
GUERINO FARES

LA TUTELA DEGLI UTENTI

SOMMARIO: 1. L'impatto della direttiva SMA e del suo recepimento nella prospettiva della tutela degli utenti. — 2. Il rilievo dell'utente nella disciplina dell'attività radiotelevisiva: radici storiche e modelli di tutela. — 3. Le misure adottate a tutela dell'utenza. — 4. La nuova dimensione della tutela dell'utente: dall'utente-spettatore all'utente-consumatore.

I. L'IMPATTO DELLA DIRETTIVA SMA E DEL SUO RECEPIMENTO NELLA PROSPETTIVA DELLA TUTELA DEGLI UTENTI.

Il D.Lgs. n. 177/2005, sulla disciplina dell'attività radiotelevisiva, è disseminato di norme ispirate alla tutela degli utenti: sicché trattare dell'argomento nel settore della radiotelevisione è compito impegnativo, già sul piano della selezione e del coordinamento del materiale normativo.

Scopo del presente scritto è indagare in che misura il recepimento della direttiva n. 65/07/CE dell'11 dicembre 2007 (c.d. direttiva SMA - Servizi Media Audiovisivi, modificativa della direttiva c.d. televisione senza frontiere 89/552/CEE del 3 ottobre 1989), realizzato proprio attraverso l'adeguamento del predetto D.Lgs. n. 177/2005 (ridenominato Testo unico dei servizi di media audiovisivi), abbia inciso — o possa incidere in prospettiva — sul complesso tema della tutela degli utenti.

Si procederà all'analisi delle novità introdotte dal decreto di recepimento della direttiva SMA (D.Lgs. 15 marzo 2010 n. 44) e alla verifica della attuale portata delle norme rimaste invariate e del *quantum* di attuazione di cui esse hanno nel frattempo beneficiato: con l'avvertenza che dall'indagine esulerà quel corposo numero di disposizioni che — in buona parte rimaneggiate anch'esse dal nuovo decreto — pur essendo ricomprese nella macroarea tema-

* Testo della relazione svolta al convegno su « Il recepimento della direttiva Servizi media audiovisivi ed il futuro delle televisioni digitale », tenutosi presso la Fa-

coltà di giurisprudenza dell'Università degli studi Roma Tre il 17 marzo 2010. Il testo del D.Lgs. 15 marzo 2010 n. 44 è pubblicato in questa *Rivista*, 2010, 157.

tica della tutela degli utenti, formano oggetto nel presente convegno di distinte relazioni (tutela dei minori, norme sulla pubblicità, disciplina dei brevi estratti di cronaca, etc.).

Ad accentuare l'autonomia di queste specifiche partizioni della materia ha contribuito lo stesso decreto di recepimento, attraverso un'operazione di scorporo, dal vecchio testo dell'art. 4 T.U. dedicato ai principi generali del sistema a garanzia degli utenti, delle norme per l'appunto concernenti la tutela dei minori, le trasmissioni pubblicitarie e le televendite, le sponsorizzazioni, il diritto di rettifica, la diffusione degli eventi di particolare rilevanza sociale.

Apprezzabile risultato di questa potatura — realizzata attraverso la tecnica del ritaglio e della separata ed integrale ricollocazione dei vari istituti e sottosistemi — è l'alleggerimento dell'articolo succitato, nel quale trovano ormai cittadinanza le sole garanzie di principio, una volta escluse le disposizioni più cogenti o, comunque, di dettaglio¹.

Più precisamente, il decreto contiene due disposizioni dettate con specifico riguardo alla tutela degli utenti.

La prima è l'art. 17, rubricato «Norme integrative e di coordinamento», che sostituisce l'art. 4 del T.U., senza introdurre novità sostanziali, ma limitandosi a sfrondarlo come si è detto di alcune previsioni presenti nel suo testo originario, di modo che, nella sua nuova formulazione, l'art. 4 del T.U. («Principi generali del sistema dei servizi di media audiovisivi e della radiofonia a garanzia degli utenti») così recita: «1. La disciplina del sistema dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, a tutela degli utenti, garantisce: a) l'accesso dell'utente, secondo criteri di non discriminazione, ad un'ampia varietà di informazioni e di contenuti offerti da una pluralità di operatori nazionali e locali, favorendo a tale fine la fruizione e lo sviluppo, in condizioni di pluralismo e di libertà di concorrenza, delle opportunità offerte dall'evoluzione tecnologica da parte dei soggetti che svolgono o intendono svolgere attività nel sistema delle comunicazioni; b) la diffusione di un congruo numero di programmi radiotelevisivi nazionali e locali in chiaro, garantendo l'adeguata copertura del

¹ La motivazione profonda di tale scelta è acutamente posta in luce da G.M. ROBERTI-V. ZENO-ZENCOVICH, *Le linee-guida del D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 44 («Decreto Romani»)*, in questa *Rivista* 2010, 1 i quali evidenziano come la presa d'atto dei modesti interventi legislativi effettuati nel decennio appena trascorso dalle regioni in attuazione della competenza concorrente in materia di ordinamento della comunicazione ha indotto il legislatore delegato statale «a snellire non poco le norme di principio, ridistri-

buendo le disposizioni più propriamente dispositive negli articoli espressamente destinati a questo o a quell'aspetto». Del resto, la stessa giurisprudenza costituzionale ha legittimato, sia pure a determinate condizioni, l'emanazione di norme statali di dettaglio nella materia *de qua*, enucleando la categoria delle disposizioni di dettaglio costituenti espressione di principi fondamentali, a questi inestricabilmente legate dallo scopo di garantire uniformità di disciplina sull'intero territorio nazionale (sent. n. 336/2005).

territorio nazionale o locale. 2. Il trattamento dei dati personali delle persone fisiche e degli enti nel settore radiotelevisivo è effettuato nel rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali, nonché della dignità umana, con particolare riferimento alla riservatezza e all'identità personale, in conformità alla legislazione vigente in materia ».

