiarezza della normativa, problematiche politiche, profili relativi alla concorrenza tra gli operatori.

L'analisi qui effettuata va dunque trasposta sul piano della fornitura di trasmissioni televisive in una dimensione transfrontaliera. Come si è cercato di dimostrare, le trasmissioni televisive e con esse la creazione del cosiddetto spazio audiovisivo europeo rappresentano per la loro stessa natura e dimensione transfrontaliera una delle esplicazioni a livello comunitario della libertà di manifestazione del pensiero. Il principio del Paese di origine è di certo lo strumento normativo che consente il dispiegamento, anche mediante l'esercizio dell'attività di trasmissione televisiva, della libertà di comunicazione a livello comunitario.

Va dunque analizzato adesso come il legislatore comunitario ha cercato di perseguire tale obiettivo e soprattutto se l'applicazione che del principio del Paese di origine si è compiuta nella recente Direttiva sui Servizi Media Audiovisivi rappresenti lo strumento effettivo per l'affermazione ed il raggiungimento di tale obiettivo.

CAPITOLO III

TRASMISSIONI TELEVISIVE, PRINCIPIO DEL

PAESE DI ORIGINE E LIBERTA' DI

MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO NELLA

NUOVA DIRETTIVA SUI SERVIZI MEDIA

AUDIOVISIVI

1.	Introduzione
2.	La regolamentazione delle trasmissioni televisive a livello comunitario nella Direttiva 89/552
3.	La Direttiva 97/36 e l'applicazione del principio del Paese di origine
4.	La giurisprudenza in materia di trasmissioni televisive transfrontaliere, misure più particolareggiate e loro aggiramento
5.	La Direttiva Servizi Media Audiovisivi e la libertà di trasmissione
6.	Il problematico superamento del principio del Paese d'origine nell'articolo 3 della Direttiva AVMS

1. Introduzione

L'analisi condotta nei precedenti capitoli ha consentito di giungere ad alcune prime fondamentali conclusioni relative al rapporto tra trasmissioni televisive e

libertà di prestazione di servizi transfrontalieri a livello comunitario⁹⁵.

Attraverso la ricostruzione del rilevante quadro normativo comunitario, della giurisprudenza della Corte di Giustizia, nonché del contributo di testi normativi quali la Convenzione sulla Televisione transfrontaliera⁹⁶, si è cercato di mettere in luce l'aspetto caratterizzante la qualificazione delle trasmissioni televisive nel diritto comunitario. Si è infatti visto come l'attività di trasmissione televisiva a livello transfrontaliero e comunitario venga ormai ad essere

⁹⁵ Si veda in particolare l'ultimo paragrafo del Capitolo I, relativo al collegamento tra trasmissioni televisive e libertà di manifestazione del pensiero.

⁹⁶ Per una analisi della Convenzione si rinvia a G. CAGGIANO, *La Convenzione Europea sulla Televisione transfrontaliera*, in *La Comunità internazionale*, 1989, pp. 684 – 696; M. CAVALLI, *La Convenzione Europea sulla Televisione transfrontaliera (Strasburgo 5 maggio 1989)*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1992, pp. 1168-1177. In particolare il Caggiano evidenzia la circostanza per la quale la Risoluzione delle Nazioni Unite del n. 37192 del 1982, che, in uno scenario politico totalmente diverso vedeva i Paesi occidentali esprimere voto contrario alla circolazione delle trasmissioni televisive come esplicazione del libero flusso dell'informazione. Alla luce infatti dell' esistenza dell'allora blocco sovietico, i Paesi occidentali si opposero alla richiesta dei Paesi comunisti preferendo affermare il principio della responsabilità dello stato per l'attività dei radiodiffusori sottoposti alla sua giurisdizione ma soprattutto della necessità di un accordo preventivo tra Stato di destinazione e Stato di ricezione. In questo scenario la Convenzione rappresentava quindi un primo tentativo di armonizzazione a livello regionale e di affermazione della libertà di informazione.

considerata non solo come una mera prestazione di servizi ma come un'attività la quale si fa portatrice di nuove e più profonde istanze.

La diffusione di nuove tecnologie (in particolare cavo e satellite) mette ormai a disposizione degli operatori risorse tecnologiche pressoché illimitate⁹⁷, sia nella disponibilità di e nell'accesso alle stesse, sia nella pluralità di messaggi e contenuti che la stessa trasmissione può contenere. Ne deriva che in tale mutato scenario l'esercizio dell'attività di trasmissione televisiva a livello comunitario rappresenta l'esercizio di un'attività che assume un doppio rilievo e cioè non solo quello della prestazione di servizi ma anche il profilo dell'attività attraverso la quale la libertà di manifestazione e diffusione del pensiero può, nei suoi molteplici aspetti, dispiegarsi in una dimensione comunitaria⁹⁸.

Al fianco di tali conclusioni si è altresì visto come, sia la normativa comunitaria che la giurisprudenza della Corte

⁹⁷ Per un'analisi economica del mercato televisivo ed in particolare sulla diffusione ed illimitatezza delle risorse disponibili per l'esercizio dell'attività televisiva, cfr. A. CASTALDO, S. DA EMPOLI e A. NICITA (a cura di), *La tripla convergenza - Innovazione, regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, 2008, Roma.

⁹⁸ Per un'analisi ricostruttiva sui rapporti tra legislazione interna e comunitaria, attività di trasmissione televisiva e libertà di manifestazione del pensiero, si veda in particolare G. SANTANIELLO, *Le linee di sviluppo della legislazione nel secolo XX*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997, pp.719ss. .

di Giustizia, hanno creato una serie di strumenti normativi volti a rendere effettiva la libera prestazione di servizi a livello comunitario. Tra questi, in particolare, si è notato come il principio del Paese di origine⁹⁹, in un contesto normativo definito ed in un quadro di armonizzazione minima, sia stato individuato come il principio che più di ogni altro è in grado di rendere effettive le previsioni dei Trattati istitutivi, ovvero di rimuovere tutti gli ostacoli alla libera prestazione dei servizi.

Il presente capitolo rappresenterà dunque il momento di sintesi tra quanto visto nella prima parte e quanto invece analizzato nella seconda parte del presente lavoro. Si condurrà una prima analisi sulle più risalenti regolamentazioni comunitarie dell'attività radiotelevisiva (ovvero la Direttiva 89/552 Televisione senza Frontiere e la successiva Direttiva 97/36 di modifica) per poi passare all'analisi della recentissima direttiva 65/2007 nella parte in cui prevede proprio la regolamentazione della circolazione a livello comunitario delle trasmissioni televisive.

Date dunque le esigenze evidenziate nella prima parte e caratterizzanti l'intrinseca natura dell'attività di trasmissione televisiva, ed al tempo stesso dati gli strumenti

⁹⁹ Si rinvia alla trattazione della materia del principio del Paese di origine affrontata nel Capitolo II del presente lavoro ed alla relativa analisi comparativa, nonché alla bibliografia ivi citata.

di cui il diritto comunitario dispone, dovrà valutarsi se l'attuale regolamentazione è di per sé in grado di soddisfare le esigenze suddette.

Un'analisi che dunque mostrerà numerosi risvolti problematici nell'incrocio tra libera prestazione dei servizi, manifestazione del pensiero e loro compiuta realizzazione.

2. La regolamentazione delle trasmissioni televisive a livello comunitario nella direttiva 89/552

Come accennato la prima normativa introdotta a livello comunitario in materia di regolamentazione dell'attività di trasmissione televisiva fu la direttiva 89/552/CE, meglio nota come Direttiva "Televisione senza Frontiere"¹⁰⁰. Questa prima regolamentazione fu introdotta in un contesto che per la prima volta riconosceva la rilevanza economica del settore ed al tempo stesso la sua capacità di essere strumento e mezzo per la diffusione di una dimensione culturale e europea

¹⁰⁰ Si tratta della Direttiva del Parlamento e del Consiglio 89/552/CE emanata il 3 ottobre 1989, con obbligo di attuazione da parte degli Stati membri entro due anni. Per una prima generale e fondamentale bibliografia in materia si rinvia a R. MASTROIANNI, *Il diritto comunitario(...)*, cit.; F. ROLLA, *La disciplina comunitaria dei servizi televisivi*, cit.; A. TIZZANO, *La Direttiva CEE sulla <<televisione senza frontiere>>*, cit.; ed in dottrina straniera, su tutti, J.D. DONALDSON, *"Television Without Frontiers"*, cit.; R. WALLACE e D. GOLDBERG, *The EEC Directive on Television Broadcasting*, cit. .

e, come su evidenziato, per la circolazione ed affermazione di un diritto comunitario alla manifestazione e diffusione del pensiero¹⁰¹.

Già dalla prima adozione della direttiva non poche però furono le difficoltà nell'individuazione della base giuridica legittimante un intervento dell'allora Comunità economica europea in questa materia. In particolare, si pose il problema per il legislatore comunitario di inquadrare la disciplina *de quo* all'interno del sistema delle competenze previste dai Trattati allora vigenti¹⁰²; in tal senso, infatti la disciplina delle trasmissioni televisive a livello comunitario si è presentata come una delle più importanti forme di espansione delle stesse competenze della Comunità al di là

¹⁰¹ E' lo stesso testo della direttiva a prevedere al considerando 8 che <<questo diritto riconosciuto alla diffusione e distribuzione di servizi di televisione rappresenta anche una specifica manifestazione, nel diritto comunitario, del principio più generale della libertà di espressione qual è sancito dall'articolo 10, paragrafo 1 della « Convenzione sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali » ratificata da tutti gli Stati membri e che, 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 dall'articolo 56, paragrafo 1 del trattato>>, seppur la centralità di tale obiettivo sembra essere sfumata ed inserita tra gli altri obiettivi tra i quali quello della garanzia della libera prestazione di servizi e della garanzia di un mercato concorrenziale.

¹⁰² La base giuridica nel testo della direttiva fu individuata negli articoli 66 (ora 55) TCE e 57 (ora 47) TCE, norme relative alla libera prestazione dei servizi a livello comunitario.

delle rigorose previsioni dei Trattati. Essa ha consentito un aggiornamento ed adeguamento della normativa comunitaria alla realtà economica e sociale che caratterizza la stessa Unione europea.

In primo luogo, infatti, come si è avuto modo di evidenziare già nel Capitolo I, il legislatore comunitario utilizzò il nutrito insieme di pronunce della Corte di Giustizia arrivate nel corso dei precedenti quindici anni. La sentenza *Sacchi*, insieme con la sentenza *Debauve*, la sentenza *Bond van Adverteesers* e la sentenza *TV10* delineavano un percorso¹⁰³, in grado di fissare una serie di principi ai quali il legislatore comunitario si sarebbe ispirato.

Ma soprattutto, le acquisizioni giurisprudenziali compiute¹⁰⁴, andavano di fatto a costituire il supporto giurisprudenziale legittimante l'intervento del legislatore comunitario nel settore delle trasmissioni televisive; tutti

¹⁰³ Tale percorso fu senz'altro coadiuvato e la sua attuazione supportata dall'intervento della Commissione con il Libro Bianco del 1984.

¹⁰⁴ Si ricordino tra queste in particolare l'inquadramento dell'attività di trasmissione transfrontaliera tra le prestazioni di servizi (sentenza *Sacchi*); l'indifferenza della circostanza che la stessa sia effettuata in maniera diretta o mediante ritrasmissione ai fini della sua qualificazione come servizio rilevante ai fini del Trattato (sentenza *Bond Van Adverteesers*) ; che anche nell'ipotesi in cui non si instauri un rapporto giuridico diretto tra utente ed emittente, si tratterà comunque di un servizio rilevante per il diritto comunitario (sentenza *Debauve*); che la qualificazione di una trasmissione come transfrontaliera deve passare attraverso la sua origine in uno Stato e ricezione in un altro (sentenza *TV10*).

elementi che la Commissione fece propri per poi elaborarli nella Direttiva 89/552. Una direttiva la cui approvazione fu comunque oggetto di numerose contrapposizioni tra gli Stati membri e relativi sia all'impianto generale che a specifici aspetti della disciplina¹⁰⁵.

Ciò va innanzitutto analizzato in questa sede, però, è la disciplina predisposta dal legislatore comunitario proprio al fine di consentire la circolazione delle trasmissioni televisive. E' proprio questo aspetto della normativa che rappresenta il punto centrale di questo lavoro e cioè l'analisi della disciplina comunitaria e soprattutto la sua sufficienza alla garanzia di piena esplicazione del diritto alla diffusione e manifestazione del pensiero, con il contestuale riconoscimento dunque di una dimensione pienamente comunitaria dello stesso diritto.

Di certo, va evidenziato come la direttiva Televisione senza Frontiere sia intervenuta attraverso un sostanziale

¹⁰⁵ Si veda quanto già esposto in relazione al discusso obbligo di trasmissione ed investimento in opere europee ed all'opposizione alla stessa disciplina avanzata da Paesi quali Danimarca e Regno Unito. O si veda ancora il dibattito che si ebbe in Germania e relativo al riparto di competenza in materia di politiche culturali tra Comunità e Stati membri; su quest'ultimo aspetto un'interessante ricostruzione si ha in M. HERDEGEN, *After The Tv Judgment Of The German Constitutional Court: Decision-Making Within The Eu Council And The German Lander*, in *Common Market Law Review*, 1995, pp. 1369 – 1384 e L. PIAZZA, *Televisione e attività culturali tra competenza comunitaria e degli stati membri: il caso della Germania*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1998, pp. 463 e ss. .

processo di sistematizzazione ed armonizzazione della normativa in materia. Il testo della direttiva conteneva infatti una serie di misure in grado di creare una normativa di base applicabile a tutte le emittenti operanti nei diversi Stati membri¹⁰⁶.

Tra questi, alcuni obblighi in particolare si presentavano come particolarmente specifici e dettagliati. Primi fra tutti gli obblighi relativi alla promozione della distribuzione e della produzione di programmi televisivi europei, che fissavano in capo alle emittenti l'obbligo di riservare alle opere europee la <<*maggior parte del loro tempo*

¹⁰⁶ Sui contrasti che caratterizzeranno l'adozione della direttiva nonché sul valore di armonizzazione della Direttiva si rinvia ancora una volta a A. TIZZANO, *La Direttiva CEE sulla Televisione senza Frontiere*, cit., il quale evidenzia che << In realtà, raramente un atto comunitario ha suscitato, dentro e fuori l'Europa dei <12>, un interesse così vivo, un dibattito così acceso, reazioni così contrastanti e raramente un atto comunitario ha vissuto vicende così alterne, fasi di così forte incertezza ed è stato fino all'ultimo vicino al fallimento come la direttiva che qui si considera>>, mentre in relazione alla portata di armonizzazione del testo normativo, l'A. afferma che <<è ben vero che la direttiva si limita ad enunciare le misure minime necessarie ad assicurare la libera circolazione dei programmi televisivi ed evitare alcune distorsioni della concorrenza. Essa non si propone di armonizzare le politiche nazionali dei media e tantomeno le politiche culturali; essa non incide sulla struttura del finanziamento e in genere sull'organizzazione delle emittenti televisive, né sui contenuti e sulla struttura dei loro programmi>>.

di trasmissione>>¹⁰⁷. Una disposizione contenente un obbligo già di per sé sufficientemente cogente e vincolante per le stesse emittenti, più che per gli Stati membri investiti più che altro da un obbligo di vigilanza sull'attuazione ed il rispetto delle misure della direttiva. A ciò si aggiunga la definizione di opere europee, dettagliatamente prevista nell'art. 6 e che è stato, di fatto, integralmente trasposto nelle normative nazionali.

E si veda inoltre la previsione dell'art. 5 in merito agli obblighi di investimento in opere europee realizzate da produttori indipendenti europei, che impone alle emittenti di destinare a tali opere almeno il 10% del loro tempo di trasmissione - escluso il tempo dedicato a notiziari,

¹⁰⁷ Si è già analizzata nel Capitolo I l'origine e la *ratio* della disposizione e soprattutto la sua natura molto discussa, tanto da portare anche al voto contrario di alcuni Stati membri, almeno inizialmente. Si rimanda in tal senso alla ricostruzione ed alla dottrina ivi citata. Il testo della direttiva 89/552 prevedeva che: <<*Articolo 4 - 1. Gli Stati membri vigilano, ogniquale volta sia possibile e ricorrendo ai mezzi appropriati, che le emittenti televisive riservino ad opere europee ai sensi dell'articolo 6 la maggior parte del loro tempo di trasmissione escluso il tempo dedicato a notiziari, manifestazioni sportive, giochi televisivi, pubblicità o servizi di teletext. Tenuto conto delle responsabilità dell'emittente televisiva verso il suo pubblico in fatto di informazione, educazione, cultura e svago, questa proporzione dovrà essere raggiunta gradualmente secondo criteri appropriati. 2. Qualora non possa essere raggiunta la proporzione definita al paragrafo 1, la proporzione effettiva non dovrà essere inferiore a quella constatata in media nel 1988 nello Stato membro in questione*>>.

manifestazioni sportive, giochi televisivi, pubblicità o servizi di teletext - oppure, a scelta dello Stato membro, il 10 % almeno del loro bilancio destinato alla programmazione; un'altra disposizione il cui portato impositivo è chiaramente individuabile.

