

PRETURA MILANO

22 MARZO 1985

PRETORE: SORRENTINO

PARTI: TBS S.R.L. E RAI

(Avv. Cioffi, Barile, Pace e altri)

CANALE 5 E ALTRI

(Avv. Dotti)

**Radiotelevisione • RAI •
Emittenti locali • Concorrenza
sleale da parte di networks • Non
configurabilità.**

Allo stato attuale dell'ordinamento non è possibile ricavare idonee indicazioni al fine di identificare i comportamenti dell'imprenditore televisivo come pratica di concorrenza sleale. A questo scopo non sono utili le previsioni di cui agli artt. 21, 41, 42 e 43 della Costituzione; né le decisioni della Corte Costituzionale; né le norme contenute nella legge sull'editoria; né le decisioni della Corte di giustizia della CEE.

Il Pretore di Milano,

letti gli atti del procedimento d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. promosso da TBS s.r.l., ricorrente e Telecapri S.p.A. intervenuta (avv. Cioffi, Giacomazza e Tunesi), nonché RAI-Radiotelevisione Italiana S.p.A. intervenuta (avv. Barile, Pace, Zoccali e Formigiani Pasotelli), contro: Consorzio Canale 5, Fininvest-Finanziaria di Investimenti S.p.A., Cofint - Compagnia Finanziaria Televisiva S.p.A., Reteitalia S.p.A., Publitalia '80 S.p.A., dr. Silvio Berlusconi (avv. Dotti), nonché contro Retedieci s.r.l. (avv. Bonomo) e Videogestioni s.r.l. in liquidazione (ex Retequattro) (avv. Venturini); osserva: nelle conclusioni del ricorso in esame, fatte proprie dalle intervenute Telecapri e RAI-TV, la TBS ricorrente « chiede che il Pretore, ex art. 700 cod. proc. civ., inibisca ai resistenti, ciascuno per la sua parte di ragione, i seguenti comportamenti che integrano gli estremi della

sleale concorrenza: 1) il coordinamento fra due o più circuiti, in particolare quanto alla divisione del mercato, alla programmazione, alla raccolta pubblicitaria; 2) la gestione in esclusiva della raccolta pubblicitaria da parte dello stesso soggetto per più di un circuito; 3) il controllo azionario, diretto o indiretto, di due o più circuiti o concessionarie di pubblicità; 4) il controllo azionario, diretto o indiretto, di società comunque operanti nel settore cui sia riconducibile una quota dell'audience o del fatturato pubblicitario che superi il 30% del totale nazionale — in analogia con la quota indicata dalla legge sull'editoria —; 5) l'esecuzione degli accordi comunque contrari al divieto di oligopolio e monopolio, in particolare di quelli con cui si attua il passaggio del circuito Retequattro nel controllo, anche parziale, del "gruppo Berlusconi"; 6) con ogni altro provvedimento idoneo ad inibire l'azione coordinata di mercato dei tre circuiti Canale 5, Italia 1 e Retequattro, ed il loro controllo da parte di un unico centro ».

Appaiono giustificati i seri dubbi avanzati sulla adottabilità in via « cautelare » e « provvisoria » di provvedimenti da un lato così ampi, drastici e dalle conseguenze non reversibili, e dall'altro così totalmente « anticipatori » non solo e non tanto rispetto alla futura decisione di merito prevista dall'art. 700 cod. proc. civ., quanto addirittura — come più avanti si dirà — di una futura *legislazione* del merito — sugli assetti proprietari e pubblicitari dell'emittenza RTV privata —, allo stato non prevedibile nelle sue caratteristiche e modalità; mentre dubbi altrettanto seri sussistono d'altro canto sulla efficacia reale e sulla coercibilità delle inibitorie richieste.

Osserva tuttavia il Pretore che la « slealtà » dei comportamenti denunciati — *sull'ipotesizzato presupposto* che il controllo delle emittenti televisive associate sotto i 3 marchi Canale 5, Italia 1, Rete 4 integri l'ipotesi di monopolio, oligopolio o posizione dominante — viene dalle istanti ricondotta in sintesi: a) al precetto costituzionale antimonopolistico di cui all'art. 43 della Costituzione; b) alle indicazioni antimonopolistiche, asseritamente precettive, espresse dalla Corte Costituzionale nelle sentenze

227/74, 202/76, 148/81 in materia radiotelevisiva; c) alla norma antimonopolistica della legge 416/81 sull'editoria e stampa, asseritamente applicabile in via analogica; d) alla giurisprudenza anti-trust della Corte di Giustizia della CEE. A sostegno dell'*ipotesizzato presupposto* sopra espresso, le società istanti allegano una copiosa *selezione* di notizie, articoli, commenti ed interviste tratta da quotidiani e periodici; selezione che, come si ricava da analoghe allegazioni delle resistenti — di contenuto opposto e diverso —, rappresenta e prospetta soltanto *un settore* degli interessi, *una parte* delle posizioni, un *segmento* delle opinioni che animano un vasto, articolato e pressoché quotidiano dibattito in atto da qualche tempo nel Paese sui problemi dell'assetto RTV italiano, nelle varie sedi di formazione, espressione e diffusione della pubblica opinione, nonché in sede governativa e parlamentare a partire dall'ottobre 1984 (per una sintetica panoramica delle sole posizioni dei partiti politici, v. doc. 51 della ricorrente). È doveroso a questo punto ribadire che l'eventuale accoglimento delle suddette istanze « cautelari » rappresenterebbe riconoscimento giudiziale di interessi le cui aspettative di tutela sono controverse, la cui positiva definizione e regolamentazione giuridica è in divenire, e non è allo stato prevedibile nelle sue future concrete modalità di sbocco.

A) Negli anni del « vuoto normativo » seguiti alla sentenza n. 202/76 della Corte Costituzionale — abrogativa di norme sul monopolio statale delle trasmissioni RTV via etere, la magistratura ordinaria ha svolto, nell'ambito delle sue attribuzioni e sul piano civilistico — applicando il principio generale della priorità d'uso e le norme degli artt. 2043 e 2598 cod. civ. — un tentativo di regolare la conflittualità fra le imprese commerciali RTV circa l'occupazione e l'uso di canali/frequenze; ispirandosi preliminarmente ai generali principi di libertà e di sviluppo della personalità di singoli e di imprese che la Costituzione sancisce nel comma 1 dell'art. 21 e nel comma 1 dell'art. 41 (e che la Corte Costituzionale aveva richiamato); applicandoli alla realtà RTV privata che, nel silenzio del legislatore e nella tolleranza della P.A., si andava affermando nel Paese, dapprima in modo caotico e disordina-

to, successivamente cercando e trovando forme di equilibrio, di assestamento e poi di aggregazione. In questi anni la magistratura ordinaria ha anche svolto un limitato ruolo di « supplenza » (da alcuni lodato, da molti criticato), quando ha tentato di definire l'« ambito locale » di irradiazione, ispirandosi alle indicazioni ed alle ipotesi della Corte Costituzionale, che su questo punto aveva suggerito criteri, parametri e formule di delimitazione. Ma il già discusso ruolo di « supplenza » del giudice ordinario non può spingersi fino all'applicazione — alle suddette generali libertà di espressione e di impresa — di altri principi o corollari restrittivi e limitativi, previsti dalla Costituzione, ma la cui determinazione e specificazione modale, quando non siano contenute nella stessa Carta Costituzionale, sono da essa espressamente demandate alla legge, riservate alla volontà popolare espressa dal Parlamento. E così infatti l'art. 21 della Costituzione, nei commi 3, 4 e 6, enuncia direttamente limitazioni (e relative modalità) alla diffusione della stampa; ed ai commi 5 e 6 riserva espressamente alla legge (oggi legge 416/81 e successive norme) la definizione di regole limitatrici, preventive o repressive. L'art. 41 della Costituzione detta direttamente i divieti di cui al comma 2, e demanda alla legge (comma 3), la determinazione di programmi, controlli, indirizzi e coordinamenti a fini sociali. Ed infine agli artt. 42 e 43 della Costituzione, nel riconoscere e garantire alla legge la « possibilità » di determinare limiti, restrizioni o espropriazioni a carico di proprietà o imprese relative a servizi pubblici o a situazioni di monopolio. La riserva al legislatore della individuazione di situazioni di tipo monopolistico e della concreta determinazione dei limiti proprietari, dei controlli e delle sanzioni, non potrebbe essere più chiara; ed è rilevata e ribadita espressamente nelle citate sentenze della Corte Costituzionale, che in proposito non hanno avanzato alcun suggerimento di criteri o parametri interpretativi per le suddette individuazioni e determinazioni. Il giudice ordinario che, nel perdurante difetto di una espressa normativa, si azzardasse a dettare — *rectius* ad « inventare » — misure e modalità restrittive ai generali principi costituzionali di libertà, adot-

terebbe un provvedimento arbitrario ed abnorme, inutilmente provocatorio nei confronti del Parlamento; porrebbe in essere soltanto un grave « conflitto di attribuzione », una « invasione » o « straparimento » di potere.