Né alla lett. *a*) né al comma 2 è stata apportata alcuna modifica, mentre le uniche innovazioni — a parte la riformulazione della rubrica (prima « Principi generali del sistema radiotelevisivo a garanzia degli utenti ») — riguardano la lett. *b*) e sono piuttosto marginali e scontate, poiché eliminano il riferimento ai limiti che incontra la capacità trasmissiva destinata ai programmi criptati (ormai desueti) e alla inapplicabilità della norma alla diffusione satellitare (stante la sopravvenuta equiparazione delle piattaforme).

Al recupero di altre previsioni contenute nell'originario art. 4 del T.U. ha provveduto l'art. 5 del decreto di recepimento — rubricato « Garanzie per gli utenti » — che è la seconda disposizione rilevante ai nostri fini: trattasi delle norme relative alla tutela dei disabili (comma 6, riprodotto pressoché pedissequamente) e al contenuto delle trasmissioni, le quali devono rispettare la dignità umana e non contenere alcun incitamento all'odio basato su razza, sesso, religione o nazionalità (comma 5, in cui peraltro scompare l'obbligo di rispetto dei diritti fondamentali della persona e il divieto di trasmissioni contenenti messaggi cifrati).

Per il resto, l'art. 5, applicabile anche alle emittenti radiofoniche e ai servizi dalle stesse forniti (comma 7) presenta un contenuto innovativo.

Esso pone a carico dei fornitori dei servizi di media audiovisivi obblighi di informazione a favore dei destinatari dei servizi stessi (comma 1): l'obbligo di rendere noto nome, indirizzo geografico ed altri estremi del fornitore in modo che egli possa essere contattato in modo agevole ed in tempi rapidi.

I successivi commi 2, 3 e 4 impongono l'adozione del piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre. La procedura è affidata all'Agcom, la quale deve poi stabilire con proprio regolamento le modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori di SMA trasmettenti in digitale terrestre sulla base di alcuni principi e criteri direttivi indicati secondo un ordine prioritario: *a*) garanzia della semplicità d'uso del sistema di ordinamento automatico dei canali; *b*) rispetto delle abitudini e preferenze degli utenti, con particolare riferimento ai canali generalisti tradizionali; *c*) suddivisione delle numerazioni dei canali a diffusione nazionale secondo il criterio della programmazione prevalente e in base alla suddivisione in generi tematici, con precedenza per i programmi di qualità legati al territorio ed esclusione dei programmi per soli adulti; *d*) individuazione

di numerazioni specifiche per i servizi a pagamento; e) previsione della possibilità di effettuare scambi all'interno di uno stesso genere dietro accordo fra gli interessati e previa comunicazione alle autorità competenti; f) revisione del piano di numerazione in base allo sviluppo del mercato, sentiti i soggetti interessati. Sulla scorta del piano e del correlato regolamento stabiliti dall'Agcom, è in concreto il Ministero delle comunicazioni — competente al rilascio dei titoli abilitativi — ad assegnare a ciascun canale la numerazione ad esso spettante e a fissare le condizioni di utilizzo del numero così attribuito; lo stesso Ministero disporrà eventualmente anche la sospensione, o la revoca nei casi più gravi, dell'autorizzazione a trasmettere e dell'utilizzazione del numero assegnato a fronte di violazioni della disciplina posta dall'Autorità o delle condizioni di utilizzo del numero da esso stesso prescritte.

« Al fine di garantire il più ampio pluralismo in condizioni di parità tra i soggetti operanti nel mercato, dovrà essere riservata per ciascun genere una serie di numeri a disposizione per soggetti nuovi entranti » (comma 2, lett. c): un richiamo esplicito all'esigenza di tutela dei *new comers*, in vista di un assetto pluralistico dei fornitori di servizi. Un richiamo che si lega, rafforzandole, alle disposizioni di principio dettate dal citato art. 4, comma 1, lett. a), cit., circa la necessità di assicurare all'utente il c.d. accesso pluralistico ai *media*.

Completano il quadro le norme sul diritto di rettifica, rimaste sostanzialmente immutate (art. 32-*quinquies*, T.U.), e le norme (art. 1-*ter*) che regolano le trasmissioni transfrontaliere con una disciplina ora più ricca ed articolata, comprensiva anche dei servizi a richiesta, dei quali sono enucleati i presupposti e il relativo rito (cfr. commi 4, 5 e 6 e v. il riferimento specifico alla tutela dei consumatori da coordinare con gli altri richiami che ad essa effettua la direttiva, come sarà più avanti evidenziato), e dei servizi che, sebbene ricevuti direttamente o indirettamente dal pubblico italiano, esulano dalla giurisdizione di alcuno Stato membro dell'Unione europea (commi 8 e 9).

2. IL RILIEVO DELL'UTENTE NELLA DISCIPLINA DELL'ATTIVITÀ RADIOTELEVISIVA: RADICI STORICHE E MODELLI DI TUTELA.

Preliminare allo sviluppo dell'indagine è la domanda: chi è l'utente? L'espressione generica e impersonale potrebbe riferirsi a qualsiasi entità soggettiva. Per dirla in termini civilistici, a qualsiasi centro d'imputazione d'interessi.

Al contrario, gli argomenti sistematici desumibili dalla direttiva e più in generale dal diritto dell'Unione europea, fanno propendere per una nozione ristretta di tutela dell'utente, quale utente individuale.