Altrettanto dettagliate sono poi le disposizioni in materia di pubblicità e sponsorizzazioni¹⁰⁸, che previste dall'intero Capo IV della direttiva contengono in maniera precisa tutti gli obblighi in materia. Sono pertanto previste tutte le norme in materia di interruzioni pubblicitarie e modalità di interruzione di opere cinematografiche e di film realizzati per la televisione (eccettuate le serie, i romanzi, i programmi ricreativi ed i documentari) trasmessi in tv, che potranno essere interrotti una volta per periodo completo di 45 minuti, allorquando la loro durata sia superiore ai 45 minuti.

Ed ancora le ulteriori disposizioni relative alle modalità di interruzione di trasmissione diverse da quelle sopra menzionate, in relazione alle quali devono in genere trascorrere almeno 20 minuti tra ogni successiva interruzione al loro interno.

¹⁰⁸ Sul punto cfr. G. STROZZI e R. MASTROIANNI, *La disciplina comunitaria delle trasmissioni*, cit. , i quali evidenziano in particolare gli aspetti relativi al recepimento della direttiva in Italia ed all'abbassamento del tetto di affollamento orario di pubblicità consentito dalla legge 223/90.

Infine la direttiva contiene specifici divieti di interruzione pubblicitaria durante la trasmissione di uffici religiosi, mentre i telegiornali e le rubriche di attualità, i documentari, le trasmissioni religiose e quelle per i bambini, di durata programmata inferiore a 30 minuti, non possono essere interrotte dalla pubblicità, o i divieti di qualsiasi forma di pubblicità televisiva delle sigarette e degli altri prodotti del tabacco (art. 13) o dei medicinali e delle cure mediche disponibili unicamente con ricetta medica nello Stato membro alla cui giurisdizione è soggetta l'emittente televisiva (art. 14).

A tali disposizioni poi il legislatore affiancava un insieme di disposizioni contenenti specifici obblighi e divieti di “contenuto” e di modalità della pubblicità e delle sponsorizzazioni.

Ed infine, il legislatore comunitario si preoccupò di inserire anche le previsioni relative al c.d. affollamento pubblicitario, ovvero la quantità di pubblicità, che poteva rappresentare al massimo il 15 % del tempo di trasmissione quotidiano ed al massimo il 20% per un'ora di trasmissione.

A questo insieme di norme il legislatore comunitario affiancava poi i principi a tutela dei minori ed in materia di diritto di rettifica.

Tale rassegna delle disposizioni contenute nel testo iniziale della direttiva Televisione senza Frontiere rende chiaro il quadro regolamentare sul quale la disciplina relativa alla circolazione e prestazione a livello comunitario si andava ad innestare. Può ragionevolmente sostenersi, e sul punto vi è un generalizzato conforto della dottrina¹⁰⁹, che la Direttiva 89/552 rappresenti una normativa di armonizzazione e che preveda in alcune sue disposizioni norme c.d. *self executing*, il cui contenuto è cioè chiaramente individuabile e prescrittivo. L'esistenza di questa base normativa di armonizzazione è dunque elemento da considerare in via preliminare alla valutazione appunto della applicazione del principio del Paese di origine come compiuta dal legislatore comunitario. Come già affermato, infatti, a parere di chi scrive è proprio in relazione ad un settore che si presenti come armonizzato o coordinato già nella normativa comunitaria che meglio il principio del Paese di origine è in grado di esplicitare la sua portata.

¹⁰⁹ Evidenziano il valore di armonizzazione ed uniformazione della Direttiva G. DI PLINIO, *Direttiva televisione senza frontiere: ultimo atto per Italia e Lussemburgo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, pp. 1935 e ss.; A. LAMBERTI, *L'informazione televisiva tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 1997, 233 ss.; mentre evidenziano la natura di "coordinamento minimale" della Direttiva R. MASTROIANNI, *Il diritto comunitario*, cit., e A. TIZZANO, *La Direttiva CEE sulla Televisione senza Frontiere*, cit. .

Laddove infatti il legislatore comunitario introduce un insieme di misure minime comunque di immediata individuazione e cogenza, l'applicazione del principio del Paese di origine consente un'effettiva circolazione dei servizi, evitando al tempo stesso quelle dinamiche di c.d. dumping sociale¹¹⁰ o normativo che condurrebbero ai fenomeni di fuga verso gli Stati membri con regolamentazioni meno vincolanti.

A ciò peraltro si aggiunga la già citata peculiarità dell'attività di trasmissione televisiva e la stessa qualificazione che il legislatore comunitario ne dà in termini non di mero servizio. Al riguardo basterà infatti citare i già ricordati considerando della direttiva 89/552 ed i contestuali richiami effettuati alla CEDU ed alla riconducibilità delle stesse trasmissioni televisive nell'alveo dell'esercizio di cui all'art. 10 della stessa Carta.

Tutto ciò dunque porterebbe l'interprete a ritenere che la normativa comunitaria in materia di trasmissione televisiva debba prevedere una piena applicazione del principio del Paese di origine, stanti inoltre le già esposte misure la cui individuazione è come detta rapida ed immediata.

¹¹⁰ In relazione a questi profili, cfr. R. CAFARI PANICO, *La liberalizzazione dei servizi*, cit..

La prima versione della direttiva 89/552¹¹¹ prevedeva già nei primi considerando alcune importanti affermazioni relative al regime legislativo applicabile alle trasmissioni televisive, ed in particolare constatava che *<<le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri applicabili all'esercizio di emissioni televisive e di distribuzione via cavo presentano disparità di cui alcune possono ostacolare la libera circolazione delle trasmissioni nella Comunità e falsare il libero svolgimento della concorrenza all'interno del mercato comune>>* e dunque considerava a tal fine *<< necessario e sufficiente che tutte le trasmissioni rispettino la legislazione dello Stato membro da cui sono emesse>>* e che *<< tutte le trasmissioni aventi la loro origine nella Comunità e che devono essere captate nella medesima, in particolare quelle destinate ad un altro Stato membro, rispettino sia le normative che lo Stato membro d'origine applica alle trasmissioni per il pubblico nel suo territorio sia le disposizioni della presente direttiva>>*.

Ne derivava pertanto *<<che l'obbligo dello Stato membro di origine di controllare la conformità delle trasmissioni alle sue normative nazionali coordinate dalla presente direttiva è sufficiente, in base alla legislazione comunitaria, per assicurare*

¹¹¹ Per un'analisi del testo della direttiva e degli obblighi introdotto dalla stessa si veda R. MASTROIANNI, *La direttiva comunitaria "televisione senza frontiere"*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1990, pp.170 e ss. .

la libera circolazione delle trasmissioni senza che si debba procedere, per gli stessi motivi, ad un secondo controllo negli Stati membri di ricezione>>.

Non sfugge nell'analisi di questi considerando come l'impostazione adottata dal legislatore sembri ancora risentire di una matrice funzionalista ed economicista, salvo essere lo stesso legislatore a prevedere in maniera chiara quanto in via interpretativa e sistematica può essere desunto, e cioè che *<<diritto riconosciuto alla diffusione e distribuzione di servizi di televisione rappresenta anche una specifica manifestazione, nel diritto comunitario, del principio più generale della libertà di espressione qual è sancito dall'articolo 10, paragrafo 1 della Convenzione sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ratificata da tutti gli Stati membri e che, 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 dall'articolo 56, paragrafo 1 del trattato>>.*

E' dunque lo stesso legislatore comunitario ad attribuire all'attività di trasmissione televisiva un valore ulteriore rispetto a quello di mero servizio, considerando la

stessa una specifica manifestazione del diritto alla libertà di espressione.

A tal fine è dunque il legislatore a fissare i principi alla base della circolazione delle trasmissioni televisive, rinvenibili negli articoli 2 e 3 della direttiva.

In particolare, la prima versione della direttiva 89/552 prevedeva un'applicazione pressoché integrale del principio del Paese di origine; l'art. 2 al paragrafo 2 imponeva agli Stati membri un doppio obbligo negativo, ovvero quello di garantire la libertà di ricezione delle trasmissioni televisive nel proprio territorio e contemporaneamente non ostacolare la ritrasmissione sul proprio territorio di trasmissioni televisive provenienti da altri Stati membri.

In capo agli stessi Stati membri residuava soltanto un potere di sospensione temporanea della ritrasmissione di trasmissioni sul proprio territorio a condizioni ben precise e rigorose. Giova evidenziare come tutte le condizioni elencate dalle lettere da (a) a (d) del paragrafo 2 dell'articolo 2 dovessero necessariamente e contemporaneamente essere soddisfatte affinché la restrizione della ritrasmissione potesse essere effettuata dallo Stato di ricezione.

Solo in poche fattispecie dunque tale diritto era esercitabile ovvero nell'ipotesi in cui una trasmissione

televisiva proveniente da un altro Stato membro avesse violato in misura <<*manifesta, seria e grave l'articolo 22*>>, (ovvero il complesso di norme ed obblighi imposti a tutela dei minori ed il divieto di qualunque trasmissione che possa nuocere al loro sviluppo) e contemporaneamente e nel corso dei dodici mesi precedenti l'emittente avesse violato almeno due volte la stessa disposizione; qualora tale circostanza fosse stata notificata per iscritto all'emittente televisiva e alla Commissione, insieme con l'intenzione di limitare la ritrasmissione ove detta violazione si verificasse nuovamente; e da ultimo qualora le consultazioni con lo Stato che effettuava la trasmissione e la Commissione non avessero consentito di raggiungere una composizione amichevole entro un termine di 15 giorni dalla notifica e ove fosse stato constatato il ripetersi della violazione.

Come evidenziato, l'applicazione che si faceva del principio del Paese di origine era pressoché integrale; l'unica limitazione possibile infatti era relativa alla violazione di una specifica e particolare norma a tutela dei minori¹¹²; ed ancorché tale norma fosse stata violata, la limitazione del principio del Paese di origine doveva passare attraverso le

¹¹² Per una ricostruzione sul tema, cfr. tra gli altri L. VASSELLI, *Tv e minori, quale tutela?*, in A. FRIGNANI, E. PODDIGHE, V. ZENOVICH, *La Televisione digitale: temi e problemi*, Milano, 1997, pp. 219 ss. .

“strette” di molteplici condizioni, tra le quali anche quella relativa alla preventiva comunicazione della circostanza allo Stato membro competente.

Ne risultava dunque una costruzione che si poneva in linea, anzi forse applicava in maniera ancora più rigorosa l'art. 10 CEDU e le limitazioni in esso contenute. Quello della violazione della norma a tutela dei minori era infatti l'unico motivo possibile di limitazione, che si andava ad affiancare a quanto previsto dai Trattati agli art. 55 e seguenti.

Il risultato normativo era quello di una direttiva di armonizzazione che regolamentava un settore garantendo ampia libertà agli operatori di prestare i servizi di trasmissione televisiva; su questa base poi il principio del Paese di origine veniva considerato come lo strumento in grado di meglio favorire la stessa circolazione delle trasmissioni.

3. La direttiva 97/36 e l'applicazione del principio del Paese di origine

L'impianto normativo creato con la direttiva 89/552 venne ben presto messo in discussione ¹¹³ ; questo avvenne soprattutto sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia intervenuta in materia a delineare i profili relativi alle fattispecie di norme più rigorose di interesse generale e possibile elusione delle disposizioni introdotte da uno Stato membro¹¹⁴ in applicazione della direttiva stessa.

Parlamento e Consiglio nell'elaborare le modifiche alla direttiva ¹¹⁵ , tennero espressamente conto della

¹¹³ Già in occasione del Consiglio europeo di capi di Stato e di governo di Essen del 9 e 10 dicembre 1994 si invitò la Commissione a presentare una proposta di revisione della direttiva 89/552/CEE, circostanza di cui si dà atto nel Considerando 9 della direttiva.

¹¹⁴ Su questo aspetto si rimanda al successivo paragrafo la cui analisi verterà proprio sul percorso giurisprudenziale che ha condotto ad individuare una casistica di misure di interesse generale considerate legittime sotto il profilo del diritto comunitario, tipizzando inoltre gli elementi della condotta elusiva tenuta dall'operatore.

¹¹⁵ In relazione alle novità introdotte dalla nuova versione della direttiva, cfr. B. J. DRIJBER, *"The revised television without frontiers directive: is it fit for the next century?"*, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 87; G. VOTANO, *TV europea senza frontiere atto secondo*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1997, pp.994 e ss.; A. MEYER-HEINE, *Les apports de la nouvelle directive Television sans frontières du 30 juin 1997 entrée en vigueur le 31 décembre 1998*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1999, pp. 95 e ss. .

giurisprudenza della Corte e del necessario aggiornamento della normativa che dalla stessa emergeva. Ed in particolare venivano evidenziate due principali esigenze dal legislatore comunitario. La prima era relativa all'individuazione e specificazione del concetto di stabilimento di un'emittente televisiva.

La seconda, maggiormente pertinente al tema qui trattato, era finalizzata in particolare alla individuazione delle condotte da considerare come elusive e dunque suscettibili di consentire un intervento diretto delle autorità del Paese di destinazione nei confronti dell'operatore stabilito in un altro Paese.

In relazione alla necessità di individuazione dello stabilimento di un'emittente televisiva, tale esigenza era avvertita dal legislatore comunitario dal momento che lo stabilimento di un'emittente televisiva può essere determinato da diversi criteri tra i quali il luogo in cui si trova la sede principale del prestatore di servizi, il luogo in cui sono normalmente prese le decisioni relative alla politica di programmazione, il luogo in cui il programma da trasmettere al pubblico riceve il montaggio e l'elaborazione definitivi e il luogo in cui si trova una parte significativa

degli addetti necessari per l'esercizio dell'attività di telediffusione¹¹⁶.

Tali molteplici elementi impedivano il crearsi di situazioni di vuoto giurisdizionale o viceversa di conflitto di competenza tra diversi Stati. Inoltre, proprio attraverso tale indicazione si sarebbe potuto chiaramente giungere alla individuazione dell'unico Stato avente competenza giurisdizionale sull'attività di trasmissione.

Nel modificare l'art. 2 della direttiva vennero dunque ad essere previsti dei criteri specifici al fine di individuare le condizioni alle quali un'emittente doveva considerarsi stabilita nel territorio di uno Stato membro.

Tra questi in primo luogo vi era il criterio della sede principale dell'emittente e dello Stato in cui venivano prese le decisioni editoriali in merito alla programmazione. In subordine, e nell'ipotesi in cui non vi fosse coincidenza tra luogo delle decisioni editoriali e sede principale, andavano applicati altri criteri, tra i quali quello dello Stato in cui opera una parte significativa degli addetti all'attività di telediffusione.

Se una parte significativa degli addetti opera in ciascuno di tali Stati membri, l'emittente allora è da ritenersi stabilita nello Stato membro in cui si trova la sua sede

¹¹⁶ Cfr. in tal senso il dodicesimo Considerando della Direttiva 97/36 CE.

principale. Da ultimo, se in nessuno dei due Stati membri opera una parte significativa degli addetti all'attività di telediffusione, l'emittente è da considerarsi stabilita nel primo Stato membro nel quale ha iniziato a trasmettere a condizione che vi sia un legame stabile e effettivo con l'economia di tale Stato membro.

Tale insieme di disposizioni mirava dunque ad individuare con certezza lo Stato membro a cui spettava la competenza in merito all'attività di trasmissione televisiva. Ciò perché le norme previste dalla direttiva 89/552 non fissava alcun criterio in materia di stabilimento¹¹⁷.

L'attività di trasmissione televisiva si caratterizza invece proprio per la sua capacità di interessare diversi Stati membri, contemporaneamente ed in diverse modalità (dalle decisioni editoriali, appunto, alla localizzazione degli apparati, al luogo di primo svolgimento dell'attività di trasmissione). Ration per cui le norme di nuova introduzione con la direttiva 97/36 si rendevano necessarie, ma

¹¹⁷ In particolare sulle novità introdotte dalla direttiva 97/36 in materia di delocalizzazione e stabilimento, cfr. G. VOTANO, *TV europea senza frontiere atto secondo*, cit., p. 996, il quale afferma che <<l'intervento innovatore della Direttiva, in realtà, sanziona in norma positiva quanto la Corte di Giustizia aveva già definito in linea di interpretazione ossia la contrarietà al sistema audiovisivo transfrontaliero europeo delle disposizioni dello Stato membro che (...) adottino criteri diversi da quello dello stabilimento quali quello della trasmissione o della ricezione dei programmi>>.

soprattutto funzionali¹¹⁸ alla migliore applicazione della stessa normativa comunitaria.

Tali modifiche di fatto ispirarono la revisione anche del successivo articolo, che venne così modificato nel nuovo articolo 2bis; questo riprendeva interamente il precedente articolo 2, salvo lo specifico riferimento al nuovo articolo 22bis, quale norma la cui violazione poteva condurre ad un intervento diretto da parte delle autorità dello Stato di destinazione nei confronti dell'emittente¹¹⁹.