B) Non sembra che possano rinvenirsi « divieti », « precetti » e « normative » antimonopolistiche nelle citate sentenze della Corte Costituzionale, ma soltanto, come ampiamente illustrano i difensori delle resistenti, il generale richiamo del dettato costituzionale, il riferimento di esso alla materia RTV privata, ed il conseguente deferimento alle attribuzioni del legislatore dell'invito a predisporre una normativa atta ad evitare situazioni di tipo mono/oligopolistico in detta materia. Anche per questa via resta dunque confermato che il Parlamento è l'unico organo costituzionale arbitro della determinazione degli assetti proprietari e pubblicitari della emittenza RTV commerciale.

C) Neppure dalla normativa vigente enunciata dalle leggi sull'editoria e stampa potrebbe il Pretore recepire i limiti proprietari che la ricorrente e le intervenute ritengono applicabili anche alla materia RTV privata. Le difese delle società resistenti hanno esaurientemente illustrato come la legge 416/81 sia legge speciale, che regola materia peculiare e tipica, e come tale non sia estensibile in via interpretativa analogica a materie sia pur affini, ma aventi proprie singolarità peculiari e « specialità » che postulano un'apposita regolamentazione legislativa.

D) E neppure norme « precettive » o interpretazioni analogiche possono trarsi dalle citate decisioni della Corte di Giustizia della CEE in tema di mono/oligopoli o posizioni dominanti, sia per la già rilevata specialità della materia RTV; sia per il diverso ambito di mercato (internazionale/comunitario) nel quale operano le società soggette a quelle decisioni rispetto alle imprese RTV nazionali emittenti sul territorio italiano; sia per il non dimostrato « abuso » di posizione dominante da parte delle resistenti. A carico delle quali non emergono, neppure in via sommaria, concreti addebiti di boicottaggio economico, o di *dumping* nei confronti della concorrenza (privata o pubblica), né di comportamenti che esprimano la possi-

bilità del « gruppo Berlusconi » di ignorare di fatto l'esistenza di gruppi concorrenziali. La concorrenza invece notoriamente esiste e dispiega il suo fisiologico gioco, sia attraverso i canali dell'Azienda di Stato, nella sua legislativamente motivata e legittima posizione di privilegio, sia attraverso i segnali di centinaia di imprese di varie dimensioni e raggi di copertura, molte delle quali in vario modo collegate, associate, raggruppate in circuiti ben noti. Dalla documentazione allegata dalle parti si evince che circa 500 emittenti operanti sul territorio nazionale, soltanto 50 circa farebbero capo ai tre circuiti delle società resistenti. È significativa inoltre la notoria e documentata esistenza di altri networks o sindacati di emittenti associate, fra i quali lo stesso circuito Retecapri gestito dalla ricorrente TBS, che attuano anche essi, con modalità ed in misure varie e diverse, quei comportamenti (collegamenti, scambio e integrazione di programmi di pubblicità, cointeressenze e partecipazioni) che si vorrebbero interdire alle società resistenti. Ed è ulteriormente significativo che alcuni di detti circuiti — quali il nuovo PAN ed ancora una volta Retecapri/TBS — appaiono in fase di netta espansione in questi ultimi mesi (v. documentazione allegata dalle resistenti, ed in particolare i « comunicati stampa » di Retecapri) acquisendo nuove emittenti in varie regioni d'Italia, a dispetto dell'asserito « soffocamento » del mercato RTV privato che si attribuisce al « gruppo Berlusconi ».

E) In questa sede civilistica e cautelare l'asserita slealtà concorrenziale dei comportamenti denunciati nel ricorso non può farsi discendere dall'art. 2595 cod. civ.: chi e come potrà accertare in via sommaria, che l'attività delle società resistenti leda — piuttosto che favorire come l'altra parte sostiene —, gli « interessi dell'economia nazionale »? Nessuno può ragionevolmente porre in dubbio che il « gruppo Berlusconi » — così come in altri settori di rilievo della nostra economia il « gruppo Agnelli », il « gruppo Pirelli », il « gruppo De Benedetti » ed altri — abbia conquistato una posizione primaria sul mercato RTV commerciale: ma dove sono le prove o gli attendibili indizi (ferme le osservazioni di cui al precedente punto D) che abbia

violato l'art. 2598 n. 3 cod. civ. con comportamenti non conformi alla correttezza professionale quali il *dumping*, il boicottaggio economico, lo storno di dipendenti idoneo a disgregare imprese concorrenti? O che comunque — ed in qual modo — abbia leso i « principi etico-professionali » della categoria di imprenditori privati RTV?

F) Le considerazioni fin qui esposte sono largamente sufficienti a determinare il rigetto del ricorso cautelare, le cui istanze investono soltanto due dei grandi temi attualmente in discussione alla Camera sulla base del disegno legislativo depositato dal governo in data 1° febbraio 1985: l'assetto proprietario e quello pubblicitario dell'emittenza RTV privata. Il terzo tema, quello della interconnessione (funzionale o strutturale) fra le emittenti, non trova alcun riscontro nelle istanze cautelari sopra trascritte. Appaiono pertanto superflui ed ininfluenti in questa sede l'esame e l'inter-

pretazione del d.l. n. 807/84 convertito in legge n. 10/85, se non per trarne l'evidente conferma della riserva al legislatore della normativa antitrust e di quella sugli assetti proprietari e pubblicitari. Non è quindi necessario considerare l'eccezione di incostituzionalità, sollevata in via soltanto subordinata ed eventuale della RAI-TV sulla norma transitoria (art. 3) del decreto.

Il rigetto del ricorso comporta la soccombenza della ricorrenza TBS e delle intervenienti Telecapri e RAI-TV nelle spese di questo procedimento, che si liquidano in difetto di note specifiche, e tenuto conto del rilevante valore del procedimento, nonché della qualità e del numero delle difese, in L. 2.000.000 (di cui 1.200.000 per onorario) per i primi dei soggetti resistenti; in L. 1.000.000 (di cui 800.000 per onorario) per la resistente Videogestioni s.r.l. in liquidazione.

(*Omissis*).

CONCORRENZA SLEALE, EMITTENTI PRIVATE E « NETWORKS »

neare contro altri privati che ugualmente diffondono le loro trasmissioni te-

¹ La letteratura in materia è ormai molto numerosa. Per una prima ricognizione si rinvia al volume collettaneo *Radiotelevisione pubblica e privata in Italia*, a cura di BARILE, CHELI e ZACCARIA, Bologna, 1980, *passim*; PARDOLESI, *Guerra dell'etere: la difesa della cittadella (dell'emittenza di Stato)*, in *Foro it.*, 1981, I, 2095; ROPPO, *RAI, televisioni private e « networks »*. Ancora sulla legittimità costituzionale del monopolio pubblico per le trasmissioni via etere su scala nazionale, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1953; COSSU, *Di nuovo di fronte alla Corte Costituzionale la legittimità del monopolio pubblico della RAI della diffusione radiotelevisiva a carattere nazionale*, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, 628.

² Per una prima documentazione, v. i due volumi, editi dall'Istituto giuridico dello spettacolo e dell'informazione (Roma, 1985), *La caduta del decreto Berlusconi alla Camera dei Deputati, e Disposizioni urgenti per la radiotelevisione*. V. in giurisprudenza Pret. Perugia 8 marzo 1985 e Pret. Bologna 22 febbraio 1985, in *Foro it.*, 1985, I, 1832.