Le esigenze di tutela dell'utente, infatti, si giustificano in ragione dell'asimmetria del rapporto fra l'utente individuale e l'operatore di telecomunicazioni.

Quando l'utente non è individuale, bensì un soggetto collettivo, le esigenze di tutela riguardano, più complessivamente, la sua fisionomia di ente collettivo economico o istituzionale fruitore di tele-trasmissioni, ed è in questi ambiti, vale a dire nel mercato e in sede istituzionale, che trovano tradizionalmente risposta le relative esigenze di tutela.

L'utente è, ripetesi, l'utente individuale.

È ricorrente nella giurisprudenza della Corte di Giustizia l'idea che gli utenti finali delle trasmissioni televisive siano le persone titolari della libertà fondamentale di ricevere informazioni di cui all'art. 10 della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; e che tale libertà fa parte dei diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario².

Com'è noto, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo il diritto di cui all'art. 10 C.e.d.u. include, tra l'altro, la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza considerazioni di frontiera.

Questo significa che la tutela degli utenti si realizza, in primo luogo, ampliando al massimo l'accesso dei singoli al maggior numero possibile di trasmissioni.

Si potrebbe parlare, a proposito, di tutela degli utenti in senso formale, da assicurare attraverso la predisposizione di condizioni che consentano sia di massimizzare le capacità di accesso degli utenti alle trasmissioni televisive, sia di ampliare il numero di trasmissioni televisive cui essi possano accedere. È opinione comune, infatti, che l'art. 10 C.e.d.u. configuri a carico degli Stati degli obblighi di fare positivi, preordinati alla realizzazione di un sistema radiotelevisivo composto da una pluralità di operatori.

Con la locuzione tutela degli utenti in senso materiale, invece, possiamo riferirci ai contenuti delle trasmissioni cui l'utente medesimo deve poter avere accesso. Anche a questo riguardo risulta utile il richiamo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, secondo cui dall'art. 10 C.e.d.u. viene prospettato un assetto del settore radiotelevisivo che si caratterizzi non solo per la molteplicità di voci (pluralità di operatori) ma anche per l'effettiva varietà delle voci stesse. Senza questa verrebbe meno la stessa pre-condizione per l'effettivo godimento della libertà di espressione del pen-

² V. sentt. 25 luglio 1991, causa C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda e a., § 23; 3 febbraio 1993, causa C-148/91, Veronica Omroep Organi-

satie, § 10; 5 ottobre 1994, causa C-23/93, TV10 SA, § 19; nonché 13 dicembre 2007, causa C-250/06, United Pan-Europe Communications Belgium e a., § 41.

siero, che esige la possibilità in concreto di fruire di un'ampia offerta di idee e posizioni differenziate. Sempre secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo poi, *condicio sine qua non* per la realizzazione di un ampio e differenziato ventaglio di contenuti è la salvaguardia del diritto di replica il quale, oltre a consentire agli individui di reagire contro la lesione del proprio onore o della propria sfera privata provocata da certe notizie e opinioni diffuse dai mezzi di informazione, tutela l'interesse del pubblico a ricevere informazioni da diverse fonti, garantendo a tutti il diritto ad un'informazione il più possibile completa, che tenga conto di tutte le diverse posizioni.

Appurato, quindi, che la tutela dell'utente riguarda l'utente individuale, la cui posizione soggettiva è salvaguardata dall'art. 10 C.e.d.u.; che la tutela in senso formale consiste nella predisposizione delle condizioni che consentano di allargare al massimo le possibilità di accesso dei singoli al maggior numero di trasmissioni; e che la tutela in senso materiale attiene ai contenuti delle trasmissioni di cui l'utente è potenziale o effettivo fruitore, è possibile ora avviare il discorso ad una prima conclusione.

Gli interventi *ab externo* che si prefiggono l'obiettivo di realizzare la tutela dell'utente sono più efficaci se si riferiscono alla tutela in senso formale che non a quella in senso materiale.

Una tutela che riguardi i contenuti delle trasmissioni o, più in generale, dei media audiovisivi, va inevitabilmente ad interferire con il diritto di libera manifestazione del pensiero, di per sé non sottoponibile a vincoli.

Nella società contemporanea è sempre instabile e precario l'equilibrio fra la necessità di assicurare con la massima ampiezza il diritto di espressione e la concorrente esigenza di evitare che la libera manifestazione del pensiero tramodi in aggressione verbale, offesa gratuita, lesione della dignità, incitamento all'odio e all'intolleranza ecc.

Ad esempio, trasmettere una scena in cui una donna ammiccante e seminuda e in posizione di soggezione lusinga l'uomo offre un'immagine di donna-oggetto offensiva della sua dignità? E quando anche si rispondesse positivamente alla domanda, la libertà di manifestazione del pensiero non è stata concepita e consacrata nelle Carte fondamentali proprio per consentire a chiunque di esprimere le proprie idee, di qualunque tipo esse siano, e non solo quando esse siano buone, pure e destinate a migliorare l'umanità?

Insomma, la tutela dell'utente in senso materiale, vale a dire quella che riguarda i contenuti delle trasmissioni, non può che essere ritagliata su spazi angusti, e non può che essere affidata a tradizionali strumenti sanzionatori, attivabili dopo che il *vulnus* all'utente si è già realizzato.

Di gran lunga più ampi, invece, sono gli spazi di intervento di cui dispone un ordinamento che intenda realizzare la tutela dell'u-

tente in senso formale, assicurando la massima espansione della sua facoltà di accesso alle trasmissioni.