Rimaneva altresì sostanzialmente invariata anche la disposizione di cui all'art. 3, la quale prevedeva la facoltà per ciascuno Stato di introdurre <<*norme più particolareggiate o più rigorose nei settori disciplinati dalla presente direttiva*>>.

E' su questa facoltà riconosciuta agli Stati membri che la giurisprudenza della Corte di Giustizia si era pronunciata; ragion per cui il legislatore comunitario aveva ritenuto necessario il proprio intervento in aggiornamento alla direttiva. Fissare in maniera chiara lo stabilimento di una emittente avrebbe consentito altresì di individuare con chiarezza il campo di applicazione delle norme più rigorose o dettagliate.

¹¹⁸ Sul punto cfr. ancora B. J. DRIJBER, "The revised television without frontiers directive", cit. . .

¹¹⁹ Sui limiti opponibili alla libertà di ricezione, cfr. A. FRAGOLA, *Alcune osservazioni sulla direttiva comunitaria 97/36 in tema di disciplina della attività televisive*, in *Rivista del diritto d'autore*, 1997, pp. 417 e ss. .

Ciò che va evidenziato in particolar modo in questa sede è la circostanza per la quale le modifiche introdotte con la direttiva 97/36 erano essenzialmente indirizzate ad evitare il verificarsi di condotte fraudolente o elusive della normativa applicabile.

Nel fissare con chiarezza il principio dello stabilimento di una emittente, si veniva al tempo stesso a fare in modo che ogni singolo Stato membro, e le stesse emittenti, potessero con certezza essere a conoscenza della normativa statale applicabile e della giurisdizione a cui andavano sottoposti. La maggior chiarezza di questi due elementi avrebbe reso più semplice l'individuazione delle condotte elusive delle emittenti. A fronte di regole più certe nell'individuazione dello stabilimento di un'emittente, sarebbe infatti stato più semplice dedurre se la scelta di stabilirsi in un altro Stato membro era effettuata al solo (o prevalente) fine di eludere la legislazione di un altro Stato membro¹²⁰.

¹²⁰ Si confrontino in tal senso i seguenti considerando della direttiva: (14) *considerando che, secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, uno Stato membro conserva la facoltà di prendere provvedimenti contro un ente televisivo che, pur avendo stabilito la propria sede in un altro Stato membro, dirige in tutto o in parte la propria attività verso il territorio del primo Stato membro, laddove la scelta di stabilirsi nel secondo Stato membro sia stata compiuta al fine di sottrarsi alla legislazione che sarebbe stata applicata ove esso si fosse stabilito sul territorio del primo Stato membro;*(15) *considerando che l'articolo F, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea*

In altre parole, non sarebbe stato possibile per l'emittente addurre giustificazioni rispetto al luogo del proprio stabilimento, essendo lo stesso chiaramente individuabile; una volta fissato con certezza il luogo di stabilimento sarebbe allora stato più agevole valutare gli elementi presuntivi di una eventuale condotta elusiva¹²¹.

Ciò che risulta dalla revisione della direttiva Televisione senza Frontiere, avvenuta con la direttiva 97/36 è un quadro che rimaneva comunque dotato ancora di linearità e chiarezza.

dispone che l'Unione rispetti i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in quanto principi generali del diritto comunitario; che qualsiasi provvedimento volto a limitare la ricezione e/o sospendere la ritrasmissione di emittenti televisive preso ai sensi dell'articolo 2bis della presente direttiva deve essere compatibile con tali principi; (19) considerando che occorre prendere le disposizioni necessarie, in ambito comunitario, al fine di evitare un'eventuale incertezza giuridica e distorsioni del mercato e di conciliare la libera circolazione dei servizi televisivi con la necessità di prevenire possibili elusioni delle misure nazionali destinate a proteggere un legittimo interesse generale.

¹²¹ Per una ricostruzione esaustiva degli elementi dai quali sarebbe desumibile una condotta fraudolenta ed elusiva delle norme più rigorose e dettagliate previste dalle normative nazionali, si vedano L. HELL HANSEN, *The Development Of The Circumvention Principle In The Area Of Broadcasting*, in *Legal Issues Of Economic Integration*, 1998, pp. 111 ss. e I. KATSIREA, *The Circumvention Principle: An Effective Defence Of National Broadcasting Systems Against Abuse?*, Gran Bretagna, 2005.

La novella infatti non metteva in discussione l'applicazione del principio del Paese di origine ¹²², mantenendone pressoché inalterata l'applicazione; unica modifica in tal senso era rappresentata dall'aggiunta del nuovo articolo 22bis come articolo la cui violazione consentiva un intervento diretto nei confronti dell'emittente.

Ma soprattutto, e questo è un elemento decisivo per la successiva analisi che si andrà a condurre, il potere di intervento diretto così come la sanzionabilità delle condotte delle emittenti, rimangono legate alle violazioni su citate ovvero all'integrazione da parte dell'emittente di una condotta qualificabile come elusiva.

Inoltre, anche nell'ipotesi in cui tale finalità fosse stata accertata o desumibile, la competenza principale ad intervenire rimaneva in capo al Paese di origine o quantomeno in capo a quello in cui l'emittente risultava stabilita. La stessa finalità elusiva, cioè, non era considerata motivo giustificativo di un intervento diretto da parte dello Stato di destinazione delle trasmissioni.

Il quadro complessivo che ne derivava, dopo la direttiva 97/36, era dunque quello di un sostanziale mantenimento dell'impianto normativo adottato con la

¹²² Sul punto cfr. A. HEROLD, *Country of Origin Principle in the EU Market for Audiovisual Media Services: Consumer's Friend or Foe?*, in *Journal of Consumer Policy*, 2005, pp. 5 e ss. .

iniziale formulazione della direttiva Televisione senza Frontiere. In particolare il principio del Paese di origine veniva mantenuto come principio regolatore della prestazione transfrontaliera di trasmissioni televisive. Le modifiche introdotte anzi tendevano ad agevolarne l'applicazione e soprattutto a rendere più chiara ed immediata la definizione dello stesso Paese di origine.

Tutti elementi dei quali va tenuto conto al fine di comprendere la *ratio* sottostante le recenti modifiche introdotte, proprio in relazione a questi aspetti, con la nuova direttiva 65/2007. Un contributo fondamentale in tal senso deriva però dall'analisi della giurisprudenza che può consentire di acquisire alcuni fondamentali elementi utili all'interpretazione delle recente normativa comunitaria.

4. La giurisprudenza in materia di trasmissioni televisive transfrontaliere, misure più particolareggiate e loro aggiramento

Nell'ambito dello sviluppo della legislazione in materia di fornitura di servizi di trasmissione televisiva, come nella più ampia materia della prestazione di servizi, un ruolo

fondamentale è stato assunto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

In numerose circostanze, infatti, la Corte si è trovata a decidere su questioni pregiudiziali nella materia; e tali decisioni hanno influenzato in maniera chiara gli orientamenti assunti successivamente dal legislatore comunitario¹²³.

Ma sono due in particolare le questioni su cui la Corte di Giustizia si è soffermata e che hanno, appunto, significativamente influenzato il legislatore comunitario. Un primo aspetto è stato quello dell'interpretazione che è stata compiuta dal concetto di “misure derogatorie di interesse generale” come applicate alle trasmissioni televisive. Il secondo ha riguardato invece il concetto di “aggiramento”¹²⁴ delle stesse norme più rigorose da parte degli operatori e gli indici presuntivi di tale condotta.

Iniziando dunque con il primo aspetto, quello delle misure derogatorie di interesse generale, bisogna notare come

¹²³ Per una ricostruzione del percorso giurisprudenziale qui analizzato e della sua connessione con i principi in materia di libertà di informazione si vedano LAMBERTI A. e BUDELLI S., *Multimedialità, costituzione e integrazione europea*, Perugia, 2004, pp. 69 e ss. .

¹²⁴ Si richiama ancora una volta sul punto la dottrina straniera che è sembrata molto attenta a tali problematiche L. HELL HANSEN, *The Development Of The Circumvention Principle In The Area Of Broadcasting*, in *Legal Issues Of Economic Integration*, cit., e I. KATSIREA, *The Circumvention Principle*, cit. .

la problematica era stata posta all'attenzione della Corte già in una fase precedente all'adozione della stessa Direttiva Televisione senza Frontiere.

Tra i casi di maggior rilievo si presentava infatti innanzitutto la sentenza *Bond Van Adverteerders* in causa 352/85. Si è visto come tale sentenza abbia fornito un fondamentale contributo alla determinazione della riconducibilità delle trasmissioni televisive nell'alveo dei servizi di rilievo comunitario.

Pur tuttavia, la Corte di Giustizia, nella stessa sentenza, ebbe modo di valutare la legittimità delle restrizioni che il Paese di destinazione veniva ad applicare alla trasmissione di programmi da un altro Paese.

In tal senso dunque veniva ritenuta illegittima la misura prevista dalla legge olandese in materia e che prevedeva che il diritto di inserire pubblicità nelle trasmissioni televisive spettasse solo alle emittenti costituite in forma di fondazione sotto la legge olandese. La misura pertanto si presentava come sicuramente più dettagliata (se si vuole utilizzare una terminologia della direttiva che sarebbe stata adottata da lì a poco) ma al tempo stesso discriminatoria.

Nel confrontare infatti la situazione regolamentare a cui erano sottoposte rispettivamente un'emittente straniera

ed una olandese, si poteva dedurre che <<*sussiste una discriminazione nel fatto che il divieto di pubblicità contenuto nella Kabelregeling* (la legge olandese del tempo, nda) *preclude alle emittenti stabilite in altri Stati membri ogni possibilità di diffondere sulle loro reti messaggi pubblicitari destinati specialmente al pubblico olandese, mentre la legge sulla radiodiffusione nazionale contempla la diffusione di siffatti messaggi sulle reti nazionali a vantaggio di tutte le "omroeporganisaties"* (fondazioni, ovvero la forma giuridica che dovevano assumere le emittenti nazionali, nda) >>.

In particolare tale discriminazione veniva ritenuta come non proporzionata e non giustificata da ragioni di interesse generale e pertanto destinata a soccombere a fronte dell'esercizio della libertà di prestazione dei servizi come prevista dal Trattato.

Anche sotto questo profilo la sentenza *Bond Van Adverteerders* dunque rappresentava un primo importante assesto nella materia delle trasmissioni televisive transfrontaliere.

Le sentenze successive si concentrarono, come analizzato nel Capitolo I, sull'inquadramento da dare alle trasmissioni televisive. In particolare si è visto come la sentenza *Debauve*, nel qualificare le trasmissioni di servizi

come servizi a livello comunitario giungeva di fatto a riconoscere che i “dati naturali” quali il rilievo naturale del terreno e delle costruzioni urbane e delle caratteristiche tecniche dei procedimenti di diffusione utilizzati, potevano essere causa di discriminazione dal momento che potevano rendere più difficoltoso l’adempimento degli obblighi imposti dalla normativa, ma che di contro differenze del genere non potevano essere qualificate come discriminazione ai sensi del Trattato.

La sentenza *Debauve* affermava dunque, e su questa base la Corte emetterà le proprie pronunce anche in futuro, che le discriminazioni vietate fossero soltanto le differenze di trattamento risultanti dalle attività umane e da provvedimenti presi dalle autorità pubbliche e che la Comunità europea <<*non ha alcun obbligo di prendere provvedimenti destinati ad eliminare differenze di situazione del genere*>>.

Da tali prime pronunce prese dunque il via un percorso giurisprudenziale molto articolato; ma la stessa giurisprudenza si è successivamente mossa anche su basi diverse da quelle inizialmente poste con la sentenza *Bond Van Adverteerders*. La giurisprudenza della Corte è stata infatti chiamata alla risoluzione di questioni pregiudiziali sollevate davanti alla stessa con una funzione che si è

caratterizzata come di supporto e di interpretazione, ma che ha di fatto lasciato comunque a Stati membri e legislatore comunitario il compito di rendere effettiva la circolazione delle trasmissioni televisive in ambito comunitario.

Una prima pronuncia che si pone sulla scia della sentenza *Bond Van Adverteerders* è la pronuncia C-288/89, meglio nota come sentenza *Gouda*¹²⁵.

In tale pronuncia la Corte di Giustizia ha analizzato la fattispecie di una controversia tra dieci operatori di televisioni via cavo ed il *Commissariaat voor de Media*, in merito ai requisiti imposti alla diffusione dei messaggi pubblicitari ¹²⁶ contenuti nei programmi radiotelevisivi

¹²⁵ Si tratta della sentenza della Corte del 25 luglio 1991. - Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda e altri contro Commissariaat Voor De Media. - Domanda di pronuncia pregiudiziale: Raad Van State - Paesi Bassi in causa C-288/89. Per un interessante commento alla sentenza si veda LAMBERTI A. e BUDELLI S., *Multimedialità*., cit., pp. 35 e ss. e FIENGO G., *La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla pubblicità radiotelevisiva e la nuova lettura dell'articolo 59 del Trattato CEE*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1992 p.349-356.

¹²⁶ Le condizioni applicate alle trasmissioni provenienti dall'estero in particolare riguardavano << programmi diversi da quelli di cui alla lett. a) che vengono trasmessi, conformemente alla disciplina loro applicabile nel paese d'origine, da un ente straniero in quanto programmi radio. Qualora detti programmi contengano messaggi pubblicitari, la diffusione di questi ultimi è autorizzata solo se provengono da una persona giuridica distinta, se sono ben riconoscibili in quanto tali, del tutto distinti da altre parti del programma, se non vengono diffusi di domenica, se il tempo di trasmissione utilizzato per la diffusione dei messaggi pubblicitari non supera il 5% del tempo complessivo, se l'ente di diffusione soddisfa i requisiti dell' art. 55, n. 1, e se i proventi sono interamente destinati alla realizzazione dei programmi. Tuttavia, qualora non ricorrano le condizioni enunciate, la diffusione di tali

trasmessi da altri Stati membri; tali requisiti si imponevano sia in relazione alla tipologia di persona giuridica che effettuava le trasmissioni televisive, che in relazione alle modalità e ai tempi di trasmissione degli stessi.

La Corte di Giustizia sottolineava come, in mancanza di armonizzazione delle norme, la libertà di prestazione dei servizi poteva essere limitata dall' applicazione di normative nazionali ai prestatori stabiliti sul territorio di un altro Stato membro a condizione però che queste già debbono soddisfare i requisiti della normativa di tale Stato; tale applicazione doveva inoltre essere giustificata da esigenze imperative connesse all' interesse generale¹²⁷.

programmi è comunque autorizzata se i messaggi pubblicitari in essi contenuti non si rivolgono specificamente al pubblico olandese>> (punto 3 della sentenza).

¹²⁷ Per una rassegna delle esigenze generali giustificatrici di limitazioni, la stessa Corte rimanda alle seguenti pronunce: norme professionali intese a tutelare i destinatari di un servizio (sentenza 18 gennaio 1979, *Van Wesemael*, punto 28 della motivazione, cause riunite 110/78 e 111/78), la tutela della proprietà intellettuale (sentenza 18 marzo 1980, *Coditel*, causa 62/79), quella dei lavoratori (sentenza 17 dicembre 1981, *Webb*, punto 19 della motivazione, causa 279/80; sentenza 3 febbraio 1982, *Seco / EVI*, punto 14 della motivazione, cause riunite 62/81 e 63/81; sentenza 27 marzo 1990, *Rush Portuguesa*, punto 18 della motivazione, causa C-113/89), quella dei consumatori (sentenze 4 dicembre 1986, *Commissione / Francia*, punto 20 della motivazione, causa 220/83; *Commissione / Danimarca*, punto 20 della motivazione, causa 252/83; *Commissione / Germania*, punto 30 della motivazione, causa 205/84; *Commissione / Irlanda*, punto 20 della motivazione, causa 206/84; sentenze 26 febbraio 1991, *Commissione / Italia*, punto 20 della motivazione, e *Commissione / Grecia*, punto 21 della motivazione), la conservazione del patrimonio storico-artistico nazionale (sentenza 26

Le limitazioni imposte agli operatori che trasmettevano programmi dall'estero in particolare implicavano una doppia restrizione alla libera prestazione dei servizi. Queste impedivano infatti agli operatori stabiliti in uno Stato membro di ricezione di trasmettere programmi radiofonici o televisivi offerti da emittenti stabilite in altri Stati membri che non soddisfacevano i suddetti requisiti ed inoltre limitavano la facoltà di queste emittenti di programmare messaggi specificamente rivolti al pubblico dello Stato ricevente per conto di pubblicitari stabiliti nello stesso Stato.