³ Il riferimento è qui a quella determinata modalità nella quale si estrinseca l'attività (ormai di buona parte) delle emittenti private: quella che si sostanzia nel risultato, attraverso la c.d. « interconnessione » di diverse emittenti locali, di un'unica programmazione, nelle stesse fasce orarie, su un'area sostanzialmente coincidente con il territorio nazionale.

⁴ Di simile impostazione, modelli recenti sono offerti da alcune decisioni pretorili. Cfr. Pretura Palestrina 26 ottobre 1983 e Pretura Milano 18 ottobre 1983, entrambe in *Giust. civ.*, 1984, I, 1349, con nota di COSSU, *Diritto pretorio e impresa radiotelevisiva privata: ancora sulla nozione di ambito locale e sulla liceità dell'interconnessione funzionale* e anche Pretura Genova 19 gennaio 1984, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1996.

⁵ Si fa riferimento alla previsione contenuta nell'art. 3 del d.l. 6 dicembre 1984, n. 807, convertito nella legge 4 febbraio 1985, n. 10, recante disposizioni urgenti in materia di trasmissioni radiotelevisive. In base a tale previsione « è consentita la prosecuzione dell'attività delle singole emittenti radiotelevisive private », ed è pure consentita « la trasmissione ad opera di più emittenti dello stesso programma pre-registrato, indipendentemente dagli orari prescelti ».

⁶ Sull'ammissibilità in generale di una tutela dell'impresa televisiva sotto l'aspetto concorrenziale, si è di recente pronunciata la Cassazione con numerose decisioni, depositate il 3 dicembre 1984. Tra queste v. la n. 6340, in *Foro it.*, 1984, I, 2953 e, in termini, la n. 6639, di prossima pubblicazione su *La nuova giur. civ. commentata*, con nota di COSSU, nonché su questa *Rivista*, 1985, 199. Deve però essere sottolineato che in queste ipotesi il rimedio fornito dalla disciplina della concorrenza è richiamato per fattispecie dove il privato si lamenta per le interferenze provocate da altro privato sulle proprie trasmissioni. Fattispecie ben diversa da quella risolta nella decisione in esame. In tema v. anche Pretura Bologna 11 febbraio 1984, in *Foro it.*, 1984, I, 1412; Pretura Verona 29 luglio 1980, in *Giust. civ.*, 1981, I, 205 nonché la recentissima clamorosa ord. Trib. Roma 13 luglio 1985, Canale 5 c. Rai.

Per una fattispecie analoga a quella ora risolta dal pretore di Milano, v. la già citata Pretura Palestrina 26 ottobre 1983 con il commento di ROPPO, *In margine alla guerra dei networks. « Civile » e « penale » nella difesa del monopolio radiotelevisivo pubblico*, in *Giur. cost.*, 1984, I, 263 ss.

⁷ Più propriamente, di frequente è accaduto che private emittenti, istituzionalmente rappresentate dall'ANTI, si trovassero ad intervenire in via adesiva in iniziative promosse dalla RAI contro i *networks*. Oltre alla, citata alla nota precedente, Pretura Palestrina v., tra i primi qualificanti esempi, Pretura Roma 4 maggio 1982, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1949, con osservazioni di ROPPO, cit. alla nota 1.

1. Questa decisione del pretore di Milano, che si inserisce nella numerosa episodica dell'ormai continua guerra dell'etere¹, si segnala in modo particolare, anche perché si tratta di una tra le prime pronunce rese dopo l'approvazione del c.d. « decreto Berlusconi »².

Che si tratti di una fattispecie di una nuova fase è subito confermato dalla utilizzazione, in maniera del tutto originale, dell'argomento della concorrenza sleale per motivare la tesi della illegittimità della presenza, nell'attuale assetto dell'emittenza privata, di quei circuiti televisivi a carattere nazionale che sono in vario modo riconducibili ad un unico soggetto³. Prima d'ora l'argomento della concorrenza sleale veniva utilizzato in via secondaria e subordinata al motivo, che veniva introdotto come principale, (del travalicamento) dell'ambito locale⁴. Venuto meno questo motivo, con il riconoscimento, per espressa previsione legislativa, dell'interconnessione funzionale⁵, l'argomento della concorrenza sleale acquista maggiore forza e di esso si fa riproposta, per così dire, a tutto campo⁶.

Nella nuova fase si modificano anche gli schieramenti. Anche sotto questo profilo non si tratta di una novità assoluta: altre volte la concessionaria del servizio pubblico di radiotelevisiva si è trovata a condividere le tesi di privati in conflitto con altri privati⁷. E però la prima volta che la RAI sostiene in modo esplicito le conclusioni di un privato la cui sfera televisiva non è limitata ad un ambito locale, evidenza che lo stesso pretore si cura di sottoli-

levisive su tutto il territorio nazionale⁸.

Al contrario non costituiscono novità le conclusioni a cui perviene il Pretore di Milano: per quanto si può intendere da questa prima pronuncia non sembra che le nuove modalità dello scontro possano portare esiti diversi da quelli che, a torto o a ragione, hanno reso possibile l'attuale stato dell'emittenza televisiva privata⁹.

2. Il pretore viene richiesto, ex art. 700 cod. proc. civ.¹⁰, di pronunciarsi sulla sussistenza degli estremi della concorrenza sleale nei seguenti comportamenti:

a) il coordinamento fra due o più circuiti, in particolare quanto alla divisione del mercato, alla programmazione, alla raccolta pubblicitaria;

b) la gestione esclusiva della raccolta pubblicitaria da parte dello stesso soggetto, per più di un circuito;

c) il controllo azionario, diretto o indiretto, di due o più circuiti o concessionarie di pubblicità;

d) il controllo azionario, diretto o indiretto, di società comunque operanti nel settore, cui sia riconducibile una quota dell'*audience* o del fatturato pubblicitario che superi il 30% del totale nazionale, in analogia con la quota indicata dalla legge sull'editoria;

e) l'esecuzione degli accordi comunque contrari al divieto di oligopolio e monopolio, in particolare di quelli con cui si attua il passaggio del circuito Retequattro nel controllo, anche parziale, del « gruppo Berlusconi ».

⁸ Il pretore sottolinea infatti come l'iniziativa sia stata promossa dalla Società T.B.S. s.r.l., con l'intervento adesivo della Telecapri S.p.A., cioè da parte di un « sindacato » di emittenti associate che attua anch'esso « con modalità ed in misure varie e diverse, quei comportamenti (collegamenti, scambio e integrazione di programmi e pubblicità, cointeressenze e partecipazioni) che si vorrebbero interdire alle società resistenti ».

⁹ Esiti, in buona sostanza, conservativi dell'attuale realtà. Quale che sia il giudizio di valore su tali esiti, non è dubbio che lo strumento giudiziale è del tutto inidoneo a provocare radicali trasformazioni. E non è inutile sottolineare che in quelle occasioni in cui la magistratura ha ritenuto di operare interventi dirompenti sul sistema, si è affrettato a intervenire il legislatore.

¹⁰ In materia il rimedio cautelare atipico ha avuto tali e tante utilizzazioni da renderlo lo strumento « tipico » per la soluzione dei conflitti tra private (e non) emittenti. Per un esame d'insieme della giurisprudenza pretorile v. FRANCESCHELLI, « *Jus praetorium* » e televisioni private, in *Riv. dir. ind.*, 1982, II, 54.

Di tutti tali comportamenti, che vengono ricondotti tutti negli schemi della concorrenza sleale, si chiede l'inibizione, « con ogni altro provvedimento idoneo ad inibire l'azione coordinata di mercato dei tre circuiti Canale 5, Italia 1 e Retequattro, ed il loro controllo da parte di un unico centro ».

A sostegno di tale richiesta, e a confortare la tesi della ricorrenza nelle fattispecie descritte di ipotesi di concorrenza sleale, gli argomenti introdotti sono di diverso ordine. In sintesi, la concorrenza sleale viene affermata con riguardo: a) alla norma costituzionale di cui all'art. 43 della Costituzione; b) alle proposizioni contenute nelle sentenze della Corte Costituzionale nn. 225/74, 202/76 e 148/81; c) alle norme antimonopolistiche di cui alla legge n. 416/81 sull'editoria; d) alla giurisprudenza *antitrust* della Corte di Giustizia della Comunità Economica Europea.