Tale obiettivo, infatti, si realizza ampliando l'offerta di informazioni accessibili mediante il progressivo aumento del numero di soggetti che effettuano trasmissioni attraverso i media audiovisivi.

In definitiva, la principale modalità di attuazione della tutela dell'utente è quella di approfittare delle innovazioni tecnologiche e dell'ampliamento dell'offerta di trasmissioni da esse consentito al fine di offrire opportunità di ingresso e di sviluppo ad un numero sempre maggiore di operatori del settore dei media audiovisivi, così incrementando il novero delle informazioni cui i singoli sono abilitati ad accedere³.

E lungo questa direttrice si può apprezzare l'evoluzione registrata negli ultimi tempi nel nostro sistema radiotelevisivo grazie al progresso delle tecnologie, che ha indotto un ampliamento dell'offerta sulle nuove piattaforme, satellitare e digitale terrestre, creando al contempo i presupposti per la soluzione dei complessi nodi politico-istituzionali (sfociati anche sul piano giudiziario con la nota questione Europa 7) generati da un sistema analogico avaro di risorse frequenziali.

Del resto, fin dalla metà degli anni novanta del secolo scorso il diritto europeo ha riconosciuto agli Stati membri il potere di governare il processo di trasformazione tecnologica innescato dallo sviluppo della multimedialità e di sfruttare le opportunità da esso offerte attraverso un'adeguata disciplina di strumenti idonei a garantire gli obiettivi del pluralismo e della concorrenza nei vari settori — e segnatamente in quello dell'informazione e comunicazione — interessati dal processo innovativo.

Lo scopo ultimo, pur non dichiarato, del diritto comunitario era far sì che il sistema di tutela della concorrenza assicurasse, in forma compiuta anche se indiretta, la tutela degli utenti.

3. LE MISURE ADOTTATE A TUTELA DELL'UTENZA.

Svariati obblighi sono stati previsti dal legislatore per la protezione degli utenti, e per le trasmissioni della concessionaria pubblica ulteriormente specificati nei contratti di servizio⁴: obblighi fi-

³ Evidenziano come allo stesso mutamento di *status* del telespettatore, da semplice *civis* a vero e proprio utente, si associ strutturalmente la pretesa di disporre di una vasta gamma di servizi informativi, S. SICA-P. PACILEO, *I principi generali del sistema radiotelevisivo a garanzia degli utenti*, in *La televisione digitale: temi e*

problemi, a cura di A. Frignani-E. Poddighe-V. Zeno-Zencovich, Milano, 2006, 106.

⁴ Sulle perduranti ragioni della specificità del servizio pubblico radiotelevisivo, si rinvia alla Comunicazione della Commissione europea 2 luglio 2009, relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al servizio pubblico di radiodiffusione, in

nalizzati a incidere sulla qualità della programmazione e a limitare il potere dei mass media di condizionare le abitudini e i comportamenti dei singoli.

Al contempo, si è fatta strada l'idea di rafforzare il ruolo dell'utenza potenziando gli organi rappresentativi e i meccanismi capaci di favorire il dialogo con gli operatori, la partecipazione alle scelte da questi compiute e le verifiche sull'attività da essi svolta e sul rispetto degli obiettivi concordati.

È questo il compito del Consiglio consultivo degli utenti (ad opera della L. n. 223/1990), e del Consiglio nazionale degli utenti (previsto dalla L. n. 249/1997), i cui limiti inevitabili sono stati evidenziati⁵.

E a tutela dell'utente sono state impiegate formule come: protezione dei diritti della persona, tutela delle fasce di utenza debole, controllo dei contenuti culturali dei programmi, promozione del pluralismo informativo, formazione genuina dell'opinione pubblica, garanzia della *par condicio*, razionalità dell'assetto proprietario delle reti radiotelevisive e dei media complessivamente intesi.

Molti di questi indicatori hanno assunto nel tempo una portata transnazionale, a conferma della tendenziale convergenza di obiettivi fra il diritto europeo e gli ordinamenti degli Stati membri.

Le esigenze di tutela dell'utente conservano intatta la loro attualità rendendosi ancor più pressanti in relazione alle modalità di svolgimento del servizio pubblico radiotelevisivo. Capita, tuttora, di imbattersi in statuizioni di tal segno degli organi di giustizia sovranazionale: in una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo si è, ad es., ribadito che le emittenti di pubblico servizio devono essere direttamente responsabili verso il pubblico e, a tal fine, dovrebbero periodicamente pubblicare informazioni sulla loro attività e elaborare procedure per consentire ai telespettatori e radioascoltatori di fare commenti sul modo in cui essi spletano la loro missione⁶.

Dir. inf., 2009, 562 ss. In tema v., altresì, G. GARDINI, *Le regole dell'informazione*, Milano, 2005, 145 ss.

⁵ Cfr., in tema, G. ALPA, *La posizione degli utenti nella legislazione sulle radiotelevisivi*, in *Dir. inf.*, 1995, 555 ss.; N. LIPARI, *Tutela dell'utente radiotelevisivo e ruolo degli organi rappresentativi*, *ivi*, 564 ss.