In esito all'interpretazione delle norme dei Trattati la Corte arrivava ad affermare che, sebbene la politica culturale volta alla tutela della libertà d' espressione delle diverse componenti sociali, culturali, religiose o filosofiche esistenti in uno Stato membro poteva costituire un' esigenza imperativa di interesse generale che giustificava una restrizione alla libera prestazione dei servizi, l' imposizione di requisiti che incidevano sulla struttura degli operatori stranieri non poteva essere considerata oggettivamente

febbraio 1991, *Commissione / Italia*, punto 20 della motivazione), la valorizzazione delle ricchezze archeologiche, storiche e artistiche e la migliore divulgazione possibile delle conoscenze sul patrimonio artistico e culturale di un paese (sentenze 26 febbraio 1991, *Commissione / Francia*, punto 17 della motivazione, e *Commissione / Grecia*, punto 21 della motivazione).

necessaria per tutelare l'interesse generale rappresentato dal mantenimento di un sistema radiotelevisivo nazionale.

Inoltre, sebbene le restrizioni alla trasmissione di messaggi pubblicitari potevano essere imposte per perseguire un interesse generale, cioè tutelare il consumatore contro gli eccessi della pubblicità commerciale o, in un'ottica di politica culturale, garantire un certo livello qualitativo dei programmi, tuttavia *<<qualora restrizioni del genere riguardino solo i messaggi pubblicitari specificamente rivolti al pubblico nazionale, esse non sono giustificate da esigenze imperative connesse all'interesse generale in quanto volte a limitare la concorrenza cui è soggetto da parte di operatori stranieri un ente nazionale che detiene il monopolio per la diffusione di detti messaggi pubblicitari >>.*

La sentenza *Gouda* fissava così un duplice binario per la valutazione della legittimità delle limitazioni consistente in una prima valutazione relativa alla legittimità dell'interesse tutelato; a questa sarebbe seguita una valutazione della proporzionalità delle misure applicate rispetto al soddisfacimento delle esigenze stesse.

Nello stesso giorno con sentenza relativa alla procedura di infrazione sulla stessa legge, la 353/89, venne infatti a pronunciarsi ancora una volta sulla Mediawet olandese e su alcune sue disposizioni, giungendo alle

medesime conclusioni ¹²⁸ e ritenendo che misure che obbligavano le emittenti nazionali a spendere presso una determinata impresa nazionale che forniva studi di registrazione, scenografie, tecnici ed altro, tutti gli importi per la produzione dei programmi. Un obbligo di investimento al quale si accompagnava anche il divieto ed il limite di messaggi pubblicitari ad emittenti provenienti da altri Stati membri.

Anche tali obblighi e misure vennero considerati dalla Corte non legittimi, dal momento che un obbligo del genere eccedeva lo scopo di tutela del pluralismo nel settore audiovisivo di uno Stato membro che peraltro non sarebbe compromesso dalla facoltà offerta agli enti nazionali che operano nel settore di rivolgersi ai prestatori di servizi stabiliti in altri Stati membri.

La Corte fissava così un duplice binario di valutazione relativo alla legittimità delle misure applicate in materia di trasmissioni televisive. Una prima fase relativa alla verifica

¹²⁸ In particolare la Corte affermava che <<una politica culturale volta alla tutela della libertà d' espressione delle diverse componenti sociali, culturali, religiose o filosofiche esistenti in uno Stato membro può costituire un' esigenza imperativa di interesse generale che giustifichi una restrizione alla libera prestazione dei servizi>> e che <<restrizioni alla trasmissione di messaggi pubblicitari possono essere imposte per perseguire un interesse generale, cioè tutelare il consumatore contro gli eccessi della pubblicità commerciale o, in un' ottica di politica culturale, garantire un certo livello qualitativo dei programmi>>.

della legittimità dello scopo perseguito; una seconda relativa alla capacità delle misure di soddisfare il suddetto scopo, ove legittimo.

Tale meccanismo fu infatti applicato nelle successive pronunce che ulteriormente hanno contribuito a delineare il campo di legittimità di eventuali misure restrittive della libera circolazione delle trasmissioni televisive. Tra queste, la sentenza 211/91 con la quale si stabiliva che non erano legittime alcune tipologie di misure volte a vietare che su una rete di distribuzione fossero trasmessi programmi di emittenti straniere se la trasmissione non veniva effettuata nella lingua o in una delle lingue dello Stato membro in cui l'ente di radiodiffusione era stabilito (nel caso di specie, lo Stato che imponeva le misure era il Belgio). In tale caso infatti nessuna esigenza era ritenuta soddisfatta da tali misure, ma soprattutto la Corte nel richiamare la sentenza *Bond van Adverteers* riaffermava che uno <<Stato destinatario può provvedere affinché un prestatore di servizi, la cui attività si svolga per intero o principalmente sul territorio di detto Stato, non possa utilizzare la libertà garantita dall' art. 59 allo scopo di sottrarsi alle norme sull' esercizio della sua professione la cui osservanza gli sarebbe imposta ove egli si stabilisse nello Stato in questione, non ne consegue per questo che uno Stato membro possa escludere in maniera generale che

taluni servizi possano essere forniti da operatori stabiliti in altri Stati membri, il che equivarrebbe a sopprimere la libera prestazione di servizi>>, rinnovando di fatto la nozione della volontà elusiva della condotta dell'emittente circostanza che ha un suo rilievo se confrontata con l'attuale formulazione dell'articolo 3 della nuova Direttiva 2007/65.

Due sentenze però appaiono di centrale importanza nel delineare le condizioni in relazioni alle quali dea ritenersi che un'emittente sia stabilita in uno Stato membro al fine di eludere le normative applicabili nello Stato di destinazione delle stesse trasmissioni.

La prima sentenza rilevante in questo senso è la già citata sentenza *TV10*; è questa una pronuncia¹²⁹ arrivata successivamente all'emanazione della Direttiva Televisione senza Frontiere e che, pur se riferita a fatti verificatisi precedentemente all'adozione della direttiva, inevitabilmente risentì dell'emanazione della stessa. In particolare, la seconda questione pregiudiziale chiedeva alla

¹²⁹ Si tratta della sentenza della Corte del 5 ottobre 1994 in causa c-23/93 *TV10 Sa contro Commissariaat Voor De Media*; si citano al riguardo i commenti già citati; R. FOGLIA e A. SAGGIO, *Trasmissione via cavo di programmi televisivi*, ne *Il Corriere Giuridico*, 1994, 1520 ss.; A. GRATANI e E. ADOBATI, *Mantenimento di un sistema radiotelevisivo pluralistico e non commerciale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1995, 334 ss.; G. STRAETMANS e C. GOEMANS, *Case Law: Case C-23/93*, in *The Columbia Journal of European Law*, 319 ss. ; WATTEL P., *Case law*, in *Common Market Law Review*, 1995, 1257 ss. .

Corte di Giustizia <<se, alla luce del diritto comunitario e in considerazione dell' art. 10, nel combinato disposto con l' art. 14, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell' uomo e delle libertà fondamentali, lo Stato membro di ricezione possa legittimamente assoggettare le prestazioni di servizi a limitazioni consistenti nel ritenere il detto ente radiotelevisivo, ancorché stabilito in un altro Stato membro, quale ente radiotelevisivo nazionale escludendolo pertanto, in assenza dei requisiti previsti per l' autorizzazione degli enti radiotelevisivi nazionali, dall' accesso alla rete nazionale di trasmissione via cavo, in base al rilievo che lo stabilimento in un altro Stato membro costituirebbe unicamente un tentativo di eludere le norme vigenti nello Stato membro di ricezione, norme dirette a garantire la pluralità e la natura non commerciale del sistema radiotelevisivo nazionale>>.

La sentenza dunque si pone come centrale nel determinare l'ampiezza del potere di valutazione di uno Stato membro in relazione alla circostanza per la quale un'emittente deve ritenersi stabilita in uno Stato membro al fine di eludere la normativa del Paese di destinazione.

Nel caso di specie la *TV 10* era effettivamente stabilita in Lussemburgo e rispettava la normativa lussemburghese; essa era però gestita da cittadini olandesi, i suoi programmi erano destinati ad essere trasmessi

attraverso reti di distribuzione televisiva sia in Lussemburgo che nei Paesi Bassi, stipulava contratti con i gestori delle reti di distribuzione televisiva solamente a Lussemburgo e nei Paesi Bassi e non in altri Stati della Comunità europea; inoltre le attività operative erano effettuate in Lussemburgo, ma il pubblico destinatario dei programmi era ritenuto dalle autorità olandesi senz'altro quello olandese, anche perché, elemento assolutamente rilevante, la maggior parte dei lavoratori assunti provenivano dai Paesi Bassi e i messaggi pubblicitari erano realizzati ed indirizzati ai Paesi Bassi in tale paese.

Il Commissariaat voor de Media, l'autorità olandese competente, riteneva che la TV 10 si fosse stabilita in Lussemburgo al solo scopo di sottrarsi alla normativa olandese più restrittiva applicabile agli enti radiotelevisivi nazionali¹³⁰.

¹³⁰ Tra le misure particolarmente restrittive applicabili alla diffusione di programmi radiotelevisivi olandesi in forza della Mediawet vi erano l'attribuzione del tempo di trasmissione disponibile per la diffusione di programmi sulla rete nazionale radiofonica direttamente dal Commissariaat voor de Media, e le regole per le quali le emittenti dovevano essere costituite da associazioni di ascoltatori o telespettatori aventi personalità giuridica e costituite al fine di riflettere le singole correnti sociali, culturali, religiose o spirituali, insieme con l'obbligo di garantire programmi diversificati ed infine un sistema di finanziamento diretto a garantire il pluralismo ed il carattere non commerciale degli enti radiotelevisivi nazionali.

Accertato dunque, come evidenziato nel Capitolo I, che le modalità di trasmissione di programmi effettuate dalla *TV10* rientravano nella nozione di servizi di rilievo comunitario, la Corte analizzava se era configurabile un diritto dello Stato membro di limitare le trasmissioni volte ad eludere le normative interne.

A parere della Corte, uno Stato membro poteva legittimamente equiparare ad un'emittente nazionale un'emittente stabilita in un altro Stato membro allo scopo di realizzare prestazioni di servizi dirette verso il suo territorio; tali misure miravano ad impedire che, avvalendosi delle libertà garantite dal Trattato, le emittenti potessero illegittimamente sottrarsi agli obblighi posti dalla normativa nazionale, nella specie quelli relativi al contenuto pluralistico e non commerciale dei programmi.

L'equiparazione, nella misura in cui era basata su misure non discriminatorie, non era ritenuta incompatibile con le disposizioni degli artt. 59 e 60 del Trattato.

In aggiunta a ciò, però, il giudice olandese si chiedeva se tale equiparazione non minacciasse il diritto alla libertà di espressione garantito dagli artt. 10 della CEDU; ed in tal senso la Corte di Giustizia rilevava che il mantenimento del pluralismo che la politica olandese nel settore radiotelevisivo

intendeva garantire, preservava la diversità delle opinioni, e quindi, la libertà di espressione.

La Corte veniva così a riconoscere la possibilità di restrizioni applicabili alle emittenti che trasmettevano da altri Stati membri, di fatto recependo il dettato della direttiva 89/552. Al tempo stesso, seppur in maniera indiretta e senza entrare nel merito della valutazione, giungeva a ritenere che, in base agli elementi addotti, le attività della TV10 fossero interamente o principalmente dirette verso il territorio olandese. Dunque, in base ad elementi da cui si poteva desumere il valore della condotta soggettiva dell'emittente, riteneva che lo stabilimento fosse stato operato al fine di consentire di sottrarsi alle norme alle quali sarebbe stato soggetto ove si fosse stabilito sul territorio del primo Stato.

Ma è questo un elemento che già assume rilievo¹³¹, dal momento che comunque effettua, seppur in via di deduzione, una valutazione in merito alla volontà di sottrarsi alle norme dello Stato di destinazione. Circostanza che invece è tralasciata dall'art. 3 della nuova direttiva, nella misura in cui, come si vedrà di seguito, lo stesso dà rilievo al solo elemento oggettivo della destinazione della trasmissione al territorio di un altro Stato membro.

¹³¹ Cfr. G. STRAETMANS e C. GOEMANS, *Case Law: Case C-23/93*, cit. .

Altrettanto rilevante è la sentenza *Veronica*, pronunciata in causa C-148/91¹³², ed avente ad oggetto ancora una volta una domanda di pronuncia pregiudiziale relativa alla legge dei Paesi Bassi in materia radiotelevisiva.

Si trattava nella fattispecie di un'emittente olandese che aveva contribuito a costituire una nuova società, stabilita in Lussemburgo ed avente peraltro lo stesso nome, che destinava le proprie trasmissioni verso i Paesi Bassi; l'autorità olandese riteneva che vi fosse un'elusione della normativa olandese deducendo tre fatti a sostegno.

In primo luogo, il presidente e il segretario del consiglio di amministrazione della Veronica, avevano l'uno redatto un programma e l'altro fornito consulenza legale in vista della costituzione di una società per azioni di diritto lussemburghese, avente lo scopo di gestire una stazione di televisione commerciale in Lussemburgo e di realizzare emissioni che potessero essere trasmesse nei Paesi Bassi via cavo. I costi relativi a quelle prestazioni erano stati assunti a proprio carico dalla Veronica. Inoltre, la società olandese aveva garantito un credito in conto corrente concesso alla RTL-Véronique (la società lussemburghese) da un istituto di

¹³² Per un esaustivo commento alla pronuncia si rimanda a R. MASTROIANNI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nella definizione delle competenze statali e comunitarie in materia di politiche culturali*, in *Rivista italiana di diritto comunitario*, 1994, pp.79 e ss..

credito e forniva i mezzi finanziari per la creazione di una nuova società, che avrebbe assunto una partecipazione minoritaria nel capitale della RTL-Véronique.

La Corte di Giustizia dunque ritenne che la Mediawet avesse l'obiettivo di impedire che i mezzi finanziari di cui dispongono le emittenti fossero sottratti alla loro destinazione imposta dalla legge, ovvero la produzione di programmi volti a *<< soddisfare loro tramite i bisogni sociali, culturali, religiosi o spirituali del pubblico olandese >>* e utilizzati a fini puramente commerciali. Tale normativa, nell'ottica della Corte, si poneva in linea con le finalità di tutela e salvaguardia del pluralismo nel settore audiovisivo.

Ragion per cui, secondo la Corte di Giustizia, uno Stato membro aveva il diritto di adottare provvedimenti intesi a impedire che le libertà garantite dal Trattato fossero utilizzate da un prestatore di servizi, la cui attività fosse stata interamente o essenzialmente rivolta verso il suo territorio, per sottrarsi abusivamente alle norme la cui osservanza gli sarebbe imposta ove si fosse stabilito nello Stato in questione.

Ed ancora una volta, gli elementi della condotta della società interessata (l'emittente Veronica), portavano a desumere una volontà diretta ad eludere la normativa applicabile nello Stato di ricezione.

Fin qui le sentenze che precedettero l'applicazione ed interpretazione in via giurisprudenziale della direttiva 89/552. Le successive pronunce infatti presero spunto innanzitutto dal testo normativo, muovendosi dunque verso la corretta interpretazione da dare all'art. 2 ed al concetto di "misure più rigorose o dettagliate" ivi contemplato.

Tale insieme di pronunce contribuì a delineare numerosi profili interpretativi della stessa direttiva e della conseguente sua applicazione.

In particolare, la Corte riaffermò nella sentenza 222/94¹³³, il valore del criterio dello stabilimento come criterio unico per fissare la disciplina applicabile all'emittente; in tal senso la trasmissione o la ricezione di programmi erano criteri sussidiari per la valutazione della condotta dell'emittente. Basare invece su altri principi diversi da quello dello stabilimento¹³⁴ il controllo

¹³³ Si tratta della sentenza della Corte del 10 settembre 1996, avente ad oggetto una procedura di infrazione nei confronti del Regno Unito per inadempimento della direttiva 89/552/CEE. Cfr. CARDARELLI V., *Interpretation of the "Television without Frontiers" Directive*, in *IRIS - Legal Observations of the European Audiovisual Observatory*, 1996, n. 10, p.5-6.

¹³⁴ Sulla stessa linea si sarebbero poi collocate altre sentenze, tra le quali la sentenza 56/96 - *VT4 Ltd* contro *Vlaamse Gemeenschap* del 5 giugno 1997, su una domanda di pronuncia pregiudiziale avanzata dal Consiglio di Stato belga, in esito alla quale la Corte affermava che <<anche se la direttiva non contiene una definizione espressa dei termini "emittenti televisive soggette alla (...) giurisdizione [di uno Stato membro]">, dal tenore della citata disposizione risulta tuttavia che la nozione di giurisdizione di

dell'attività televisiva rappresentava una condotta vietata dalla direttiva. Ed in particolare, secondo la Corte << *gli Stati membri possono giungere ad una soluzione interpretando questo criterio nel senso che si riferisce al luogo nel quale l'emittente televisiva ha il centro d'attività, vale a dire la sede nella quale si decide la politica della programmazione e la composizione finale dei programmi da trasmettere, senza bisogno di norme giuridiche supplementari per evitare il rischio di un duplice controllo*>>.