Di fronte a tali argomenti, il pretore non nasconde forti perplessità e, punto per punto, sviluppa un ragionamento tutto teso a dimostrarne la totale infondatezza.

3. Il pretore esprime subito la convinzione che una pronuncia di accoglimento si risolverebbe di fatto in una sorta di « anticipazione » della futura disciplina in materia radiotelevisiva. Al giudice sarebbe così nuovamente assegnato un ruolo supplente, ruolo che il pretore dichiara esplicitamente di non volere assumere.

Su questa premessa, una sorta di *ratio decidendi* « esterna », la decisione stabilisce:

a) l'impossibilità di utilizzare le norme costituzionali quale parametro sul quale verificare la sussistenza di una pratica di concorrenza sleale nelle ipotesi denunciate. Il richiamo è qui alla riserva di legge. Il pretore sottolinea come in tutti i casi sia fatto espresso riferimento alla legge, quale unica fonte legittimata a dare contenuto concreto alle limitazioni e restrizioni autorizzate dalla Costituzione in materia di libertà del cittadino.

In tale situazione, secondo il pretore, « il giudice ordinario che, nel perdurante difetto di una espressa normativa si azzardasse a dettare — *rectius*, ad "inventare" — misure e modalità restritti-

ve ai generali principi costituzionali di libertà, adotterebbe un provvedimento arbitrario ed abnorme ».

b) Ugualmente nessun conforto alla tesi della ricorrenza nelle fattispecie denunciate di un'attività di concorrenza sleale, può essere dato dalla giurisprudenza. Sicuramente non dalle sentenze della Corte Costituzionale, dove non sembra possano rinvenirsi « divieti », « precetti » e normative antimonopolistiche. E neppure dalle decisioni della Corte di giustizia della CEE, sia per la specialità della materia radiotelevisiva, sia per il diverso ambito territoriale (internazionale/comunitario) di tali decisioni rispetto alle imprese televisive nazionali emittenti nel territorio italiano; infine perché manca la dimostrazione dell'« abuso di posizione dominante » sul cui presupposto motivano tali decisioni.

c) Non è possibile applicare in via analogica alla materia radiotelevisiva la disciplina prevista dalla legge n. 416/81, in materia di editoria, « data la sua evidente specialità ».

In buona sostanza, secondo il pretore di Milano, non è possibile, allo stato attuale dell'ordinamento, identificare i comportamenti denunciati come pratica di concorrenza sleale: tali comportamenti devono pertanto ritenersi pienamente leciti.

A mio giudizio tale tesi non convince, non in quanto sia sbagliata in sé, ma perché, nonostante i pregevoli sforzi del pretore, non risulta adeguatamente dimostrata.

Non sufficienti, in particolare, risultano le motivazioni adottate dal pretore per respingere gli argomenti introdotti per motivare l'esistenza di uno schema generale *antritrust*.

Sicuramente non esauriente è la ragione adottata per rifiutare, ai fini di qualificare l'attività dei *networks* come pratica di concorrenza sleale, di valorizzare la disciplina sull'editoria e le affermazioni della Corte di giustizia della CEE. E tale difetto di motivazione risulta tanto più macroscopico se si guarda all'ampio spazio che il pretore dedica per escludere — in via di fatto — che « il gruppo Berlusconi » possa essere ritenuto responsabile di una pratica di concorrenza sleale. Evidenza che, nell'economia (e nella *ratio*) della decisione, risulta del

tutto influente: dopo avere escluso, già in astratto, sul piano delle regole legali, la possibilità di configurare le denunciate attività del « gruppo Berlusconi » come pratica di concorrenza sleale, eccesso di zelo appare l'annotazione secondo la quale « la concorrenza notoriamente esiste e dispiega il suo fisiologico gioco... »¹¹.

4. La prima questione risolta dal pretore di Milano è rivolta ad accertare se le norme costituzionali, che in qualche modo interessano la materia radiotelevisiva, possano o meno fornire una qualche regola, utile al giudizio, limitativa della concorrenza.

La posizione del pretore al riguardo è netta: dalle norme di cui agli artt. 21, 41, 42 e 43 della Costituzione non è possibile ricavare utili indicazioni, posto che la concreta determinazione dei limiti e restrizioni contenute nelle norme costituzionali è espressamente riservata alla legge.

Così è, secondo il pretore, per quanto concerne l'art. 21 della Costituzione, che nei commi 3, 4 e 6 enuncia direttamente limitazioni (e relative modalità) alla diffusione della stampa; ed ai commi 5 e 6 riserva espressamente alla legge (oggi legge n. 416/81 e successive norme) la definizione di regole limitrici preventive e repressive.

Discorso analogo, sempre secondo il pretore, vale anche per l'art. 41 della Costituzione, che detta direttamente i divieti di cui al comma 2, e demanda alla legge (comma 3) la determinazione di

¹¹ Ed è appena il caso di sottolineare che, anche a ritenere fondato un tale giudizio di fatto, in ogni caso esso non sarebbe sufficiente a dare esauriente ragione della pronuncia. È del tutto evidente infatti che un tale giudizio si limita a registrare l'esistente, assente ogni valutazione sui possibili assetti futuri. Mentre, ai fini della valutazione di una condotta come pratica di concorrenza sleale, è del tutto sicura la rilevanza anche di una situazione di « pericolo ». La verifica dell'idoneità dannosa non postula affatto l'effettivo verificarsi di un danno: è sufficiente accertare la mera potenzialità dannosa dell'atto. Così, nella giurisprudenza di merito, App. Torino 9 gennaio 1973, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1973, n. 274; Trib. Napoli 14 febbraio 1979, *ivi*, 1979, n. 1168). In altre parole si ha illecito (non soltanto) quando si è causato un danno ma anche quando viene commesso un atto che genera il pericolo (App. Napoli 21 dicembre 1972, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1972, n. 217).

Sul punto, con indicata la giurisprudenza ora segnalata, v. GHIDINI, *La concorrenza sleale*, Torino, 1982, p. 231.

programmi, controlli, indirizzi e coordinamenti a fini sociali.

Sempre secondo il pretore, analogo ragionamento deve essere esteso anche agli artt. 42 e 43 della Costituzione, i quali, nel riconoscere e garantire la proprietà privata, demandano ripetutamente alla legge la possibilità di determinare limiti, restrizioni o espropriazioni a carico di proprietà o imprese relative a servizi pubblici o a situazioni di monopolio.

Tali motivazioni non convincono. In particolare non pochi dubbi solleva il modello fatto proprio dal pretore, che parifica ed accomuna, sotto un unico ed identico argomento, previsioni di contenuto e grado affatto diverse.

Forti riserve, in primo luogo, solleva il richiamo all'art. 42 della Costituzione. Non può essere infatti posto in dubbio che tale previsione è del tutto estranea all'indagine e in nessun caso può riuscire utile alla soluzione della questione sottoposta al giudice¹².

Discorso più articolato deve essere fatto con riguardo all'art. 21 della Costituzione. A ritenere esatta la prospettiva accolta in causa e, per la verità, da nessuno contrastata, non è dubbio che tale previsione svolge un ruolo del tutto secondario. La prospettiva privilegiata nella decisione configura infatti il fenomeno radiotelevisivo soprattutto come attività economica: di qui la ragione di una discussione che ha per oggetto esclusivamente la disciplina dell'impresa e delle regole « commerciali » che devono essere osservate tra imprenditori. In questo quadro, l'inutilità di un richiamo alla disposizione dell'art. 21 della Costituzione è del tutto evidente.

A mio giudizio è però sbagliata proprio tale prospettiva.

L'emittenza radiotelevisiva è sicuramente, come la stampa, *anche* un'attività economica; ma non è dubbio che tale valenza economica, sul piano costituzionale, sia del tutto sottordinata alla liber-

tà di manifestazione del pensiero. È infatti appena il caso di ricordare che il riconoscimento della possibilità da parte del privato di esercitare un'impresa televisiva è stato operato dalla Corte Costituzionale (non certo guardando all'art. 41 della Costituzione, alla valenza economica dell'attività, al fine, in altre parole, di consentire al privato l'esercizio di un'attività economica per ricavarne lucro ma) al fine di realizzare più compiutamente il diritto — riconosciuto a tutti — di manifestare il proprio pensiero.