⁶ C. eur., 17 dicembre 2009, Manole e altri c. Moldova, che ha accertato la violazione dell'art. 10 della C.e.d.u. da parte della Repubblica di Moldova con la legge sulla radiotelevisione, modificata nel 2004, sulla base della quale giornalisti della televisione pubblica sono stati licenziati a seguito dell'avvento al potere del

partito comunista nel 2005. La decisione, nel cui corpo sono richiamate le risoluzioni e le raccomandazioni del Consiglio d'Europa intervenute in tema di pubblico servizio radiotelevisivo in funzione dell'obiettività dell'informazione e della piena autonomia dell'organo di vigilanza sul sistema, ribadisce alcuni importanti precezioni. Con riguardo ai requisiti del servizio pubblico, esso deve: assumere il ruolo di punto di riferimento per la comunità degli utenti, ergendosi a fattore di coesione sociale e di integrazione per tutti gli individui e i gruppi, e rifiutando ogni discriminazione culturale, sessuale, religiosa o razziale; offrire un foro per la libera discussione pubblica; diffondere no-

Passiamo ora a verificare se e in che misura la direttiva SMA e il D.Lgs. n. 44/2010 incidono sulla tutela dell'utente ampliandone le possibilità di accesso alle informazioni e predisponendo le condizioni per l'aumento del numero degli operatori nel settore televisivo.

Seguendo l'impostazione preannunciata, ci si interrogherà, innanzitutto, sullo stato di effettiva attuazione delle previsioni originarie e, in particolare, di quelle relative all'accesso e ai contenuti delle trasmissioni radiotelevisive e alla tutela della riservatezza e dell'identità personale. Cercheremo poi di valutare la reale portata delle nuove prescrizioni legislative.

Tanto l'accesso ai contenuti quanto il rispetto dei diritti fondamentali, della dignità umana, della riservatezza e dell'identità della persona costituiscono esigenze strutturali, ossia immanenti al sistema. La loro violazione comporta modalità differenti di reazione, dal momento che le misure inibitorie e ripristinatorie della lesione del pluralismo sono affidate a meccanismi e sedi politico-istituzionali, mentre il singolo è legittimato a reagire alla lesione della propria riservatezza, identità e dignità.

L'art. 4, comma 1, lett. b), tende, in altre parole, sia a subordinare stabilmente l'assetto dei media audiovisivi all'osservanza di confini invalicabili, sia a consentire la giustiziabilità da parte dell'interessato dell'eventuale superamento di tali paletti sanzionando la singola violazione perpetrata dal gestore.

Ciò vale per la tutela della dignità umana, principio costituzionale oggettivo e valore personale supremo e irrinunciabile che oppone limiti insuperabili tanto all'esercizio delle libertà private quanto all'estrinsecazione del potere pubblico e si sostanzia nella duplice pretesa di difendersi dalle aggressioni altrui, di modo che i terzi si astengano dal tenere condotte lesive dei valori dell'uomo, e di ricevere prestazioni pubbliche strumentali alla protezione e alla salvaguardia della dignità della persona⁷.

tizie, informazioni e programmi ispirati ai canoni di imparzialità, indipendenza, pluralismo, varietà ed innovatività, qualità, tutela delle minoranze etniche e culturali, originalità della produzione, infungibilità dei servizi forniti. Con riguardo allo *status* delle emittenti del servizio pubblico, deve essere ad esse garantita l'indipendenza contro ogni possibile condizionamento politico o economico, rimettendo loro interamente la gestione e la responsabilità editoriale dei palinsesti e del contenuto dei programmi, ed affidando a mezzi appropriati la verifica circa l'adempimento della missione e l'uso corretto e trasparente delle risorse, che comunque non può tradursi in forme di controllo preventivo

sulla programmazione. Con riguardo alle autorità di vigilanza e regolazione, esse vanno tenute indenni dal rischio di interferenze politiche o di altro genere, devono rendersi responsabili dell'esercizio della propria funzione di fronte al pubblico pubblicando, ad es., relazioni periodiche sull'attività svolta, e adottare decisioni e regolamenti che siano debitamente motivati, resi accessibili al pubblico e assoggettati al sindacato postumo di legittimità presso le giurisdizioni competenti secondo la legge nazionale.

⁷ Per una recente ricognizione della problematica, G. SCACCIA, *Dignità umana e giurisdizione amministrativa in Italia*, in *www.giustamm.it*, 2010, n. 3.

È stesso discorso vale, più in generale, per il fenomeno, sempre più diffuso, della lesione della sfera privata della persona: la tutela del soggetto cui le notizie o informazioni si riferiscono tende a scontrarsi con l'interesse della generalità degli altri utenti ad acquisire dette notizie, con una curiosità spesso morbosa.

Nella selezione delle modalità di tutela, può registrarsi un contrasto fra l'interesse del telespettatore medio e quello della persona i cui dati vengono diffusi attraverso il mezzo televisivo: sicché, l'affermazione che la tutela della riservatezza del singolo garantisce l'utenza nel suo complesso potrebbe rivelarsi equivoca, se non una vera e propria forzatura.

L'ordinamento interno e quello europeo presidiano la *privacy* degli individui in modo da temperare, da una parte, l'esercizio della libertà di diffondere (e, quindi, anche di ricevere) la notizia e, dall'altra, la tutela della riservatezza. È per questo che si richiede, ad es., nel caso di personaggi politici o comunque di accertata notorietà che si verifichi se la diffusione della notizia possa contribuire allo sviluppo del dibattito pubblico e al soddisfacimento dell'interesse generale della collettività in relazione al ruolo svolto dal soggetto che viene « proiettato » sui media. L'interesse pubblico — che varia con una coscienza sociale in continua evoluzione e in rapporto alle circostanze del singolo caso concreto⁸ — finisce così col legittimare l'intrusione nella vita privata altrui.

Nel caso, invece, di persone « comuni » la tutela è sicuramente più ampia, giacché occorre accertare la sussistenza di un interesse della società a conoscere la notizia che le riguarda (si pensi alla divulgazione del nome delle parti di un procedimento giurisdizionale che costituisca oggetto di pubblico interesse).