Ancora una volta un orientamento ed un indirizzo, quello sopra menzionato, che non verrà ripreso dall'art. 3 del nuovo testo della Direttiva, nel momento in cui questo dà

uno Stato membro va intesa nel senso che essa comprende necessariamente una giurisdizione ratione personae nei confronti delle suddetti emittenti, la quale può fondarsi solo sulla loro appartenenza all'ordinamento giuridico di detto Stato>> e dunque al principio dello stabilimento. Un criterio sussidiario sarebbe emerso nel caso in cui un'emittente televisiva ha sedi in più di uno Stato membro; in tal caso << *la giurisdizione alla quale è soggetta spetta allo Stato membro nel cui territorio l'emittente televisiva ha il centro d'attività, con riferimento in particolare al luogo in cui si decide la politica della programmazione e la composizione finale dei programmi da trasmettere*>>. Insieme a questa, la sentenza del 29 maggio 199. - Procedimento penale a carico di Paul Denuit. - Domanda di pronuncia pregiudiziale, in causa C-14/96, ribadisce l'affermazione del principio del Paese di origine e la legittimità del solo controllo di questo, insieme con il divieto di imporre misure direttamente indirizzate all'operatore da parte dello Stato di destinazione; in particolare in maniera alquanto perentoria la Corte, nel ribadire la sufficienza del controllo unico sancisce che << *uno Stato membro non può permettersi di adottare unilateralmente provvedimenti correttivi o di difesa destinati ad ovviare all'eventuale trasgressione, da parte di un altro Stato membro, delle norme del diritto comunitario*>>.

rilievo alla sola destinazione della trasmissione ad un determinato territorio, tralasciando di fatto l'elemento dello stabilimento dell'emittente o gli elementi soggettivi della sua condotta.

Proseguendo nell'analisi della giurisprudenza che risulta utile alla valutazione della attuale normativa, va menzionata anche la sentenza 11/95¹³⁵, avente ad oggetto una procedura di infrazione nei confronti del Belgio. Lo Stato belga, infatti, imponeva un sistema di autorizzazioni e controlli nei confronti delle emittenti straniere che trasmettevano nel suo territorio.

In esito alla procedura di infrazione la Corte affermò che lo Stato membro di ricezione non aveva in alcun modo la facoltà di esercitare un controllo diretto sulle trasmissioni destinate al suo territorio.

Di conseguenza si ritenevano violati gli obblighi che Imposti dall'art. 2 della Direttiva Televisioni senza Frontiere qualora uno Stato membro avesse praticato un sistema di autorizzazione previa per la ritrasmissione via cavo di programmi televisivi provenienti da altri Stati membri, o un sistema di autorizzazione previa, espressa e

¹³⁵ E' la sentenza della Corte del 10 settembre 1996 - Commissione delle Comunità europee contro Regno del Belgio.

condizionata, per la ritrasmissione via cavo di programmi televisivi provenienti da altri Stati membri che comprendono pubblicità commerciale o programmi di televendita più particolarmente destinati ai telespettatori di detto Stato.

Ed ancor più significativa è in questo quadro la sentenza *De Agostini*, in causa C-34/95, adottata in esito ad una domanda di pronuncia pregiudiziale¹³⁶. Una decisione, questa, che veniva pronunciata in relazione alla tutela dei minori, come prevista dalla Direttiva 89/552.

Orbene, la Corte riteneva che, anche in una materia così delicata, quale quella della tutela dei minori, avente peraltro specifico riconoscimento nel testo normativo, la direttiva 89/552 rendeva illegittima l'applicazione alle trasmissioni televisive provenienti da altri Stati membri di una disposizione di una legge nazionale che imponesse che una sequenza pubblicitaria trasmessa nelle fasce orarie previste per la pubblicità televisiva non dovesse essere diretta ad attirare l'attenzione dei bambini minori di dodici anni.

Infatti, a parere della Corte, la direttiva conteneva un insieme completo di disposizioni specificamente diretto a

¹³⁶ Sulla portata di questa sentenza in particolare per l'affermazione dei principi a tutela dei minori si veda CONTALDO A., *I vincoli della pubblicità televisiva via satellite: tutela dei minori e dei consumatori*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1997, p.797-806.

tutelare i minori nei confronti dei programmi televisivi in generale e della pubblicità televisiva in particolare, il cui rispetto doveva essere garantito dallo Stato di trasmissione.

Tali disposizioni, rendevano comunque legittima e facevano salva l'applicazione di normative più dettagliate dello Stato di ricezione aventi come scopo generale la difesa dei consumatori o dei minorenni¹³⁷; queste però ostavano a che lo Stato membro di ricezione applicasse a trasmissioni provenienti da altri Stati membri in maniera diretta ed immediata disposizioni specificamente dirette a controllare il contenuto della pubblicità televisiva nei confronti dei minorenni, istituendo di fatto un secondo controllo.

Un'interpretazione in linea con l'applicazione che del principio del Paese di origine veniva compiuta nella Direttiva; ancor più che la Corte riconosceva il potere di adottare provvedimenti diretti contro l'autore del messaggio pubblicitario ma non contro l'emittente che lo trasmetteva¹³⁸.

Da ultimo e di recente, la Corte di Giustizia ha dimostrato di mantenere la linea interpretativa adottata nelle analizzate pronunce che si pongono alla base della

¹³⁷ In relazione al rapporto tra Direttiva senza Frontiere e regolamentazione della pubblicità, si veda CRISCUOLO A., *The "TV Without Frontiers" Directive and the Legal Regulation of Publicity in the European Community*, in *European Law Review* 1998 p.357-363.

giurisprudenza in materia di trasmissioni televisive a livello comunitario, nella sentenza in causa C-500/06¹³⁹.

La Corte ha infatti ritenuto illegittimo un regime regolamentare relativo al divieto di trasmissione di pubblicità aventi ad oggetto trattamenti medico-chirurgici effettuati in strutture sanitarie private, laddove tale regime consentiva tali pubblicità sulle reti locali, vietandolo invece su quelle nazionali. L'incoerenza insita nella diversità di trattamento, infatti, rendeva la misura discriminatoria limitando di fatto ingiustamente il diritto alla trasmissione da parte di emittenti stabilite in altro Stato membro.

Il quadro giurisprudenziale che emerge è dunque quello di una coerente linea interpretativa coerente sostenuta dalla Corte; il principio del Paese di origine è stato considerato e valutato come principio prevalente rispetto alle esigenze degli Stati membri, e la valutazione dello stesso deve avvenire in base alla rigorosa applicazione del principio di stabilimento.

Ancorché le eventuali misure particolareggiate siano infatti comunque giustificate da un interesse generale, queste dovranno essere applicate ai soli operatori stabiliti nello

¹³⁹ Si tratta della sentenza del 17 luglio 2008 avente ad oggetto un domanda di pronuncia pregiudiziale presentata nell'ambito del processo tra Corporación Dermoestética SA contro To Me Group Advertising Media.

Stato che introduce le misure, non invece alle trasmissioni provenienti da altri Stati membri. Una linea interpretativa dalla quale, come si vedrà, il legislatore comunitario sembra recentemente aver preso le distanze, compiendo un sostanziale capovolgimento dell'applicazione del principio del Paese di origine.

5. La direttiva servizi media audiovisivi e la libertà di trasmissione

Si sono dunque analizzate finora le diverse formulazioni che del principio del paese di origine sono state fornite nelle diverse versioni della direttiva Televisione senza Frontiere. Si è altresì visto come la giurisprudenza della Corte di Giustizia sia ritornata sulle questioni applicative scaturenti dalle suddette norme, arrivando a delineare particolari settori o insieme di norme nazionali riconducibili nella categoria delle norme di interesse generale.

Sulla base di questi elementi il Parlamento ed il Consiglio hanno intrapreso un percorso di aggiornamento della normativa comunitaria in materia di trasmissioni televisive ed audiovisivo. In particolare, la nuova direttiva

2007/65¹⁴⁰ è stata adottata alla luce delle significative novità tecnologiche emerse nel settore delle comunicazioni e dell'audiovisivo.

Una normativa al passo con i tempi dell'evoluzione tecnologica infatti non può non tenere conto delle significative novità tecnologiche e di come le stesse hanno influito sui modelli di fornitura dei servizi e delle trasmissioni televisive.

Al tempo stesso tali elementi hanno significativamente modificato i modelli di relazione tra gli utenti ed i fornitori di contenuti; così come al tempo stesso dal lato dell'offerta è ormai riscontrabile una separazione tra i diversi soggetti.

Un insieme di novità e di mutamenti che pur tuttavia non hanno modificato la sostanza dell'attività di trasmissione televisiva ed il suo inquadramento. Se infatti l'innovazione tecnologica incardina in maniera ancora più

¹⁴⁰ Si tratta della direttiva del Consiglio e del Parlamento adottata il 19 dicembre 2007 n. 2007/65, Direttiva sui servizi media audiovisivi. Al momento della redazione del presente lavoro solo alcuni commenti sono stati pubblicati e di questi si dà atto. In particolare, G. CAGGIANO, *Evoluzione della direttiva Televisione senza frontiere e l'ampliamento del suo campo di applicazione a tutti i servizi audiovisivi*, in A. FRIGNANI, E. PODDIGHE, V. ZENO-ZENCOVICH, *La Televisione digitale: temi e problemi*, Milano, 1997, pp. 139 ss., A. CARTA, *La nuova disciplina comunitaria dei servizi di media audiovisivi*, in *Contratto e Impresa – Europa*, 2008, pp. 898, R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Torino, 2009.

evidente tale attività nell'ambito della prestazione di servizi, al tempo stesso le molteplici innovazioni amplificano il carattere peculiare delle stesse sotto il profilo dell'esercizio della libera manifestazione del pensiero.

Se è vero infatti che l'attività televisiva viene sovente inquadrata in attività di mero intrattenimento non va però dimenticato come, soprattutto alla luce dell'evoluzione tecnologica attuale, consenta la trasmissione e diffusioni di un numero amplissimo di canali televisivi e servizi agli stessi collegati (servizi a richiesta, teletext, servizi di tipo informativo), in modalità multilingua, inclusa la trasmissione di programmi a contenuto informativo, giornalistico ¹⁴¹, culturale. Tale circostanza è d'altronde riscontrata dallo stesso legislatore comunitario laddove nel considerando 3 della direttiva 2007/65 evidenzia come << *i servizi di media audiovisivi sono nel contempo servizi culturali ed economici. L'importanza crescente che rivestono per le società, la democrazia — soprattutto a garanzia della libertà*

¹⁴¹ Si pensi alla sempre più ampia diffusione dei canali *all news* e dei servizi a richiesta aventi ad oggetto l'informazione giornalistica; o ancora i canali nazionali in lingua originali ritrasmessi da un Paese europeo alla quasi totalità di tutti gli altri Paesi (su tutti valga l'esempio del canale inglese BBC, o del circuito EuroNews/EuroSport che opera su base esclusivamente europea e comunitaria, o ancora alla diffusione dei canali di servizio pubblico che sono così in grado di raggiungere l'intero territorio comunitario). Tali modalità di esercizio dell'attività televisiva rappresentano sempre più elemento di diffusione delle opinioni, anche politiche, in una dimensione ampiamente europea e comunitaria.

d'informazione, della diversità delle opinioni e del pluralismo dei mezzi di informazione —, dell'istruzione e della cultura giustifica l'applicazione di norme specifiche a tali servizi>>.

Il mutato scenario dunque ha confermato ed anzi rafforzato le prime conclusioni relative all'intrinseco valore delle attività di trasmissione televisiva; queste, insieme con gli altri servizi media audiovisivi, si caratterizzano come esplicitazione in forma contemporanea della libertà di manifestazione del pensiero.

L'esercizio di una libertà non più limitata alla mera dimensione interna ai singoli Stati membri ma che si apre ad una più ampia dimensione europea e comunitaria; ed in tal senso proprio la fornitura di servizi audiovisivi in una dimensione europea rappresenta il miglior veicolo ed esercizio della stessa libertà.

Ciò che dunque si pone all'interprete è la necessità di cogliere se la nuova normativa sia in grado di soddisfare le esigenze che scaturiscono dalla nuova realtà tecnologica e se, soprattutto, l'attuale normativa prevista dalla direttiva 2007/65 sia in grado di recepire tali esigenze e di trasporle nella normativa comunitaria.

In tal senso non pone problemi particolari la formulazione dell'art. 2 della nuova Direttiva, come emendato. Questo infatti opera secondo la stessa linea già

adottata con la direttiva 97/36 nel fissare i criteri per determinare lo stabilimento di una emittente. Unica modifica sostanziale è rappresentata dal coerente ampliamento dell'applicazione delle norme a tutti i servizi audiovisivi, ivi inclusi i servizi a richiesta o non lineari.

Alcune prime modifiche di rilievo vengono invece introdotte dall'art. 2bis della Direttiva. Questo infatti lascia pressoché invariata la formulazione dei primi tre paragrafi, che vanno riferiti alle trasmissioni televisive lineari, ovvero quelle tradizionali. Nel ribadire che *<<gli Stati membri assicurano la libertà di ricezione e non ostacolano la ritrasmissione sul proprio territorio di servizi di media audiovisivi provenienti da altri Stati membri per ragioni attinenti ai settori coordinati dalla presente direttiva>>* (paragrafo 1), la disposizione prevede poi la facoltà per lo Stato di ricezione di derogare a titolo provvisorio a tale obbligo laddove ricorrano contemporaneamente le condizioni già previste dalle precedenti direttive.

Anche la casistica delle violazioni rilevanti rimane identica e riferibile alle sole violazioni delle norme a tutela dei minori ed in caso di che contengano incitamento all'odio basato su differenze di razza, sesso, religione o nazionalità.

Ciò che però va rimarcato e che assume un rilievo significativo è il ribadire il valore di temporaneità che viene

conferito alle misure derogatorie; anche nel caso di violazioni più gravi, cioè, il provvedimento adottato in maniera diretta dallo Stato di destinazione rimane provvisorio e soggetto alla valutazione della Commissione che dovrà avvenire entro due mesi. Un elemento questo del quale va tenuto conto nel momento in cui si andrà a valutare la complessiva coerenza della nuova normativa.

Una significativa novità è invece rappresentata dall'introduzione del paragrafo 4 dell'articolo 2bis. Questo infatti prevede il potere per lo Stato membro di ricezione di bloccare la trasmissione di servizi di media audiovisivi a richiesta provenienti da altri Stati membri.

Ciò però sarà possibile ancora una volta nel rigoroso rispetto di alcune condizioni. Le misure derogatorie alla libertà di ricezione potranno infatti essere adottate laddove le stesse siano <<*necessarie*>> per motivi di ordine pubblico¹⁴², tutela della sanità, motivi di pubblica sicurezza e tutela dei consumatori. Inoltre le misure dovranno essere strettamente relative ad un servizio di media audiovisivo che

¹⁴² Ai motivi di ordine pubblico è aggiunta la specificazione che dovrà trattarsi di motivi rilevanti in particolare <<*per l'opera di prevenzione, investigazione, individuazione e perseguimento di reati, anche in vista della tutela dei minori e della lotta contro l'incitamento all'odio basato su razza, sesso, religione o nazionalità, nonché contro violazioni della dignità umana dei singoli individui*>>.

rechi o rischi di recare grave pregiudizio agli obiettivi sopra menzionati e dovranno altresì essere proporzionate.

Alla indicazione delle ragioni per l'adozione dei provvedimenti diretti da parte del Paese di destinazione segue l'indicazione della procedura che prevede l'obbligo di *warning* nei confronti del Paese di origine, la mancata o insufficiente adozione dei provvedimenti da parte dello stesso e la notifica preventiva alla Commissione. Solo in casi di urgenza (articolo 2bis, paragrafo 5) i provvedimenti possono essere adottati senza la necessaria procedura; tale circostanza andrà però notificata alla Commissione ed adeguatamente motivata, fatto salvo il diritto per la stessa Commissione di ritenere le misure incompatibili con il diritto comunitario e chiedere allo Stato l'immediata sospensione (art. 2bis, paragrafo 6).

Ne deriva, nel complesso, un sostanziale rafforzamento del principio del Paese di origine; il potere dello Stato di destinazione è esercitabile a condizioni pressoché identiche a quelle per le quali è esercitabile per i servizi lineari.

Le esigenze che giustificano un intervento diretto sono infatti le esigenze già previste nel Trattato, con alcune specifiche. Non sfugga come tale disciplina anzi, nel procedere con una equiparazione pressoché totale tra servizi

lineari e non lineari mostra come il legislatore comunitario, attribuisca pari dignità ad entrambe le tipologie di servizi.

Può quindi ritenersi che proprio nelle disposizioni che maggior rilievo hanno ai fini della circolazione delle trasmissioni e dunque della esplicazione della libertà editoriale e di organizzazione delle comunicazioni il legislatore comunitario abbia voluto valorizzare l'elemento di esercizio di libertà insito in ciascuna forma di attività di trasmissione di servizi media.

Tale estensione ed assimilazione mostra anzi una visione prospettica molto vicina ed attenta allo sviluppo tecnologico; se è vero infatti che i servizi non lineari rappresentano per alcuni aspetti il sistema di maggior diffusione di servizi audiovisivi, fin d'ora il legislatore comunitario ha mostrato una flessibilità ed un sostanziale incentivo alla circolazione degli stessi.