In questa prospettiva del tutto giustificata risulta una valutazione dell'imprenditore televisivo nei termini di cui all'art. 21 della Costituzione, idonea a identificare come non conforme a diritto, e perciò vietata, quella attività impeditiva o comunque restrittiva dell'altrui possibilità di manifestare il proprio pensiero attraverso il mezzo radiotelevisivo.

In altri termini, l'attività dell'imprenditore televisivo ha ragione di essere qualificata come non conforme a diritto, non soltanto ponendo attenzione al « mezzo », e allora in termini di « slealtà », ma anche, e prima ancora, con riguardo al « fine », in termini di rispetto della libertà di tutti di divulgare il proprio pensiero¹³. Assente questa prospettiva, gli esiti cui perviene il pretore sono del tutto conseguenti: non perché le motivazioni adottate — in particolare, la riserva di legge — risultino convincenti, ma perché, su un piano « economicistico » nessun elemento utile può essere tratto dalle previsioni contenute nell'art. 21 della Costituzione.

Ed è su questa stessa — errata — prospettiva, attenta esclusivamente al profilo economico della diffusione radiotelevisiva, che trova ragione anche il rifiuto di applicare in via analogica alla materia radiotelevisiva la disciplina sull'editoria, in quanto « trattasi di legge speciale ». Rinviando al prosieguo il commento più approfondito di questa conclusione, è questa la sede per subito rilevare che tale specialità in tanto può essere sostenuta, in quanto non si tiene nella dovuta evidenza che la fonte costituzionale della disciplina sull'editoria è quella stessa — la previsione di cui all'art. 21 della Costituzione — sulla quale motiva anche la materia radiotelevisiva¹⁴.

¹² Sulla quale v. ora, per tutti, RODOTÀ, *Sub art. 42 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna-Roma, 1982, specie p. 111 ss., con ivi tutte le ulteriori indicazioni che è qui impossibile fornire.

¹³ Sull'argomento si rinvia a BARILE, *voce Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 425.

¹⁴ V. al riguardo le osservazioni di CHIOLA, *Informazione, pensiero, radiotelevisione*, Napoli, 1983, specie p. 73 ss.

Rimane da considerare il ragionamento che il pretore sviluppa con riferimento agli artt. 41 e 43 della Costituzione.

Le considerazioni svolte con riguardo all'art. 41 della Costituzione, non offrono motivo per particolari rilievi: il pretore conferma l'orientamento tradizionale per cui le limitazioni e i controlli dell'attività economica privata e la determinazione dei fini da conseguire, devono essere posti direttamente dalla legge¹⁵.

Qualche perplessità solleva invece il ragionamento che il pretore sviluppa con riferimento all'art. 43 della Costituzione. Del tutto incontestabile l'affermazione del pretore che anche per questa previsione occorre l'intervento del legislatore ordinario, certo non può essere ritenuto di secondario momento il fatto che, secondo la giurisprudenza della stessa Corte Costituzionale¹⁶, proprio entro il quadro delineato dall'art. 43 della Costituzione trova legittimazione il monopolio RAI della radiotelevisiva su scala nazionale.

Tale insegnamento non viene ripreso dal pretore di Milano, il quale, conseguentemente, neppure si pone il problema di accertare se le condotte imputate al « gruppo Berlusconi » configurino o meno violazione o comunque pongano in pericolo¹⁷ il monopolio RAI¹⁸. E quale rilievo una tale indagine poteva avere nell'economia della decisione, davvero non è il caso di sottolineare.

5. Il secondo ordine di riflessioni che il pretore svolge ha al centro la giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Ad avviso del pretore di Milano nessuna utile indicazione può essere ricavata dalle sentenze in materia radiotelevisiva della Corte Costituzionale, per la soluzione del problema in discussione.

Una tesi così netta meritava una articolazione ben maggiore di quella contenuta nella decisione. In particolare non pochi dubbi solleva l'omessa precisazione che un tale giudizio sta a significare l'inidoneità delle sentenze della Corte Costituzionale a fornire un sicuro parametro al fine di stabilire quale, tra le attività dell'impresa televisiva, deve essere considerata pratica di concorrenza sleale. Mancata tale precisazione, il giudizio del pretore, per come risulta espresso nella decisione, tende ad assumere un si-

gnificato assoluto, sicuramente da rifiutare. Se infatti può essere condivisa l'opinione secondo la quale le sentenze della Corte Costituzionale sono incapaci di dare sicuri elementi per la qualificazione delle fattispecie dedotte in causa come pratiche di concorrenza sleale, non poche perplessità solleverebbe quella tesi che ritenesse le stesse decisioni comunque incapaci di fornire una qualunque indicazione all'interprete che volesse qualificare, tra le attività dell'impresa televisiva, quelle che sono lesive delle regole di comportamento tra imprenditori e comunque sicuramente non conformi a diritto¹⁹. Al riguardo il ragionamento del pretore di Milano ben poteva trovare materia di ulteriore riflessione nelle affermazioni espresse dalla Corte, in particolare nella sentenza 148/1981²⁰. Là dove viene precisato che la legittimità del monopolio RAI trova ragione di conferma nella necessità di ostacolare in modo effettivo il realizzarsi di concentrazioni monopolistiche od oligopolistiche, non solo nell'ambito delle connessioni fra le varie emittenti, ma anche in quello dei collegamenti tra le imprese operanti nei vari settori dell'informazione, incluse quelle pubblicitarie²¹.

¹⁵ Cfr. Corte Cost. 14 febbraio 1962, in *Giur. cost.*, 1962, 40 con nota di ESPOSITO, *Gli artt. 3, 41 e 43 della Costituzione e le misure legislative e amministrative in materia economica*. Sull'art. 41 della Costituzione v. ora GALGANO, *Sub art. 41 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna-Roma, 1982, 1 ss.

¹⁶ Cfr., da ultimo, Corte Costituzionale, sentenza 21 luglio 1981, n. 148, in *Giust. civ.*, 1981, I, 2137, con note di CATALANO e MARTINO.

¹⁷ Cfr. le osservazioni svolte alla nota 11.

¹⁸ Nel senso che le trasmissioni ultralocali di *networks*, quando sul punto non si era ancora pronunciato il legislatore, sono atto di concorrenza sleale ex art. 2598, n. 3 cod. civ., v. ROPPO, *In margine alla guerra dei networks. « Civile » e « penale » nella difesa del monopolio radiotelevisivo pubblico*, cit., 265.

¹⁹ E sicuramente non conforme a diritto sarebbe l'azione dell'imprenditore televisivo diretta a costituire situazioni di monopolio. Dopo la sentenza della Corte Cost. 28 luglio 1976, n. 202 (*Giust. civ.*, 1976, III, 341) la stessa ragione che ha motivato la « mutilazione » del monopolio pubblico, rende ora sicuramente inammissibile il ripristino di situazioni mono o oligopolistiche. Cfr. MARCHETTI, *Strumenti per il controllo delle concentrazioni*, in *Radiotelevisione pubblica e privata in Italia*, cit., p. 264.

²⁰ Corte Costituzionale, sentenza 21 luglio 1981, cit. alla nota 16.

²¹ Cfr. in argomento le pertinenti considerazioni di SANTORO, *Emittenti radiotelevisive in ambito locale e normativa antitrust*, in *Radiotelevisione pubblica e privata in Italia*, cit., p. 229 ss.

Se si guarda all'attuale assetto dell'emittenza televisiva privata, non è dubbio che quella affermazione, che poteva essere interpretata come programma per il legislatore, l'esecuzione del quale condizionava la stessa persistenza del monopolio RAI (nel senso che, una volta approntati gli strumenti necessari per evitare esiti monopolistici, poteva trovare diversa considerazione la legittimità del monopolio pubblico), si è ora trasformata (quantomeno) in un parametro minimo per qualificare i comportamenti dell'imprenditore televisivo. Diversamente, e per assurdo, si dovrebbe concludere che, nella perdurante carenza di un organica disciplina legislativa in materia, del tutto legittima sarebbe anche l'assunzione da parte di un unico soggetto (privato) di tutte le attività di radiotelevisiva. Il che, sicuramente, e proprio in ragione delle affermazioni della Corte, deve ritenersi pacificamente escluso²².