Passando alla disposizione di cui alla lett. a), essa tocca il « problema dei problemi » dell'accesso pluralistico, combinando tutte quelle « parole magiche » che storicamente hanno impegnato il dibattito dottrinale e su cui non pare esservi molto da aggiungere.

Non sono stati rinvenuti rimedi infallibili dinanzi alla necessità di armonizzare valori, esigenze e posizioni soggettive che si intersecano e sovrappongono in una relazione complessa e, talora, conflittuale: libertà di manifestazione del pensiero, libertà di impresa,

⁸ Lo evidenzia A. PIROZZOLI, *Il caso de « Le Iene » e la privacy dei parlamentari*, in *Dir. internet*, 2007, 75, individuando nel prevalente interesse pubblico di conoscenza, rapportato ai doveri di solidarietà politica, economica e sociale inerenti la posizione assunta dal soggetto, una causa di giustificazione aggiuntiva rispetto al consenso anche implicito dello stesso soggetto desunto dalla natura dell'attività da esso in concreto svolta. Nel porre in luce come

la violazione della *privacy* comporti la lesione della dignità della persona (vieppiù offesa in caso di rappresentazione non veritiera di fatti e circostanze), oltre che un possibile effetto di discriminazione sociale della vittima, l'a. sottolinea che la notorietà di per sé determina una accentuata relatività della tutela della riservatezza, potendosi configurare un diritto del cittadino a ricevere informazioni dotate di particolare rilievo pubblico.

accesso della notizia, accesso alla notizia. Sono emerse, in particolare, tutte le difficoltà di convertire la pluralità in pluralismo e di utilizzare la concorrenza come veicolo di sviluppo e misuratore della pluralità e, eventualmente, del pluralismo, pur assunto nel frattempo a vero e proprio principio fondamentale dell'ordinamento comunitario⁹. Si è dovuto prendere atto di ciò che la pluralità o diversità delle fonti e dei canali non trasmoda necessariamente in pluralità o diversità di contenuti, in quanto la varietà delle idee e delle opinioni che contraddistingue un'offerta pluralistica di contenuti va distinta dalla concorrenza economica, pur potendo essere positivamente influenzata dall'applicazione del diritto *antitrust*, da intendersi quale condizione necessaria ma non sufficiente¹⁰.

Si è efficacemente rilevato, in proposito, come manchi una relazione certa e diretta fra il pluralismo e la sfera economica, atteso che « anche la presenza di molti soggetti in un mercato non garantisce una diversità di opinioni; né, dal punto di vista economico, il benessere del consumatore »¹¹.

Se si eccettuano le preziose conquiste dovute all'evoluzione tecnologica (più canali per gli operatori, più servizi per gli utenti), e si riconosce che è comunque preferibile tendere all'obiettivo (cioè al perseguimento dell'interesse pubblico a che nessuna idea alternativa sia esclusa) piuttosto che rinunciarvi aprioristicamente, si deve ammettere che è impossibile raggiungere certezze sulle modalità di realizzazione del pluralismo informativo.

Ad essere consacrato, del resto, nel nostro ordinamento non è il diritto di libera utilizzazione dei mezzi di diffusione del pensiero, ma il diritto di espressione attraverso i mezzi di cui ci si trovi a poter disporre¹². Inoltre, la libertà imprenditoriale dell'emittente (che veicola l'accesso della notizia)¹³ incontra oggi il problema dei costi, e fino a poco tempo fa pativa anche quello della scarsità delle risorse disponibili.

⁹ Sul punto, R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Torino, 2009, 41 ss.

¹⁰ Sui rapporti fra concorrenza, pluralità e pluralismo si consenta il rimando a G. FARES, *L'apertura del mercato radiotelevisivo*, Torino, 2008, 251 ss.

¹¹ Sul tema, da ultimo, A. STAZI, « Marketplace of ideas » e « accesso pluralistico » tra petizioni di principio e ius positum, in *Dir. inf.*, 2009, 669 ss., il quale, ricordando come tra le diverse condizioni del pluralismo la diversità dei contenuti rappresenti la versione più forte, evidenzia l'ulteriore ricaduta prodotta dall'evoluzione tecnologica nel senso di responsabilizzare l'utente al reperimento di sua iniziativa

delle fonti informative, di cui è invece il ricettore passivo secondo l'impostazione paternalistica del servizio pubblico radiotelevisivo.

¹² Il concetto è ribadito da V. ANGIOLINI, *Pluralismo radiotelevisivo e tutela degli utenti*, in *Jus*, 1998, 674, secondo il quale l'art. 21 non implica la garanzia di acquisire i mezzi di informazione o di conservarne la disponibilità integrale ed esclusiva, dopo averli acquisiti.

¹³ Il ruolo delle imprese di comunicazione di massa di diffusore di idee e programmi frutto dell'esercizio della altrui libertà di manifestazione del pensiero è posto in evidenza da V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà d'espressione*, Bologna, 2004, 46.

Pur nella consapevolezza della stretta connessione fra l'accesso ai media, la libertà di manifestazione del pensiero, il pluralismo delle idee e la qualità del sistema democratico, non si può, in ultima analisi, che convenire circa l'estrema difficoltà di predisporre sul piano normativo meccanismi capaci di facilitare l'accesso dell'utente del mercato integrato dell'audiovisivo a fonti di informazione alternative e indipendenti.

Il fallimento dei programmi dell'accesso, come quelli di comunicazione politica, conferma la fondatezza delle riserve sopra esposte.