6. Il problematico superamento del principio del Paese d'origine nell'articolo 3 della direttiva AVMS

Nel quadro coerente offerto dalla Direttiva AVMS manifesta una certa distonia la nuova formulazione dell'art. 3 della direttiva; al punto che, le novità introdotte sono potenzialmente in grado di alterare il sistema basato

complessivamente sul principio del Paese di origine e sulla sua applicazione.

La nuova formulazione dell'art. 3 infatti conferma al primo paragrafo la facoltà per gli Stati membri di <<*richiedere ai fornitori di servizi di media soggetti alla loro giurisdizione di rispettare norme più particolareggiate o più rigorose nei settori coordinati dalla presente direttiva*>>.

Tale facoltà era già contemplata dalla direttiva 89/552; la stessa direttiva però nei suoi Considerando riteneva la norma applicabile solo a limitati casi (protezione e promozione dell'area linguistica e tutela dei consumatori¹⁴³); ma soprattutto l'imposizione delle norme più rigorose si riferiva solo ed esclusivamente alle emittenti sottoposte alla giurisdizione dello Stato che quelle misure adottava, mentre nessun meccanismo di applicazione era riscontrabile rispetto alle trasmissioni provenienti da altri Stati membri¹⁴⁴.

La direttiva 97/36 aveva confermato per intero le previsioni della direttiva Televisione senza Frontiere; unica aggiunta era rappresentata dal paragrafo 3 per il quale <<*i provvedimenti comprendono le procedure idonee a permettere che*

¹⁴³ L'espresso riferimento alla tutela dei consumatori era senz'altro dovuto alla vasta giurisprudenza in materia di norme più rigorose nel settore della pubblicità audiovisiva.

¹⁴⁴ Ed anzi era ripetuto il riferimento all'applicabilità alle sole emittenti soggette alla giurisdizione dello Stato che imponeva le misure aggiuntive.

i terzi direttamente lesi, compresi i cittadini di altri Stati membri, possano adire le competenti autorità, giudiziarie o di altro tipo, per ottenere l'effettivo rispetto secondo le disposizioni nazionali>>.

Una disposizione che si inquadra nel contesto normativo che si è sopra analizzato e che era sostanzialmente volto a sanzionare le eventuali condotte elusive poste in essere dalle emittenti; in tale quadro, pertanto, veniva riconosciuto ai terzi direttamente lesi, inclusi i cittadini di altri Stati membri, di *<<far valere i propri diritti, secondo il diritto interno, dinanzi alle autorità competenti dello Stato membro che esercita la giurisdizione sull'ente di telediffusione che possa aver omesso di rispettare le norme interne di attuazione>>*. Una disposizione che è dunque chiaramente indirizzata a fornire ai soggetti e quindi anche ai concorrenti o ai consumatori, lesi da condotte sostanzialmente elusive delle normative più rigorose, di poter far valere i propri diritti soggettivi.

Ciò che non viene in alcun modo menzionato è un potere di intervento diretto da parte dello Stato di ricezione nei confronti dell'emittente; o quantomeno lo stesso rimane limitato alle fattispecie ed alle rigorose condizioni previste dall'articolo 2.

L'articolo 3 della Direttiva, nella sua nuova formulazione invece, arriva a modificare in maniera sostanziale la procedura di intervento come prevista dalla precedente formulazione della direttiva. La formulazione dello stesso appare articolata e lascia alcuni dubbi interpretativi, ragion per cui un'analisi testuale della disposizione risulta essere la più utile.

Il paragrafo 1 rimane sostanzialmente inalterato nel riconoscere la facoltà per gli Stati membri *<<di richiedere ai fornitori di servizi di media soggetti alla loro giurisdizione di rispettare norme più particolareggiate o più rigorose>>*, aggiungendo però da subito che le stesse norme dovranno essere *<<conformi al diritto comunitario>>*.

E' un inciso che si ricollega a quanto immediatamente dopo viene previsto dal paragrafo 2. E' proprio tale disposizione che presenta i profili più problematici. Questa infatti prevede che *<<Uno Stato membro, nei casi in cui: a) ha esercitato la facoltà ai sensi del paragrafo 1 di adottare norme più particolareggiate o più rigorose di interesse pubblico generale; e b) ritiene che un'emittente soggetta alla giurisdizione di un altro Stato membro fornisca una trasmissione televisiva in tutto o per la maggior parte destinata al suo territorio; può contattare lo Stato membro che esercita la giurisdizione al fine di*

conseguire una soluzione reciprocamente soddisfacente per qualsiasi problema sorto>>.

Orbene, tale disposizione stabilisce con chiara evidenza che da un lato gli Stati membri possono adottare le misure più particolareggiate, ma soprattutto che nell'ipotesi in cui un'emittente destini le proprie trasmissioni al territorio del primo Stato membro, la stessa sia di fatto automaticamente sottoposta alla disciplina più rigorosa dello Stato di destinazione.

Il legislatore comunitario, infatti, pone solo alcuni limiti, peraltro poco restrittivi, ad un controllo effettivo dello Stato di destinazione nei confronti dell'emittente transfrontaliera. Un primo limite è quello della adozione di norme più rigorose che siano <<*conformi al diritto comunitario*>>; un limite questo che si pone in combinato disposto con la specifica di cui alla lettera a) del paragrafo 2 che prevede la facoltà di <<*adottare norme più particolareggiate o più rigorose di interesse pubblico generale*>>. Entrambe le disposizioni vanno a fissare una sorta di condizione di validità delle misure più rigorose, ovvero che le stesse siano in linea con le previsioni del diritto comunitario; in particolare poi dovranno essere norme di interesse pubblico generale, secondo la nozione di interesse pubblico generale fissato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

L'unico limite che viene posto agli Stati membri è quindi un limite legato ad una nozione, quella di misure di interesse pubblico generale, affermatosi in virtù di precedenti pronunce giurisprudenziali; che però, come evidenziato, sono state il frutto di una continua evoluzione impostata su una valutazione del caso concreto e soprattutto, nel caso di pronunce pregiudiziali, necessariamente legate all'oggetto delle stesse questioni avanzate dal giudice *a quo*.

Un primo profilo di problematicità e critica, consiste dunque nell'ancorare il potere di limitare l'attività di trasmissione televisiva transfrontaliera ad un concetto di derivazione giurisprudenziale, che sarebbe sottoponibile ad aggiornamenti, revisioni ed evoluzioni. Ne deriverebbe pertanto un'assoluta incertezza per gli operatori, ma soprattutto il potere di limitare l'attività transfrontaliera verrebbe ad essere demandato interamente all'applicazione concreta ed all'interpretazione che del dettato giurisprudenziale farà lo Stato di destinazione.

Né tantomeno può ritenersi che un filtro efficace sia rappresentato dalla condizione della lettera b) del paragrafo 2, ovvero la circostanza per la quale la trasmissione dell'emittente debba essere destinata <<*in tutto o per la maggior parte*>> al territorio dello Stato di destinazione.

Tale circostanza, se si vuole, rappresenta l'essenza stessa dell'attività di fornitura di servizi a livello transfrontaliero; ma soprattutto affinché sia esercitabile il potere dello Stato di destinazione è sufficiente che la trasmissione sia destinata anche solo in parte al territorio e soprattutto sarà sufficiente che lo Stato di destinazione <<ritenga>> che tale fattispecie si verifichi.

In definitiva, dunque, l'impatto sulla prestazione di servizi transfrontalieri è senz'altro immediato e diretto, e soprattutto quello che si riscontra è la totale assenza di condizioni o limiti imposti all'esercizio, non tanto della facoltà di adottare norme più rigorose, ma altresì al potere di imporre le stesse all'operatore che si trovi stabilito in altro Stato.

Ed ancor più tale aspetto è evidenziato dalla riconosciuta facoltà per lo Stato di destinazione di poter <<contattare lo Stato membro che esercita la giurisdizione al fine di conseguire una soluzione reciprocamente soddisfacente per qualsiasi problema sorto>>. Anche in tale disposizione è possibile riscontrare una vaghezza che lascerebbe libero lo Stato di destinazione di attivarsi presso lo Stato di origine anche a fronte di violazioni minime o comunque non rilevanti da parte dell'emittente transfrontaliera.

Perché se da un lato è vero che le norme più rigorose dovrebbero essere in linea con il diritto comunitario, fermo restando che nessun controllo preventivo sulle stesse viene compiuto dagli organismi comunitari, è altresì vero che nessun limite è posto al potere di intervento e contatto dello Stato di destinazione.

Questo dunque potrà riguardare qualunque tipo di condotta, e non necessariamente condotte gravi o di rilievo; cosa che invece avviene sotto la vigenza della formulazione di cui all'articolo 2 della stessa direttiva. La vaghezza del concetto di <<*qualunque problema sorto*>> infatti lascia ampi margini di interpretazione, e che potrebbero rendere legittima una richiesta allo Stato di origine, anche sulla base di mere presunzioni e non di accertamenti fattuali di violazioni delle norme più rigorose.

Il sostanziale superamento del principio del Paese di origine, avviene infine con la successiva procedura, come descritta all'ultimo periodo del paragrafo 2. Ovvero la previsione per la quale << *alla ricezione di una richiesta motivata da parte del primo Stato membro, lo Stato membro che esercita la giurisdizione chiede all'emittente di ottemperare alle norme d'interesse pubblico generale in questione. Lo Stato membro che esercita la giurisdizione informa il primo Stato membro entro due mesi sui risultati ottenuti a seguito della*

richiesta. Entrambi gli Stati membri possono invitare il comitato di contatto istituito ai sensi dell'articolo 23 bis a esaminare il caso>>.

Tale disposizione implica dunque a tutti gli effetti il superamento del principio del Paese di origine; lo Stato di destinazione potrà infatti autonomamente decidere di adottare norme più rigorose, le quali si applicheranno a tutte le trasmissioni destinate al proprio territorio; laddove sorga qualsivoglia problema in relazione alla stessa attività di trasmissione transfrontaliera sarà possibile per lo Stato di destinazione imporre allo Stato di origine l'adozione di procedure volte a rendere effettivo il rispetto delle stesse norme.

Di tale attività, inoltre, lo Stato di origine dovrà rendere conto, dal momento che entro due mesi dovrà informare lo Stato di destinazione sui risultati ottenuti. In concreto dunque, l'emittente televisiva che vorrà esercitare la propria libertà su base transfrontaliera, si troverà nella situazione di dover adempiere e rispettare tutte le eventuali norme più rigorose e dettagliate introdotte da i diversi Stati membri; allo stesso modo potrà realisticamente trovarsi nella condizione di dover far fronte a contemporanee multiple richieste da parte delle autorità che esercitano la

giurisdizione e che abbiano ricevuto richieste da parte degli Stati di destinazione.

Inoltre, merita attenzione la circostanza per la quale la stessa disposizione si colloca totalmente fuori sintonia con le restanti disposizioni della direttiva; infatti uno Stato membro di destinazione potrebbe essere indotto ad adottare norme più rigorose in tutti i settori della direttiva e sulla base di questi esercitare poi il potere di intervento.

In tal modo sarebbero facilmente aggirabili le condizioni di cui all'articolo 2*bis*, che impongono obblighi di notifica e rigorosi dettagli nella descrizione della violazione.

La procedura di cui all'art. 3 invece consentirebbe in maniera molto più diretta di intervenire negli stessi settori, costringendo lo Stato di origine ad adottare le misure richieste, come sopra evidenziato.

Il successivo paragrafo 3 prevede invece l'ulteriore facoltà per lo Stato di destinazione di adottare provvedimenti in maniera diretta nei confronti dell'emittente transfrontaliera. Una facoltà che è sottoposta a, poche, condizioni da soddisfare; ovvero la circostanza per la quale i risultati ottenuti dallo Stato di origine in forza della prima richiesta dello Stato di destinazione siano considerati non sufficienti al soddisfacimento delle iniziali richieste, ed in secondo luogo nell'ipotesi in cui lo Stato di

destinazione <<ritenga>> che << l'emittente in questione si sia stabilita nello Stato membro che esercita la giurisdizione per aggirare, nei settori coordinati dalla presente direttiva, le norme più rigorose>>.

Ritorna dunque, in questa seconda ipotesi, il requisito dell'aggiramento, ovvero dell'*intentio fraudis* che dovrebbe spingere l'emittente a stabilirsi in un altro territorio per aggirare le norme più rigorose. Ma ancora una volta, il dettato normativo presenta elementi di vaghezza ed indeterminazione quantomeno problematici.

Il legislatore comunitario aveva reso sufficientemente chiaro con la novella del 1997 a quali condizioni uno Stato dovesse ritenersi stabilito in uno Stato membro e tali criteri di stabilimento andavano considerati come parametro al fine di valutare la possibile intenzione o volontà di aggiramento di norme più rigorose.

Si è visto in tal senso come la giurisprudenza comunitaria abbia individuato una serie di indici presuntivi, pur rimanendo la difficoltà di individuare se debba considerarsi rilevante il riscontro dei suddetti indici presuntivi o se invece debba essere accertato un effettivo aggiramento e mancato rispetto delle suddette norme.

Rispetto a tale problematica il legislatore comunitario è intervenuto con una disposizione che demanda interamente

allo Stato di destinazione la prima valutazione in merito all'eventuale aggiramento delle norme più rigorose. Solo in un secondo momento, ovvero laddove lo Stato di destinazione decida e stabilisca quali misure adottare, avverrà una notifica per controllo di compatibilità comunitaria alla Commissione.

In tale fase spetterà alla Commissione verificare entro tre mesi se le misure sono compatibili con il diritto comunitario e, in particolare, che le valutazioni dello Stato di destinazione siano *<<obiettivamente necessarie, applicate in modo non discriminatorio e proporzionate agli obiettivi perseguiti>>* e se le richieste che le *<<valutazioni dello Stato membro che adotta tali misure ai sensi dei paragrafi 2 e 3 sono correttamente motivate>>*.

Un intervento, quello della Commissione, che si colloca solo in una fase finale, e solo rispetto ad una parte dell'intera procedura di cui all'articolo 3, ovvero la parte relativa all'intervento diretto dello Stato di destinazione nei confronti dell'emittente, con l'adozione di misure restrittive e sanzionatorie.

Se, di contro, ai sensi del paragrafo 2, le richieste dello Stato di destinazione fossero direttamente accolte dallo Stato di origine, l'emittente si troverebbe di fatto a dover conformarsi alle richieste dello Stato di destinazione,

appunto, senza che avvenga nessun vaglio di conformità da parte della Commissione.

Ancor più che rimarrebbe a disposizione dell'emittente televisiva la sola via giurisdizionale per la tutela della sua posizione; e si tratterebbe di una procedura quanto mai complessa, se è vero che l'emittente dovrebbe incardinare la richiesta di rinvio pregiudiziale all'interno di un procedimento interno che vedrebbe contrapposta la stessa all'autorità dello Stato di origine. Ma a ben vedere, oggetto e base della controversia sarebbe una misura introdotta da un altro legislatore, per cui la stessa Corte dovrebbe poi chiamare in causa lo Stato di destinazione e valutare attraverso una pronuncia pregiudiziale la legittimità comunitaria di una disposizione emanata da uno Stato membro ma attuata dalle autorità di un altro Stato.

Residuerrebbe in capo all'emittente la possibilità di attivare, tramite denuncia alla Commissione un ricorso per inadempimento nei confronti dello Stato di destinazione delle trasmissioni, avente ad oggetto le norme più rigorose. Ma ancora una volta questa procedura si collocherebbe su un piano parallelo alla richiesta di adempimento adottata dallo Stato di destinazione, e vedrebbe in tempi diversi la Commissione pronunciarsi sulla legittimità comunitaria delle

misure più rigorose e sulla compatibilità comunitaria delle misure richieste dallo Stato di adozione.

Un accavallarsi di procedure che potrebbe portare la Commissione a dare un rilievo “sostanziale” al controllo da esercitare ai sensi del paragrafo 4, rendendo in questa sede un giudizio sulla compatibilità comunitaria delle misure più rigorose complessivamente intese.

Una circostanza che però sembrerebbe limitata dal dettato della direttiva, stando al quale vi potrebbe essere una prima decisione di compatibilità comunitaria delle misure richieste dallo Stato di destinazione, in quanto *<<obiettivamente necessarie, applicate in modo non discriminatorio e proporzionate agli obiettivi perseguiti>>* e soprattutto in quanto correttamente motivate. Ma questo giudizio verterebbe solo sulle misure direttamente rivolte all’operatore non stabilito, non avendo ad oggetto *ex se* le misure più rigorose. Solo, successivamente la stessa Commissione, in occasione della fase pre-contenziosa in occasione di un eventuale ricorso per inadempimento potrebbe ritenere illegittime dal punto di vista del diritto comunitario le norme in base alle quali sono state adottate le misure che la stessa Commissione ha approvato.

In definitiva, dunque, il nuovo articolo 3 della direttiva Servizi Media Audiovisivi delinea un quadro normativo con numerose incertezze ed alcuni rilevanti nodi problematici. Uno scenario realistico vede infatti nel prossimo futuro la possibilità per uno Stato di destinazione di adottare misure più rigorose interamente applicabili, senza alcun filtro o soddisfacimento di condizioni, alle emittenti stabilite nel proprio territorio o in quello di un altro Stato membro.