6. Secondo il pretore di Milano nessuna rilevanza hanno anche le decisioni della Corte di giustizia della CEE, le quali non offrirebbero utili elementi per la soluzione del problema. Ciò, afferma il pretore, sia per la specialità della materia radiotelevisiva, sia per il diverso ambito di mercato (internazionale/comunitario) nel quale operano le società soggette a quelle decisioni rispetto a quello delle imprese radiotelevisive emittenti nel territorio italiano; sia per il non dimostrato « abuso » di posizione dominante del « gruppo Berlusconi ».

Tali argomenti non persuadono. In particolare, inconsistente è l'argomento della specialità della materia televisiva. È infatti ampiamente acquisito il principio, riaffermato nelle due più recenti decisioni della Corte in materia televisiva²³, in base al quale l'attività di radiotelevisiva ha sicura rilevanza economica e pertanto essa, come anche le imprese che tale attività esercitano, è soggetta all'applicazione delle norme comunitarie, sia pure nel rispetto dei limiti da quest'ultime norme previsti. Secondo la Corte di giustizia, la trasmissione di messaggi televisivi, compresi quelli aventi carattere pubblicitario, vanno considerati alla stregua di servizi. Conseguentemente, tale attività è soggetta come tale alle norme del Trattato relative alla prestazione di servizi²⁴. Non minori obiezioni solleva anche il secondo argomento, in base al quale il pretore esclude l'applicabilità delle norme comunitarie perché diverso è l'ambito (nazionale e non comunitario) della impresa televisiva italiana. Ad accettare tale tesi si dovrebbe conseguentemente escludere l'opponibilità delle norme comunitarie all'imprenditore la cui sfera economica risulta limitata al territorio dello Stato (membro della CEE) cui appartiene. Conseguenza tale che, da sola, è sufficiente a escludere la validità della premessa. Che una simile tesi sia infondata è del resto ulteriormente riaffermato da numerose decisioni della Corte di giustizia, la quale ha riconosciuto che la Commissione della Comunità Economica Europea può esercitare i poteri ad essa attribuiti dalle norme comunitarie anche nei confronti di un'impresa avente sede fuori della Comunità, qualora l'attività di quest'ultima influisca sulle condizioni del mercato nell'ambito della Comunità (il corsivo è mio)²⁵. E tale influenza non è affatto esclusa dalla limitazione territoriale della attività (ipotizzata come illegittima). In questo senso è stato ribadito che (anche) l'intesa, avente lo scopo di impedire o alterare il gioco della concorrenza, che abbracci l'intero territorio di uno Stato membro, è incompatibile con le norme del Trattato²⁶. Nell'ambito dell'ordinamento giuridico nazionale rientrano i comportamenti i cui effetti sono limitati al territorio di un solo Stato membro²⁷. Ma della neces-

²² In base alla logica evidenziata alla nota 19.

²³ Si tratta delle sentenze 18 marzo 1980, n. 52/79 e, nella medesima data, n. 62/79, in *Foro it.*, 1981, IV, 65, segnalate da SCARPA, *Rassegna di giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee dell'anno 1980*, in *Giust. civ.*, 1982, II, p. 143 ss., specie pp. 172-173.

²⁴ In questi termini Corte giust. europea 30 aprile 1974, n. 155/73, in *Riv. dir. ind.*, 1976, II, 312.

²⁵ Così Corte giust. europea 21 febbraio 1973, n. 6/72, in *Foro it.*, 1973, IV, 111. In senso conforme Corte giust. europea, 14 luglio 1972, in *Foro it.*, 1973, IV, 9.

²⁶ V. Corte giust. europea 17 ottobre 1972, n. 8/72, in *Cons. Stato*, 1972, II, 1321.

²⁷ Con l'avvertenza, decisiva per fattispecie quali quella risolta dal pretore, che il Trattato non prescrive che le intese limitative della concorrenza abbiano in effetti pregiudicato in misura rilevante gli scambi, prova che nella maggior parte dei casi potrebbe difficilmente venir fornita, ma si richiede che si provi che gli accordi sono atti a produrre questo effetto. Così Corte giust. europea 1º febbraio 1978, n. 19/77, in *Foro it.*, 1978, IV, 546.

sità di questo presupposto²⁸, non vi è traccia nella decisione.

Anche il terzo argomento, della mancata dimostrazione di un « abuso » di posizione dominante, non coglie nel segno.

In realtà l'esigenza che richiede la sussistenza di tale presupposto è espressa per le sole fattispecie previste dall'art. 86 del Trattato. Tale presupposto non è invece richiesto per le ipotesi di cui all'art. 85 del Trattato dove, indipendentemente dall'esistenza di un abuso di posizione dominante, si dichiarano incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra le imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune²⁹.

Ferma, su questa base, la possibilità nel caso di un sindacato del giudice, indipendentemente dall'esistenza di un abuso di posizione dominante, neppure da condividere mi sembra il ragionamento che il pretore sviluppa per escludere, dopo aver affermato che non è stata data dimostrazione dell'abuso³⁰, che il « gruppo Berlusconi » possa essere ritenuto responsabile di una tale condotta. In punto non sembrano sufficienti i motivi dedotti. È infatti appena il caso di ricordare che, al fine di verificare la sussistenza dell'« abuso », non è necessario che un'impresa abbia eliminato ogni possibilità di concorrenza³¹. A mio giudizio altre sono le possibili obiezioni alla tesi che ritiene rilevanti (le norme comunitarie e conseguentemente) le decisioni della Corte di giustizia. La principale possibile obiezione motiva sul fatto che gli artt. 85 e 86 del Trattato vietano le intese che escludono e impediscono la concorrenza o che costituiscono sfruttamento abusivo di una posizione dominante, a condizione che tali intese siano suscettibili di pregiudicare il commercio tra gli Stati membri³². Peraltro anche questa possibile obiezione va approfondita: è infatti appena il caso di ricordare come intese puramente interne possano avere rilevanza anche esterna, in quanto ostacolano la entrata di altre imprese comunitarie sul mercato ovvero rendano più difficile il traffico tra i Paesi membri della Comunità. In questa prospettiva la Corte di giustizia ha confermato che, nell'ipotesi in cui il de-

tentore di una posizione dominante, con sede nella Comunità, cerca, mediante lo sfruttamento abusivo della posizione stessa, di eliminare un concorrente, anch'esso con sede nella Comunità, *diviene irrilevante accertare se l'abuso tenda a soffocare il commercio intracomunitario oppure le esportazioni del concorrente, rilevando unicamente che l'eliminazione di quest'ultimo modificherà i rapporti di concorrenza entro il mercato comune*³³.

7. Analogo giudizio di inidoneità al fine di enucleare uno schema generale *antitrust*, il pretore di Milano esprime anche a proposito della legge n. 416/81, recante norme sull'editoria.

Tale conclusione viene motivata sull'unico argomento secondo il quale la legge n. 416/81 è legge speciale e, come tale, non suscettibile di interpretazione estensiva in via analogica alla materia radiotelevisiva, che è materia avente proprie singolari peculiarità e « speciali-

²⁸ Il solo davvero rilevante per la soluzione della controversia. Del tutto indifferente è infatti che vi sia « un diverso ambito di mercato »: l'ambito di operatività di un'impresa è, evidentemente, un dato che non sempre coincide con la sfera degli effetti che conseguono dalle condotte dell'impresa.

²⁹ In particolare, precisa la norma, quelle che consistono nel a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi. Casistica talmente articolata da imporre, a mio giudizio, una valutazione comparativa di tali fattispecie legali con le condotte riferite al « gruppo Berlusconi » e dedotte in giudizio.

³⁰ In generale, sull'applicabilità dell'art. 86 del Trattato, v. App. Milano 14 novembre 1978, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1978, n. 1099, secondo la quale tale norma è utilizzabile da un punto di vista sistematico ed esegetico per valutare un comportamento concorrenziale, ai sensi dell'art. 2598 n. 3 cod. civ.