In conclusione, ragioni politiche, associate all'ardua composizione dei valori in campo, hanno fatto sì che il principio del pluralismo non abbia ricevuto una reale ed effettiva attuazione nemmeno al livello del diritto europeo¹⁴: l'accesso pluralistico risulta così privo di una rilevanza specifica quale diritto soggettivo pieno ed effettivamente cogente¹⁵.

Le difficoltà di conformare i contenuti delle trasmissioni audiovisive emergono davanti ad ogni tentativo di stabilire scale di valori e giudizi di merito. A chi spetta, infatti, compiere tali valutazioni? E quali sono i parametri sulla cui base misurare la varietà e la qualità dei programmi? È possibile un controllo di qualità che, superando i deboli confini della deontologia, si colori di effettività conciliandosi con la libertà di manifestazione del pensiero? E in ultima analisi come si concilia il controllo sui contenuti con la libertà di espressione? Questi interrogativi danno l'esatta dimensione dei nodi irrisolti¹⁶.

Passando, ora, all'esame delle novità, rilevano innanzitutto le disposizioni contenute nell'art. 5, commi 2, 3 e 4, cit., relative al piano di numerazione automatica dei canali digitali, le quali fanno testuale riferimento ad elementi — quali: l'obiettivo di assicurare condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie; il diritto di ciascun utente di riordinare i canali diversamente e a suo piacimento; il fine di garantire la semplicità d'uso del sistema e di onorare le abitudini e preferenze tradizionali del pubblico —

¹⁴ Le ragioni per cui il legislatore europeo ha rinunciato ad attrarre completamente nella propria sfera regolativa i servizi radiotelevisivi sono ben illustrate da G. GARDINI, *Dal « servizio pubblico » al « sistema » radiotelevisivo: la breve storia di un grande fallimento*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 655 ss.

¹⁵ In questo senso, A. STAZI, « Market-place of ideas » e « accesso pluralistico » tra petizioni di principio e ius positum, cit., 703 s., per il quale l'accesso pluralistico si configura piuttosto come un principio generale « ultra-normativo ». Fa notare,

nondimeno, l'a. come l'accesso, in un'economia caratterizzata dalla dematerializzazione della proprietà, abbia acquisito un valore economico e una funzione centrale ai fini della diffusione della conoscenza.

¹⁶ Significative sono, al riguardo, le riflessioni di P. ORTOLEVA, *Il problema della qualità nel sistema dei media*, in *Problemi dell'informazione*, 2009, 335 ss., il quale si domanda anche se vi sia un senso critico o estetico comune, e rileva come i mezzi di informazione non svolgono più una funzione di controllo sociale, compito pensato in origine per la stampa ottocentesca.

che depongono in effetti per la loro preordinazione alle esigenze di tutela degli utenti. Tuttavia, è lecito chiedersi se esse, concedendo il pre-uso della numerazione, non siano, al contempo o addirittura principalmente, destinate anche a preservare le rendite di posizione delle emittenti già operanti sul mercato e, in particolare, a tutelare la capacità editoriale delle stesse.

4. LA NUOVA DIMENSIONE DELLA TUTELA DELL'UTENTE: DALL'UTENTE-SPETTATORE ALL'UTENTE-CONSUMATORE.

Gli aspetti fin qui analizzati attengono alla dimensione, tradizionale, dell'utente-tele spettatore.

Nel testo della direttiva compaiono, tuttavia, alcuni riferimenti al consumatore: considerando 8, 32, 36, 37, 52, 56, 60. E un laconico richiamo è contenuto anche nel decreto di recepimento: art. 3, comma 2 (modificativo della disciplina sulle trasmissioni transfrontaliere).

Ciò potrebbe considerarsi indice della volontà del legislatore europeo di abbandonare il tradizionale approccio europeo in materia di radiotelevisione — secondo cui il prodotto televisivo avrebbe sue peculiarità intrinseche che lo differenzierebbero da tutti gli altri, giustificando più cospicui interventi statali in materia — per approdare ad un approccio di pieno stampo mercatista.

D'altro canto, da tempo ormai è stata sostenuta la tesi per cui al settore audiovisivo debbano trovare applicazione le norme del trattato sui servizi (artt. 49 ss.), sul presupposto della assimilabilità dei prodotti culturali agli altri prodotti e della comune sottoposizione alle regole del mercato e della concorrenza¹⁷.

In tutto questo, la sfida sul terreno della tutela dell'utenza pare destinata a trasferirsi sul versante dell'utente-consumatore, anche al di là di quanto la direttiva non dica. Che la nuova frontiera possa essere la valorizzazione dell'utente-consumatore lo conferma una pluralità di dati: la direzione in cui si va muovendo il sistema stesso, che equipara le piattaforme, che sottopone la disciplina dell'audiovisivo alle norme del Trattato UE, che disciplina i servizi a richiesta, etc.

In quest'ambito la *chance* di tutela dell'utente sono suscettibili di sicura implementazione. Trattasi di una prospettiva più ampia e generalizzata, posto che al diritto della concorrenza si è co-

¹⁷ Sostituendosi al vecchio schema del servizio pubblico il modello dell'attività di servizi si affievolisce, nel rapporto fra amministrazione ed amministrato, la connotazione autoritativa, e prende forma una nuova relazione, di carattere trilatero, fra imprese (private o pubbliche), cittadino-

utente e potere amministrativo quale fonte di regole ed arbitro dei conflitti. Lo stato del dibattito sui rapporti tra commercio e cultura è sintetizzato da R. MAZZA, *Liberalizzazione del commercio internazionale degli audiovisivi e salvaguardia dei valori culturali*, in *Comun. intern.*, 2007, 761 ss.