Sicuramente un limite implicito della normativa consiste nel non aver ancorato la nozione di norme di interesse pubblico generale ad una elencazione dettagliata che recepisce le acquisizioni giurisprudenziali, come peraltro riconosciute dai considerando della direttiva.

Il potere di controllo dei singoli Stati membri sull'attività di trasmissione televisiva torna dunque ad essere preponderante, e ciò sia nei confronti delle emittenti stabilite nel proprio territorio che di quelle stabilite in un altro Stato membro.

Le più diverse restrizioni, ancorché presentate come norme più rigorose di interesse generale potrebbero essere attuate e l'eventuale illegittimità sarebbe riscontrabile solo in una fase giurisdizionale e contenziosa.

In tal senso, dunque, è ragionevole ritenere che il legislatore comunitario, differentemente da quanto affermato nel testo della normativa, di fatto abbia optato per un superamento dell'applicazione del principio del Paese di origine, soprattutto se confrontato con le precedenti formulazioni della direttiva.

Il regime delle eccezioni, infatti, e la sua ampia applicabilità, insieme con l'assenza di controlli preventivi di legittimità induce a ritenere che il sistema di regolamentazione delle trasmissioni televisive a livello transfrontaliero sia adesso organizzato in base ad un diverso regime, che non sia quello del Paese di origine.

Questo regime si caratterizzerebbe per l'applicazione di una base comune di norme, alcune delle quali *self executing*, derivanti dalle previsioni della direttiva. Queste sarebbero uniformemente applicabili da tutti gli Stati membri e da tutti gli operatori e sul loro rispetto sarebbe competente a decidere soltanto il Paese di origine delle trasmissioni.

A fianco alla base comune di norme vi sarebbero poi un insieme di norme più rigorose e dettagliate applicabili dagli Stati membri; e fin qui nessuna differenza con le precedenti formulazioni della normativa. Lo scarto che segna il superamento del precedente assetto normativo consiste

invece nel fatto che tali differenti regimi si applicherebbero non solo in base al principio di stabilimento, ma anche in base al principio di destinazione.

Ne deriva che se rimane la molteplicità oggettiva delle normative, ciò che segna il superamento del principio del Paese di origine è l'applicabilità soggettiva delle regole, il cui rispetto potrà essere imposto a tutti i soggetti che destinano le loro trasmissioni ad un determinato territorio. Ecco dunque che non vi sarà per l'operatore una sola normativa applicabile, ma tante normative applicabili quanti sono i territori ai quali vorrà destinare le proprie trasmissioni.

Una circostanza questa che ha un notevole impatto sulla circolazione delle trasmissioni televisive, dal momento che impone all'operatore che vorrà operare su base transfrontaliera una necessaria attività di verifica e di adattamento delle proprie trasmissioni.

Ancor più ciò rileva se si pensa ai sistemi di cosiddette quote trasmissive e di investimento in programmi nazionali; misure che la Corte di Giustizia ha ritenuto di interesse pubblico generale in quanto a tutela e protezione del patrimonio linguistico e culturale dei singoli Stati.

Orbene, nell'ipotesi in cui un operatore volesse operare su una base comunitaria, e dunque destinare le

proprie trasmissioni all'intero territorio dell'Unione europea, lo stesso potrebbe trovarsi nella situazione di dover rispettare gli obblighi di trasmissione ed investimento in opere di tutti gli Stati membri.

Una situazione paradossale se si pensa che alcuni Stati richiedono percentuali di programmazione o di investimento che, sommate a quelle imposte da altri Stati arriverebbero a decidere totalmente, *ex lege*, le decisioni editoriali dell'emittente.

Sembra dunque evidente, a parere di chi scrive, che l'opzione del legislatore comunitario sortisca l'esito di frammentare il quadro normativo, vedendo gli interessi degli Stati membri come prevalenti rispetto all'esplicazione della libertà di manifestazione del pensiero su un piano compiutamente comunitario.

Di certo, lo sviluppo ed il recepimento della direttiva a livello dei singoli Stati, gli interventi della Commissione e l'attività interpretativa della Corte di Giustizia (la quale potrebbe alla luce della nuova normativa rivedere alcuni suoi assesti) potranno rappresentare degli importanti correttivi alle distorsioni ed alle vaghezze insite nella nuova formulazione ed applicazione del principio del Paese di origine.

Anche se proprio tale nuovo impianto normativo ed approccio del legislatore comunitario può essere ritenuto sufficiente per trarre, in esito all'analisi fin qui condotta, le conclusioni sul rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero e circolazione delle trasmissioni televisive a livello comunitario.

CONCLUSIONI

L'analisi sin qui condotta permette adesso di poter giungere ad alcune conclusioni relative alla disciplina comunitaria dell'attività radiotelevisiva¹⁴⁵.

Nel Capitolo I si è visto come le trasmissioni televisive, a partire dal caso *Sacchi* in poi, siano state storicamente inquadrate e qualificate come servizi per il diritto comunitario.

Un dato questo che prescindeva da tutta una serie di variabili tecniche caratterizzanti le stesse trasmissioni televisive. Venivano infatti ricondotte nella nozione di

¹⁴⁵ Le conclusioni del lavoro traggono spunto da alcuni scritti che aggiungendosi alla tradizionale letteratura in materia di libertà di manifestazione del pensiero, concentrano tuttavia l'attenzione su alcuni aspetti particolari, mettendo in relazione tra di loro, appunto la libertà di manifestazione del pensiero, le trasmissioni televisive e la normativa comunitaria. Tra questi si vedano U. DE SIERVO, *I diritti fondamentali europei ed i diritti costituzionali italiani*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, pp. 157 e ss., S. FOIS, *La libertà di informazione*, Ravenna, 1992; A. FRIGNANI e G. ROSSI, *Che cosa resterà dello spazio audiovisivo europeo?*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1997, pp. 677 e ss., A. PACE, *Libertà di informare e diritto ad essere informati: due prospettive a confronto*, in *Diritto Pubblico*, 2007, pp. 1 e ss., Id., *Libertà, pluralismo e autorità nella disciplina radiotelevisiva e delle telecomunicazioni*, in *Scritti in onore di Pototschnig*, Trento, 2003, pp. 849 e ss., L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà di informazione. Le problematiche attuali*, in *Politica del diritto*, 1987, pp. 5 e ss., P. STANCATI, *Il diritto fondamentale alla libera manifestazione del pensiero: profili critici e ricostruttivi, Parte I*, in *Politica del diritto*, 2005, pp. 171 e ss. ; P. STANCATI, *Il diritto fondamentale alla libera manifestazione del pensiero: profili critici e ricostruttivi, Parte II*, in *Politica del diritto*, 2005, pp. 413 e ss., R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2004, pp. 276 e ss. .

trasmissione televisiva tutte le attività effettuate sia in maniera diretta, che mediante ritrasmissione ed anche le ipotesi in cui non si fosse instaurato un rapporto giuridico diretto tra utente ed emittente. Elementi che furono poi ricondotti e fatti propri nella Direttiva 89/552, con il cui testo il legislatore comunitario sancì in via definitiva che, dal punto di vista del diritto comunitario, le trasmissioni televisive andavano considerate come servizi.

Alle stesse dunque andavano applicate tutti i principi e le norme generali, sia in materia di esercizio della libertà che in materia di restrizioni all'esercizio della stessa.

Il dettato normativo dunque giunse a funzionalizzare la disciplina delle trasmissioni televisive nella prospettiva di realizzazione di un mercato comune e di eliminazione di ostacoli alla libera circolazione dei servizi.

Al tempo stesso però, il legislatore del 1989 faceva di più ed ad una dimensione strettamente rivolta alla attuazione del mercato comune affiancava una dimensione ulteriore che caratterizzava le trasmissioni televisive transfrontaliere; le stesse cioè rappresentavano anche *<<una specifica manifestazione, nel diritto comunitario, del principio più generale della libertà di espressione qual è sancito dall'articolo 10, paragrafo 1 della Convenzione sulla*

salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali>>.

Come evidenziato in dottrina¹⁴⁶, in questo modo si venivano a porre le basi per una continua, e necessaria, valutazione della capacità del quadro normativo comunitario di applicare in una dimensione comunitaria il “*principio più generale della libertà di espressione*”.

Si è avuto modo infatti di riscontrare come l'attività di trasmissione televisiva e le riflessioni intorno alla stessa non possono essere ricondotte semplicemente in un quadro nazionale; l'innovazione tecnica porta ormai ad uno sviluppo delle attività di trasmissione televisiva su base transfrontaliera. Sempre più numerosi sono infatti gli operatori che organizzano la propria iniziativa in una dimensione comunitaria e multi territoriale servendosi dei servizi di trasmissione via satellite e via cavo.

Ma soprattutto sempre più sono gli operatori e gli editori che vedono il proprio riferimento non solo negli utenti/cittadini di un singolo Stato membro, ma nella complessità dei cittadini europei; e ciò per un insieme molteplice di attività di trasmissione televisiva, che vanno

¹⁴⁶ Un'analisi esaustiva in merito alla connessione tra libertà di espressione ed attività televisiva, anche con profili comparatistica di diritto europeo è compiuta in L. VESPIGNANI, *Telediffusione tra regime del servizio e servizio della libertà*, 1998, Milano, pp. 184 e ss. .

dall'informazione, alle trasmissioni culturali e di divulgazione scientifica, a quelle aventi ad oggetto di avvenimenti sportivi.

In tale mutato contesto tecnologico, l'attività di trasmissione televisiva diviene dunque una fattispecie complessa, composta dalla sua ascrivibilità ed avocazione alla sfera dei servizi comunitari insieme con la sua caratterizzazione come esplicazione delle libertà di espressione e manifestazione del pensiero, circolante in una dimensione prettamente comunitaria.

Al tempo stesso si è visto che il sistema comunitario ha previsto dei meccanismi per favorire la circolazione transfrontaliera dei servizi in generale; tra questi principi, quello che maggiormente ha supportato lo sviluppo di determinati settori è il principio del Paese di origine.

In settori chiave della libera prestazione dei servizi a livello comunitario, seppur con alcune varianti, si è infatti ritenuto che la migliore soluzione normativa al fine di favorire la circolazione degli stessi fosse l'applicazione al prestatore dei servizi della sola legge del Paese in cui lo stesso è stabilito.

In particolare, l'analisi di settori tra loro diversi, quali quello dei servizi finanziari, del commercio elettronico o la recente direttiva in materia di servizi in generale, ha reso

evidente come l'applicazione di tale principio sia stata considerata fondamentale nello sviluppo e attuazione della libera prestazione dei servizi.

Non è sfuggito, come visto nel Capitolo II, che lo stesso principio ha avuto diverse declinazioni che hanno riconosciuto poteri più o meno ampi di intervento alle autorità del Paese di destinazione.

Così come si è vista la nuova declinazione, se non parziale superamento che dello stesso è avvenuto con la direttiva 2006/123. Pur tuttavia si è evidenziato come tali revisioni del principio sono spesso passate attraverso due fattori; un primo è quello legato ad una funzione di armonizzazione solo parziale da parte delle direttive, mentre un secondo è rappresentato dal timore del cosiddetto *dumping* sociale, ovvero il timore di una fuga dei prestatori verso Stati membri con regimi normativi e regolamentari meno rigorosi.

Su questa base, infine, si è avuto modo di vedere come il dettato della Direttiva Televisione senza Frontiere, si poneva sulla scia di un'applicazione integrale del principio del Paese di origine; un insieme di limitazioni dello stesso potevano essere consentite, ma solo se limitate ad alcune fattispecie ed al rigoroso rispetto di alcune condizioni.

Di contro, l'applicazione di norme più rigorose o dettagliate sarebbe avvenuta solo nei confronti degli operatori stabiliti negli Stati membri che imponevano appunto le norme più rigorose.

Una regolamentazione, questa, che è stata parzialmente superata dalla nuova formulazione della Direttiva Televisione senza Frontiere, adesso rinominata Direttiva sui Servizi Media Audiovisivi.

Si è visto infatti nel Capitolo III come la nuova direttiva, con il nuovo articolo 3, riconosca ai singoli Stati membri la facoltà non solo di introdurre norme più rigorose nei confronti degli operatori stabiliti nel proprio territorio e sottoposti alla sua giurisdizione, ma consenta agli Stati membri di chiedere l'applicazione ed il rispetto degli stessi obblighi anche alle emittenti che destinino le loro trasmissioni ad un altro territorio.

In forza di tale meccanismo, e sulla base di una collaborazione tra le autorità di diversi Stati membri, si potrebbe concretamente arrivare nel prossimo futuro a prevedere la possibilità che un'emittente televisiva che voglia esercitare la propria attività su base comunitaria debba adempiere agli obblighi imposti da tutte le normative nazionali.

E tale risultato sembra ancor più contraddittorio e problematico se si pensa che tale regolamentazione si innesta in un sistema normativo che presenta caratteri di grande dettaglio e armonizzazione.

In una maniera piuttosto ambigua, cioè, il legislatore comunitario, da un lato introduce una normativa di sostanziale armonizzazione e *self executing* in molti suoi aspetti, dall'altro lato e contemporaneamente amplia a dismisura il potere di introdurre norme più rigorose, con il solo limite di un controllo *ex post* della Commissione europea.

Ne derivano dunque una ambivalenza ed una problematicità che impongono all'interprete una riflessione sul complesso normativo e sulle ulteriori problematicità che potrebbero sorgere.

L'Unione europea, con l'ormai definitiva approvazione del Trattato di Lisbona, si appresta a configurarsi come una comunità non solo di diritto, ma come un ordinamento avente caratteri costituzionalistici.

Si può in questa sede constatare come l'Unione europea faccia sempre più riferimento ad un insieme di diritti e valori che costituiscono il sostrato giuridico della stessa; non è un caso infatti il contestuale riferimento, nella nuova formulazione del Trattato sull'Unione europea, alla Carta dei

diritti fondamentali dell'Unione europea, alla CEDU ed alle tradizioni costituzionali comuni.

Un insieme di testi che fissano in maniera chiara il quadro di riferimento in termini di principi e diritti ai quali il legislatore comunitario dovrà ispirarsi. Si è avuto già modo di evidenziare la portata ed il contributo che l'art. 10 CEDU ha fornito già alla redazione della prima versione della Direttiva senza frontiere.

Al tempo stesso il nuovo Trattato di Lisbona recepisce in maniera diretta il dettato delle Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, la quale riconosce espressamente all'articolo 11 la libertà di espressione e d'informazione come diritto che *<<include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera>>* ed al tempo stesso la *<<la libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati>>*.

Tale insieme di norme creano dunque un quadro di principi e diritti che dovrebbero informare la regolamentazione comunitaria nel settore delle comunicazioni in generale e dei media in particolare.

Una libertà questa che solo parzialmente, come su evidenziato, può ritenersi pienamente ed effettivamente

applicata, quantomeno in relazione all'attività di trasmissione televisiva.

Probabilmente i possibili futuri interventi della Corte di Giustizia potranno direttamente correggere la normativa comunitaria incidendo sul novero delle misure più rigorose introdotte dagli Stati membri.

Ma, a parere di chi scrive, il recupero dell'applicazione del principio del Paese di origine rappresenterebbe la migliore soluzione normativa ai numerosi nodi problematici sollevati dalla normativa comunitaria. Le condizioni per tale applicazione del principio del Paese di origine sarebbero peraltro presenti, alla luce della sostanziale armonizzazione e del quadro tecnologico che supporterebbe questo tipo di applicazione.

Di contro, il concreto rischio è quello di una normativa comunitaria definitivamente ripiegata sugli interessi degli Stati membri, e decisamente non in grado di garantire le regole che accompagnino il definitivo sviluppo di uno "spazio audiovisivo europeo".

Bibliografia

AA. VV., *Politiche comunitarie e giurisprudenza della Corte di Giustizia*, Siena, 1980

AA. VV., *Europe and the Media*, L'Aja, 1984

E. ADOBATI, *Le trasmissioni audiovisive nel mercato unico europeo*, in *Diritto comunitario e degli Scambi internazionali*, 1993, 599 ss.

M. ANDENAS e W. ROTH, *Services and free movement in EU Law*, Oxford, 2002

F. BASSAN, *Il diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2002

T. BENNET, *The Debaue and Coditel Cases*, in *European Law Review*, 1980, 224 ss.

F. BESTAGNO, *La prestazione dei servizi nella Comunità europea da parte dei prestatori non comunitari*, in *Rivista del commercio internazionale*, 2008, 3 ss.

F. BESTAGNO, *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007

A. BRIGNONE, *Imprese di lavoro interinale: inconfigurabilità della cauzione posta a tutela delle retribuzioni come ostacolo alla libera prestazione di servizi*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2002, p.365-368

G. BUCCI e L. PATRUNO (a cura di), *Gli emendamenti del Parlamento europeo alla ‘direttiva Bolkestein’: occorre che tutto cambi perché tutto resti “diseguale”*, disponibile sul sito www.costituzionalismo.it

R. CAFARI PANICO, *La liberalizzazione dei servizi tra il regime vigente e la direttiva Bolkestein*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2006, p. 1880 ss

G. CAGGIANO, *Le condizioni giuridiche per la circolazione delle trasmissioni televisive in Europa*, in *La comunità internazionale*, 1988, pp. 17 e ss.