³¹ In questo senso, Corte giust. europea 14 febbraio 1978, n. 27/76, in *Foro it.*, 1978, IV, 518. Con l'ulteriore avvertenza, contenuta nella medesima decisione, che l'esistenza di una posizione dominante deriva in generale da più fattori che, presi isolatamente, non sarebbero necessariamente decisivi.

³² In quest'ordine l'assoggettabilità dei comportamenti della impresa televisiva alle norme comunitarie diventa una *questio facti*.

³³ Così Corte giust. europea 6 marzo 1974, nn. 6-7/73, in *Foro it.*, 1974, IV, 26.

tà » che postulano un'apposita regolamentazione legislativa.

Anche per questa parte della decisione, ciò che lascia perplessi non è la conclusione in sé considerata: prescindendo dalla concreta fondatezza nel caso di tale tesi (a mio giudizio non esente da rilievi), ciò che risulta del tutto insoddisfacente è la scelta del metodo con il quale viene affrontata la questione.

In particolare, non poche riserve solleva la mancata considerazione delle fortissime interrelazioni tra stampa e radio-televisione, quasi che si trattasse non di settori di un'unica esperienza ma di sistemi completamente indipendenti l'uno dall'altro³⁴. L'assenza di una tale visione d'insieme, che pure trova ragione, come si è sopra rilevato, nella disciplina costituzionale della manifestazione del pensiero³⁵, finisce così col rendere debolissimo anche l'argomento utilizzato. Del tutto evidente è infatti che la « specialità » della disciplina sull'editoria, tanto più risulta rafforzata, quanto più si sottolineano i dati che distinguono i due *media*, anziché valorizzare quelli che tendono a unificarli.

Il pretore di Milano compie una scelta di campo ed esprime netto rifiuto di quell'orientamento che tende a valutare la disciplina giuridica dei mezzi di comunicazione di massa come un complesso omogeneo. La decisione non riesce così ad evitare il rischio che deriva da una visione frazionata: in primo luogo quello della incomunicabilità tra i diver-

si sistemi e di una impossibile coerenza tra essi³⁶.

Il generale rifiuto di tale prospettiva impedisce anche di riflettere sulla possibilità che le norme di cui alla legge n. 416/81 vengano violate attraverso condotte poste in essere sul terreno televisivo. Mi riferisco in particolare alla possibilità, da altri rilevata³⁷, di riconvertire la quota eccedente il 20% di cui all'art. 4 della legge, nelle imprese televisive. Comportamento che soltanto un'innammissibile lettura letterale della norma potrebbe riconoscere come conforme a diritto. Al riguardo non può essere dimenticato che le norme sulla stampa trovano anche applicazione nel settore radiotelevisivo, quantomeno per la parte c.d. informativa³⁸.

L'indicazione ritraibile dall'art. 4 non è la sola offerta dalla legge. Un altro possibile elemento, utilizzabile nella prospettiva di formare uno schema generale *antitrust* nel settore dei mezzi di comunicazione di massa, può essere desunto dall'art. 12 della legge. Là dove si prevede che nessuna società concessionaria di pubblicità possa esercitare l'esclusiva per un numero di quotidiani la cui tiratura complessiva superi il trenta per cento di quella nazionale. Del tutto evidente è, anche per questa parte, il possibile pericolo di elusione della normativa, attraverso comportamenti posti in essere sul terreno radiotelevisivo.

Non si tratta, come è chiaro, di una prospettiva sicura. È però indubbiamente una prospettiva che merita di essere approfondita. In quest'ordine la decisione del pretore di Milano può essere considerata, prima di ogni altro giudizio, un'occasione mancata.

8. Nel risolvere la questione a lui sottoposta, il pretore non poteva mancare di indagare anche sulle norme del codice civile che disciplinano la concorrenza. Anche per questa parte della decisione trova conferma il generale tipo di approccio adottato dal pretore. La decisione afferma — è una parte che merita di essere riportata nella sua formulazione letterale — che: « l'asserita slealtà concorrenziale dei comportamenti denunciati nel ricorso non può farsi discendere dall'art. 2595 cod. civ.: chi e come potrà accertare, in via sommaria, che l'attività delle società resistenti leda, — piuttosto

³⁴ Per una prospettiva radicalmente opposta cfr. ROPPO, *Un diritto dei mezzi di comunicazione di massa?*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1983, 75 ss.

³⁵ Sempre attuali rimangono le pagine di FOIS, *Libertà di diffusione del pensiero e monopolio radiotelevisivo*, in *Giur. cost.*, 1960, 1127 ss.

³⁶ In questo senso ROPPO, *In margine alla guerra dei networks. « Civile » e « penale » nella difesa del monopolio radiotelevisivo pubblico*, cit., p. 273.

³⁷ Cfr. Pretura Palestrina 26 ottobre 1983, cit.

³⁸ In base all'art. 7 della legge 14 aprile 1975, n. 103 « ai telegiornali ed ai giornali radio si applicano le norme sulla registrazione dei giornali e periodici contenute negli artt. 5 e 6 della legge 8 febbraio 1948, n. 47; i direttori dei telegiornali e dei giornali radio sono, a questo fine, considerati direttori responsabili ». Ugualmente nello stesso articolo si rinvia alla legge sulla stampa (art. 8) per l'ipotesi di omessa rettifica. Analogamente l'art. 31 della medesima legge richiama le disposizioni della legge sulla stampa (artt. 3, 5, 6, 9, 13, 14, 15 e 21) per le trasmissioni televisive via cavo.

che favorire come l'altra parte sostiene — gli « interessi dell'economia nazionale »? Nessuno può ragionevolmente porre in dubbio che il « gruppo Berlusconi » — così come in altri settori di rilievo della nostra economia, il « gruppo Agnelli », il « gruppo Pirelli », il « gruppo De Benedetti » ed altri — abbia conquistato una posizione primaria sul mercato RTV commerciale: ma dove sono le prove o gli attendibili indizi (ferme le osservazioni di cui al precedente punto D) che abbia violato l'art. 2598 n. 3 cod. civ. con comportamenti non conformi alla correttezza professionale quali il *dumping*, il boicottaggio economico, lo storno di dipendenti idoneo a disgregare imprese concorrenti? O che comunque — ed in qual modo — abbia leso i « principi etico-professionali » della categoria di imprenditori privati RTV? ».

Si tratta, a mio giudizio, di quesiti ingiustificati. Ciò vale in particolare per la previsione di cui all'art. 2595 cod. civ., sicuramente inutilizzabile nella specie in esame. È infatti opinione ampiamente consolidata che la regola enunciata nella norma, della cui vigenza non pochi anche dubitano³⁹, vada interpretata alla luce dell'art. 41 della Costituzione. Secondo questa tesi, tale disposizione sta a confermare il generale principio costituzionale in materia di iniziativa economica privata, la quale può incontrare limiti e restrizioni — che la sola legge può determinare⁴⁰ — in ragione della necessità di armonizzare interessi confliggenti⁴¹.

Centrali nella discussione sono al contrario le riflessioni che propone la previsione di cui al n. 3 dell'art. 2588 cod. civ. Si tratta qui di dare contenuto all'indicazione generale che qualifica come atti di concorrenza sleale quelli compiuti dall'imprenditore che si vale, direttamente o indirettamente, di ogni mezzo — diverso da quelli indicati ai nn. 1 e 2 dello stesso articolo — non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda. Non è questa la sede per riferire delle diverse problematiche che tale clausola pone e dei diversi esiti variamente accolti dalla dottrina e dalla giurisprudenza⁴². Per la presente indagine è sufficiente richiamare la questione se costituisca atto non conforme alle regole di correttezza professionale la violazione di norme imperative⁴³.

È noto che a tale quesito è stata data risposta positiva, con riguardo alla affermata violazione della esclusiva RAI sulle trasmissioni ultralocali da parte dei *networks*⁴⁴. Caduto tale possibile argomento, con il riconoscimento delle pratiche di interconnessione, sembrerebbe esclusa la possibilità di pervenire ad analoghi risultati sulla base di altre disposizioni, salvo argomentare sull'esistenza di uno schema generale *antitrust*, delineato in base agli argomenti sopra ricordati. A mio giudizio se quest'ultima prospettiva, pur plausibile, è ancora da verificare, non è affatto vero che allo stato attuale dell'ordinamento non siano rintracciabili regole la cui violazione sicuramente concreta una pratica di concorrenza sleale.