G. CAGGIANO, *Sulla distinzione tra servizi di trasmissione televisiva e servizi della società dell'informazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005 p.1716-1717

G. CAGGIANO, *La Convenzione Europea sulla Televisione transfrontaliera*, in *La Comunità internazionale*, 1989, pp. 684 – 696

G. CAGGIANO, *Evoluzione della direttiva Televisione senza frontiere e l'ampliamento del suo campo di applicazione a tutti i servizi audiovisivi*, in A. FRIGNANI, E. Poddighe, V. ZENOVICH, *La Televisione digitale: temi e problemi*, Milano, 1997, pp. 139 ss.

S. CAMPAILLA, *Società fornitrici di prestazioni di lavoro temporaneo: la disciplina italiana non dà garanzie di maggiore tutela del lavoratore*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002 p.782-786

F. CAPELLI, *Direttive di armonizzazione totale, direttive di armonizzazione parziale, e direttive opzionali*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2000, p. 755 ss.

F. CAPELLI, *I malintesi provocati dalla sentenza "Cassis de Dijon", vent'anni dopo*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1996 p.673-695

V. CAPOTOSTI, *La disciplina comunitaria dei fondi comuni d'investimento mobiliare*, in *Assicurazioni*, 1985, p. 148 ss.

V. CARDARELLI, *Interpretation of the "Television without Frontiers" Directive*, in *IRIS - Legal Observations of the European Audiovisual Observatory*, 1996, n. 10, p.5-6

P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, 2004

A. CARTA, *La nuova disciplina comunitaria dei servizi di media audiovisivi*, in *Contratto e Impresa – Europa*, 2008, pp. 898

M.A. CARUSO, *Le emissioni radiotelevisive nella direttiva comunitaria e nella sua applicazione in Italia*, Milano 1991, 27 ss

M. CASORIA, *In tema di Tv senza frontiere*, in *Foro Italiano*, 2008, IV, 380 ss.

A. CASTALDO, S. DA EMPOLI e A. NICITA (a cura di), *La tripla convergenza - Innovazione, regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, 2008, Roma.

M. CAVALLI, *La Convenzione Europea sulla Televisione transfrontaliera (Strasburgo 5 maggio 1989)*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1992, pp. 1168-1177

G. CAVANI e G. GHIDINI, *Una sentenza pilota ("Cassis de Dijon") in tema di ostacoli alla libera circolazione delle merci*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1981 I p.197-200

M. CONDINANZI e B. NASCIMBENE, *La libera prestazione dei servizi e delle professioni in generale* in *Il diritto privato dell'Unione europea*, I, Torino, 2006, 330 ss.

A. CONTALDO, *I vincoli della pubblicità televisiva via satellite: tutela dei minori e dei consumatori*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1997, p.797-806

C. CONTESSA, *Direttiva Bolkestein: cantiere aperto*, in *Guida al diritto, Il Sole 24 ore*, luglio – agosto 2005, p. 14

A. CRISCUOLO, *The "TV Without Frontiers" Directive and the Legal Regulation of Publicity in the European Community*, in *European Law Review* 1998 p.357-363

M. CUNIBERTI e altri, *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2006

M. DE BLOIS, *Case Law*, in *Common Market Law Review*, 1990, 371 ss

U. DE SIERVO, *I diritti fondamentali europei ed i diritti costituzionali italiani*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, pp. 157 e ss.

B. DE WITTE, *Trade in Culture: International Legal Regimes and EU Constitutional Values*, in *The EU and WTO Legal and Constitutional Issues*, Oxford, 2002

A. DEL VECCHIO, *La Corte di Giustizia delle Comunità e l'affare Tele-Biella*, in *Rivista di Diritto europeo*, 1974, 168 ss.

G. DELLA CANANEA, (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2005

G. DI PLINIO, *Direttiva televisione senza frontiere: ultimo atto per Italia e Lussemburgo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, pp. 1935 e ss.

V. DI STEFANO, *Diritto delle telecomunicazioni: la normativa nazionale e comunitaria del settore delle telecomunicazioni*, Milano, 2001

W. DONÀ VISCARDINI, *Il regime televisivo italiano e il diritto comunitario*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi internazionali*, 1974, 89 e ss.

J.D. DONALDSON, “*Television Without Frontiers*”: *The Continuing Tension Between Liberal Free Trade And European Cultural Integrity*, in *Fordham International Law Journal*, 1996, 90 ss.

C. DOUTRELEPONT, *L'actualite du droit de l'audiovisuel europeen*, Parigi, 1996, 129 e ss.

B. J. DRIJBER, "The revised television without frontiers directive: is it a fit for the next century?", in *Common Market Law Review*, 1999, p. 87

U. DRAETTA, *Commercio elettronico e protezione dei consumatori*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2002, pp. 559-567

R. ESPOSITO, *Contributo allo studio della regolamentazione giuridica delle reti*, Roma, 2006

F. FERRARO, *Discriminazioni e restrizioni nel mercato italiano delle attività di consulenza per la circolazione dei mezzi di trasporto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001 p.1497-1501

G. FIENGO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla pubblicità radiotelevisiva e la nuova lettura dell'articolo 59 del Trattato CEE*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1992 p.349-356

J. FILIPEK, *Culture Quotas: the Trade Controversy Over the European Community's Broadcasting Directive*, in *Stanford Journal of International Law*, 1992, 322 ss.

G. FITZGERALD, *Freedom of Establishment and Freedom to Provide Services in the EEC as Illustrated by Two Recent Judgments of the Court of Justice*, in *Gazette* 1975, 3, p.75-78

R. FOGLIA e A. SAGGIO, *Trasmissione via cavo di programmi televisivi*, ne *Il Corriere Giuridico*, 1994, 1520 ss.

S. FOIS, *La libertà di informazione*, Ravenna, 1992

A. FRAGOLA, *Alcune osservazioni sulla direttiva comunitaria 97/36 in tema di disciplina della attività televisive*, in *Rivista del diritto d'autore*, 1997, pp. 417 e ss.

A. FRANCHINI, *Il messaggio televisivo come servizio e la sua circolazione nel Mercato Comune Europeo*, in *Diritto delle Radiodiffusioni e delle Telecomunicazioni*, 1974, 365 e ss.

G. FRIDEN, *The Bond van Adverteerders Case and Recent Legal Developments in EEC Television Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 1990, 231 ss.

A. FRIGNANI, E. PODDIGHE, V. ZENO ZENCOVICH, *La televisione digitale: temi e problemi*, Milano, 2006

A. FRIGNANI e G. ROSSI, *Che cosa resterà dello spazio audiovisivo europeo?*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1997, pp. 677 e ss.

S. GAMBUTO, *La produzione audiovisiva europea*, in *La televisione digitale: temi e problemi*, Torino, 2006, 353 e ss.

S. GAMBUTO, *Le trasmissioni transfrontaliere*, in *La televisione digitale: temi e problemi*, Torino, 2006, 465 e ss.

F. GARABOL. E G. FURET, *Playdoyer pour le principe du Pays d'origine*, in *Revue du Marchè Communautaire*, 2006, pp. 82 ss

A. GRATANI, E. ADOBATI, *Cittadini di un paese terzo e libera prestazione di servizi*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1995, p.332-333

A. GRATANI e E. ADOBATI, *Mantenimento di un sistema radiotelevisivo pluralistico e non commerciale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1995, 334 ss.

F. GRAZIADEI, *Il servizio universale di telecomunicazione: suggerimenti dell'esperienza americana in merito ad alcuni aspetti qualificanti*, in *Working Papers*, 2000, p. 167-198

E . GRAZIADEI, *La condizione della professione legale nella CEE: un passo avanti*, ne *Il Foro italiano*, 1974 IV, 342-346

J. HARRISON e L. WOODS, *Television Quotas: Protection European Culture*, in *Entertainment Law Review*, 2001, 5 ss.

V. HATZOPOLOUS e T.U. DO, *The case law of the ECJ concerning the free provision of services: 2000 – 2005*, in *Common Market Law Review*, 2006, 923 ss.

L. HELL HANSEN, *The Development Of The Circumvention Principle In The Area Of Broadcasting*, in *Legal Issues Of Economic Integration*, 1998, pp. 111 ss

M. HERDEGEN, *After The Tv Judgment Of The German Constitutional Court: Decision-Making Within The Eu Council And The German Lander*, in *Common Market Law Review*, 1995, pp. 1369 – 1384

A. HEROLD, *Country of Origin Principle in the EU Market for Audiovisual Media Services: Consumer's Friend or Foe?*, in *Journal of Consumer Policy*, 2005, pp. 5 e ss.

I. KATSIREA, *The Circumvention Principle: An Effective Defence Of National Broadcasting Systems Against Abuse?*, Gran Bretagna, 2005.

V. KRONENBERGER, *Register Requirement For Undertakings Providing Cleansing Services In Italy*, in *European Law Reporter*, 2000 p.110-111

A. LAMBERTI, *L'informazione televisiva tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 1997

A. LAMBERTI e S. BUDELLI, *Multimedialità, costituzione e integrazione europea*, Perugia, 2004

A. LOPEZ-TARRUELLA, *A European Community Regulatory Framework For Electronic Commerce*, in *Common Market Law Review*, 2001, pp. 1337-1384

T.M. LUPINACCI, *The Pursuit of Television Broadcasting Activities in the European Community: Cultural Preservation or Economic Protectionism?*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1991, 113

A. MALATESTA, *Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, pp.293-312

S. MANGIAMELI, *La liberalizzazione dei servizi nell'Unione europea*, in *L'esperienza costituzionale europea*, 2008

G. MASTRANTONIO, *La direttiva TV senza frontiere e il near-video-on-demand : il commento*, ne *Il diritto industriale*, 2006p. 47-52

R. MASTROIANNI, *Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo*, Torino, 2004

R. MASTROIANNI, *La revisione della direttiva "televisioni senza frontiere"*, in *DRT - Il Diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1999, fasc. 1, pagg. 185-211, pt. 3

R. MASTROIANNI, *Libera prestazione dei servizi*, in *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale (a cura di Girolamo Strozzi)*, Torino, 2005, 221 ss..

R. MASTROIANNI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nella definizione delle competenze statali comunitarie in materia di politiche culturali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, pp. 65 e ss.

R. MASTROIANNI, *Il diritto comunitario e le trasmissioni televisive*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1990, 170 e ss.

R. MASTROIANNI, *La direttiva comunitaria “televisione senza frontiere”*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1990, pp.170 e ss.

R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Torino, 2009

A. MATTERA RICIGLIANO, *La sentenza Cassis de Dijon: un nuovo indirizzo programmatico per la realizzazione definitiva del mercato comune*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1981 p.273-286

R. MAZZA, *Diffusione televisiva e disciplina comunitaria della concorrenza*, Milano, 2006

A. MEYER -HEINE, *Les apports de la nouvelle directive Television sans frontières du 30 juin 1997 entrée en vigueur le 31 décembre 1998*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1999, pp. 95 e ss.

M. MIRANDA, *Dal principio del Paese di origine alla clausola <<libera prestazione dei servizi>>, l'art. 16 della direttiva*

servizi. Quali novità per la libera circolazione dei servizi nel mercato interno?, in *Contratto e impresa Europa*, 2007, pp. 918 e ss.

U. MONTELLA, *Sulla incompatibilità con le disposizioni del Trattato CEE della tassa all'esportazione di opere di interesse artistico, storico, archeologico e etnografico*, in *Rivista di giurisprudenza italiana*, 1969, 1 ss.

G. MORBIDELLI E F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Torino, 2003

G. MORBIDELLI. e F. DONATI (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 2005

B. NASCIMBENE, *Il mercato unico dei servizi. Le eccezioni ai principi: interessi generali ed ordine pubblico*, in *Contratto e impresa Europa*, 2007, pp. 861 ss.

P. NIHOUL , *EU electronic communications law: competition and regulation in the European telecommunications market*, Oxford, 2004

C. ORLANDI, *Le norme sulle quote della Direttiva sulla <<Televisione senza frontiere>> e il GATT: un problema solo accantonato*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1994, 495 ss.

A. PACE, *Libertà, pluralismo e autorità nella disciplina radiotelevisiva e delle telecomunicazioni*, in *Scritti in onore di Pototschnig*, Trento, 2003, pp. 849 e ss.

A. PACE, *Libertà di informare e diritto ad essere informati: due prospettive a confronto*, in *Diritto Pubblico*, 2007, pp. 1 e ss.

L. PANAIOTTI, *Requisiti per la fornitura di lavoro temporaneo e violazioni del Trattato CE*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2002 II, p.666-670.

N. PARISI E D. RINOLDI, *Profili di diritto europeo dell'informazione e della comunicazione*, Napoli, 2004

R. PEREZ, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2003.

P. PESCATORE, *Le commerce de l'art et le marché commun*, in *Revue Trimestrielle de droit européen*, 1985, 451 ss.

L. PIAZZA, *Televisione e attività culturali tra competenza comunitaria e degli stati membri: il caso della Germania*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1998, pp. 463 e ss.

E. PONTAROLLO ED A. OGLIETTI, *Regole e regolatori nelle telecomunicazioni europee*, Bologna, 2003

L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà di informazione. Le problematiche attuali*, in *Politica del diritto*, 1987, pp. 5 e ss.

P. PRESBURG e M.R. TYLER, *Television Without Frontiers: Opportunity and Debate Created by the New European Community Directive*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 1990, 495 ss.

A. PRETO, *La direttiva 2006/123/CE: dal principio del Paese di origine alla libera prestazione dei servizi*, in *Contratto e impresa Europa*, 2007, 886 ss.

J. RENÉ, *EEC Law and Appellations of Origin: The Scotch Whisky Case*, in *The Modern Law Review*, 1975, p.200-206

F. ROLLA, *La disciplina comunitaria dei servizi televisivi*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1991, pp. 213

W.H. ROTH, *The European Economic Community's Law on Services: Harmonisation*, in *Common Market Law Review*, 1988, 35 ss.

V. SALVATORE, *Concorrenza televisiva e diritto comunitario*, Padova, 1993

G. SANTANIELLO, *Le linee di sviluppo della legislazione nel secolo XX*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997, pp.719ss.

L. SARAZANI, *Libro Bianco della CEE su televisione senza frontiere*, ne *Il Diritto d'autore*, 1984, 423 ss.

P. J. SCHUTZMANN, *La libera circolazione delle persone e la professione dell'avvocato. Una fondamentale sentenza della*

Corte di giustizia delle Comunità europee, in *Temi romana*, 1974 VI p.505-508

I. SCHWARTZ, *Broadcasting Without Frontiers*, in *Journal of Media Law and Practice*, 1985, 32 ss.

I. SCHWARTZ, *Radiodiffusione et Traité CEE*, in *Revue du Marché Communautaire*, 1986, 387 e ss.

A. SINAGRA, *La disciplina comunitaria del settore televisivo*, Torino, 2001

P. STANCATI, *Il diritto fondamentale alla libera manifestazione del pensiero: profili critici e ricostruttivi, Parte I*, in *Politica del diritto*, 2005, pp. 171 e ss.

P. STANCATI, *Il diritto fondamentale alla libera manifestazione del pensiero: profili critici e ricostruttivi, Parte II*, in *Politica del diritto*, 2005, pp. 413 e ss.

G. STRAETMANS e C. GOEMANS, *Case Law: Case C-23/93*, in *The Columbia Journal of European Law*, 319 ss.

G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea - Parte istituzionale*, Torino, 2007

A. TIZZANO, *Professioni e servizi nella CEE*, Padova, 1985

A. TIZZANO, *Regolamentazione radiotelevisiva italiana e diritto comunitario*, in *Foro Italiano*, 1986, IV, 466 ss.

A. TIZZANO, in *Foro Italiano*, IV, 1988 p. 311

A. TIZZANO, *La Direttiva CEE sulla <<televisione senza frontiere>>*, in *Foro Italiano*, 1990, IV, 91 ss.

G.L. TOSATO, *Il caso Tele-Biella*, in *Processi Civili*, 1977, 285 e ss.

G. VOTANO, *TV europea senza frontiere atto secondo*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1997, pp.994

R. WALLACE e D. GOLDBERG, *The EEC Directive on Television Broadcasting*, in *Yearbook of European Law*, 1989, 175 ss.

P. WATTEL, *Case law*, in *Common Market Law Review*, 1995, 1257 ss.

D. WYATT, *Article 30 EEC and Non-Discriminatory Trade Restrictions*, in *European Law Review*, 1981 p.185-193

R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2004, pp. 276 e ss.

V. ZENO-ZENCOVICH, *La regolamentazione delle nuove forme di pubblicità nella revisione della Direttiva "TV senza frontiere"*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2002, fasc. 1, pagg. 3-21