Prescindendo dalle fattispecie dedotte in causa, il riferimento, in questa direzione, è alle norme che disciplinano il grado di affollamento della pubblicità televisiva, contenute nell'art. 3-*bis* del « decreto Berlusconi ». Come è noto, in questa disposizione vengono posti limiti temporali, sia con riguardo alla fascia oraria che al tempo totale di trasmissione, alla diffusione di messaggi pubblicitari. A mio avviso l'imprenditore televisivo che violasse tali limiti, si renderebbe responsabile di una condotta sleale nei confronti degli altri imprenditori televisivi, non potendosi dubitare dell'attitudine di tale comportamento a provocare danno all'altrui azienda⁴⁵.

Ferma tale prospettiva e acquisito che « il contenuto precettivo del dovere di

³⁹ « ...Praticamente, pertanto, il limite generico alla libertà della concorrenza enunciato nell'art. 2595 cod. civ., si risolve e si dissolve, ormai, nei limiti specifici statuiti dalle singole disposizioni di legge ». Così CASANOVA, *Impresa e azienda*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da VASSALLI, X-I, 1, Torino, 1974, p. 614.

⁴⁰ Cfr. la già citata Corte Cost. 14 febbraio 1962, n. 5, in *Giur. it.*, 1962, I, 498.

⁴¹ Così Cass. 10 ottobre 1962, n. 2911, in *Temi nap.*, 1962, I, 591.

⁴² Si rinvia a GHIDINI, *La concorrenza sleale*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da BIGIARI, Torino, 1982, specie p. 205 ss.

⁴³ Sull'argomento, in generale, v. per tutti SCHRICKER, *Concorrenza sleale compiuta attraverso la violazione di norme penali e amministrative*, in *Riv. dir. ind.*, 1972, I, p. 11 ss.

⁴⁴ Così ROPPO, *In margine alla guerra dei networks*. « Civile » e « penale » nella difesa del monopolio radiotelevisivo pubblico, cit., p. 264.

⁴⁵ Il danno infatti ben può dirsi in *re ipsa*. In generale sull'argomento v. COLARULLO, *Alcuni problemi della regolamentazione pubblicitaria*, in *Radiotelevisione pubblica e privata in Italia*, cit., p. 327 ss.

correttezza di cui all'art. 2598, n. 3, deve essere rinvenuto nell'art. 41 della Costituzione e pertanto devono considerarsi contrari ai principi della correttezza professionale tutti gli atti che siano intesi a precludere il funzionamento della concorrenza»⁴⁶, sembra anche possibile una prima ricostruzione tipologica degli atti di concorrenza sleale dell'imprenditore televisivo.

In tale classificazione rientra sicuramente la pratica dell'imprenditore televisivo che occupa indebitamente o senza

alcun serio vantaggio (da confrontare che il grado di sacrificio che l'altro privato è costretto a subire), una o più radiofrequenze, allo scopo di impedirne ad altri l'utilizzazione⁴⁷.

Ugualmente sleale deve ritenersi la qualificazione non veritiera dei propri programmi. Ad esempio, l'indicazione di « prima visione televisiva » per un'opera altre volte diffusa per televisione⁴⁸.

Parimenti sleale, qui con riguardo alle concessionarie di pubblicità, deve qualificarsi la pratica di concedere spazi pubblicitari su un'emittente, condizionandolo all'acquisto di altri spazi pubblicitari su altre emittenti dello stesso o di altro « circuito »⁴⁹.

Si tratta di un primo tentativo: certamente le ipotesi ora indicate non sono le sole che meritano di essere comprese tra gli atti « tipici » di concorrenza sleale dell'imprenditore televisivo⁵⁰.

9. Tentando, in via conclusiva, una valutazione di sintesi della decisione, mi sembra che la sentenza presenti più ombre che luci. Sicuramente tranquillizzante è il motivo centrale del pretore, di netto rifiuto di ogni pratica di « supplenza ». È però dubbio che davvero solo attraverso l'assunzione di tale ruolo fosse possibile rendere una diversa decisione. Al riguardo le affermazioni del pretore sono insufficienti allo scopo: le conclusioni cui giunge la decisione, che pure in astratto non sembrano da rifiutare in via assoluta, rimangono indimostrate.

Tale limite è presente in ogni parte della decisione. Anche là dove, preliminarmente, si discute della qualificazione della posizione giuridica che può essere in materia riconosciuta al privato⁵¹. Anche questo profilo, certo non secondario nella discussione, viene affrontato del tutto incidentalmente, in modo tale che non è dato di cogliere quale effettivamente sia il giudizio del pretore al riguardo⁵².

Carenza di motivazione che tanto più risalta se confrontata al tono, di generale sicurezza, con il quale risultano espresse le conclusioni. E questo quadro di forte sicurezza il pretore conferma anche in sede di liquidazione delle spese di giudizio⁵³, quasi a sottolineare l'infondatezza (o temerarietà?) delle domande avanzate.

CIPRIANO COSSU

⁴⁶ Così Trib. Milano 29 aprile 1974, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1974, n. 550.

⁴⁷ Non può certo essere negato che al privato è consentita l'utilizzazione delle radiofrequenze in quanto strumento necessario per manifestare il suo pensiero. Tanto è vero che qualora il privato mantenga nella sua disponibilità una banda di frequenza, senza operare su essa effettive trasmissioni, l'impianto è disattivato. Sanzione ora espressamente prevista dal n. 3 dell'art. 4 della legge 10/85.

⁴⁸ Fattispecie che sicuramente configura un'ipotesi di « pubblicità menzognera ». In argomento v., in generale, AUTERI, *La concorrenza sleale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, XVIII, Torino, 1983, p. 393 ss.

⁴⁹ Altro fenomeno che merita attenzione è quello degli accordi che prevedono un c.d. minimo garantito. Il finanziamento assicurato in tale forma, prescindendo dalla sua (dubbia) qualificazione in termini di concorrenza sleale, sicuramente altera l'equilibrio del mercato pubblicitario e « diviene o può divenire strumento di determinazione *ab externo* della tendenza dell'emittente ». Così SANTORO, *Emittenti radiotelevisive in ambito locale e normativa antitrust*, cit., p. 250.

⁵⁰ Tra le tante altre possibili esemplificazioni, ancora recenti sono le discussioni sollevate dai contratti « miliardari » della RAI con noti artisti dello spettacolo. Inutile ricordare che proprio da parte di alcuni settori dell'emittenza privata venne sollevata la tesi di ritenere tali accordi quali pratica di concorrenza sleale.

⁵¹ In argomento v. per tutti, PACE, *Stampa, giornalismo radiotelevisione*, Padova, 1983, p. 425 ss. In giurisprudenza, da ultimo, la già citata Cass. 3 dicembre 1984, n. 6339.

⁵² Il pretore, preliminarmente, afferma infatti che « è doveroso ribadire che l'eventuale accoglimento delle suddette istanze cautelari rappresenterebbe riconoscimento giudiziale di interessi le cui aspettative di tutela sono controverse, la cui positiva definizione e regolamentazione giuridica è in divenire, e non è allo stato prevedibile nelle sue future concrete modalità di sbocco ».

⁵³ Spese che il pretore pone a carico dei soccombenti, senza alcuna annotazione problematica. Nonostante Cass. (Sez. Un.), 17 ottobre 1983, n. 6066, in *Foro it.*, 1984, I, 159, che sembrava aver risolto definitivamente la *vexata quaestio* dell'ammissibilità o meno della pronuncia sulle spese in sede di giudizio, nel senso di ammettere tale liquidazione, il problema rimane infatti ancora controverso. A pochi mesi di distanza dalla pronuncia delle Sezioni Unite, la Suprema Corte è nuovamente intervenuta sul problema, disattendendo tale ultima opinione ed affermando che la statuizione sulle spese processuali contenuta in un provvedimento ex art. 700 cod. proc. civ. travalica i limiti dei poteri cognitivi e decisorii del giudice, e deve perciò essere cassata senza rinvio. Così Cass. 12 dicembre 1983, n. 7319, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Provvedimenti di urgenza*, n. 104.