munque fatto già ricorso, per fronteggiare specifiche evenienze, anche per fini di protezione dell'utenza: il fondamento delle limitazioni apponibili — e finora apposte — alla libertà di impresa per la tutela dell'interesse generale all'informazione pluralistica emergono limpidamente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Questa, precisando i limiti per l'imposizione dei c.d. obblighi di *must carry* (giustificati solo se ragionevoli, proporzionati e trasparenti e preordinati al conseguimento di precise finalità di ordine collettivo), ha evidenziato come, mentre l'ordinamento comunitario si preoccupa della sola disciplina dei mezzi di trasmissione, la politica audiovisiva e la regolamentazione dei contenuti sono affidate a misure adottate a livello nazionale per il perseguimento di obiettivi di interesse generale, quali la libertà di espressione, il pluralismo dei mezzi di informazione, l'imparzialità, la diversità culturale, l'integrazione sociale, la protezione dei consumatori e dei minori (v. il sesto considerando della direttiva quadro)¹⁸. Su tali basi, gli Stati membri, in quanto garanti della libertà fondamentale *ex art. 10 C.e.d.u.* di ricevere informazioni i cui destinatari siano gli utenti finali, possono adottare strumenti appropriati che consentano ai telespettatori di ricevere un'offerta pluralista e diversificata, favorendo l'accesso al mezzo di trasmissione delle varie opinioni e componenti sociali e culturali¹⁹.

Analogamente, possono essere imposti obblighi di investimento alle imprese di servizi di media audiovisivi che si fondino su ragioni imperative di interesse pubblico e, in particolare, su esigenze culturali di difesa e protezione delle minoranze linguistiche e del multilinguismo²⁰.

Gli esempi surriferiti di funzionalizzazione della libertà di impresa, quando non anche di manifestazione del pensiero, rientrano nella categoria dei palliativi, tipici di un contesto in cui è difficile il contemperamento dei valori in gioco.

Oggi il principale elemento di novità del sistema — che trascende gli sporadici riferimenti espressi, rinvenibili nella direttiva e nel decreto, al consumatore invece che all'utente — sembra essere un più compiuto delinarsi della nuova dimensione dell'utente-consumatore: la quale, dotata di maggior peso specifico, si va affiancando alla prima, sovrapponendosi spesso ad essa, di modo che l'utente, per effetto dell'ormai acquisita qualificazione dell'attività radiotelevisiva come prestazione di servizi offerti su

¹⁸ V., per una recente conferma, C. giust., 22 dicembre 2008, C-336/07, Kabel Deutschland Vertrieb.

¹⁹ Evidenzia, tuttavia, quanto siano stretti i margini della funzionalizzazione della libertà di cui all'art. 21 Cost., V. AN-

GIOLINI, *Pluralismo radiotelevisivo e tutela degli utenti*, cit., 673 ss.

²⁰ In tal senso, da ultimo, C. giust., 5 marzo 2009, C-222/07, Unión de Televisiones Comerciales Asociadas.

piattaforme trasmissive convergenti, cumula su di sé il doppio *status* di spettatore e di consumatore.

La tendenza che, prevedibilmente, si profilerà in un prossimo futuro (quel futuro il cui rilievo è giustamente rimarcato anche nel titolo dell'odierna giornata di studi) è dunque quello di uno scenario che non si esaurisce più nella sola tutela dell'utente considerato nelle sue libertà tradizionali a forte connotazione sociale (accesso, pluralismo, etc.) o personalistica (diritti della personalità, onore, reputazione, dignità, riservatezza, identità, etc.) ma abbraccia anche il piano della tutela dei suoi interessi economici.

In realtà, ponendosi in entrambe le direzioni, si constata come l'applicazione delle regole concorrenziali non garantisca, in via di automatica consequenzialità, la tutela dell'utente: il maggior numero di attori sul mercato non assicura, invero, né la varietà di opinioni né, in assoluto e con certezza, il benessere dei consumatori.

Benché l'attuazione di un regime concorrenziale possa considerarsi *condicio sine qua non* per la realizzazione della tutela dell'utente, nella sua duplice veste di telespettatore e di consumatore, può difatti capitare che i due interessi entrino in conflitto: da un lato, quando la pluralità di voci non si traduce in pluralismo dei contenuti; dall'altro, quando emergano esigenze di tutela del singolo rispetto al potere negoziale dell'operatore, la cui supremazia si manifesti nel contenuto vessatorio delle clausole contrattuali²¹.

Sussistono, tuttavia, evidenti differenze nei due casi, tali per cui spostando il baricentro sulla figura dell'utente-consumatore è possibile delineare con maggior chiarezza i tratti e la fisionomia dei valori in campo ed eventualmente di determinarne anche un più netto rapporto di prevalenza.

La realizzazione di un assetto pluralistico attraverso l'incremento della concorrenza è, infatti, un obiettivo sempre e solo potenziale, la cui giustiziabilità da parte dell'utente è problematica, e comunque mediata dall'iniziativa processuale di altri soggetti (abituamente, l'operatore del settore²²).

Viceversa, la realizzazione delle posizioni che l'utente vanta quale consumatore può conseguire con maggiore probabilità dal-

²¹ L'inadeguatezza dei tradizionali strumenti codicistici di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c. ha favorito l'erompere della tutela, sostanziale e processuale, di massa dei consumatori e il parallelo rafforzamento dei poteri d'ufficio del giudice. In questa cornice, la tutela della parte debole finisce con l'essere strumentalmente finalizzata alla tutela del mercato, nel senso che l'obiettivo finale della tutela del mercato si raggiunge attraverso la tutela del contraen-

te debole che si attua nel processo. Su questi aspetti, cfr. C. IURILLI-G. VECCHIO (a cura di), *Il nuovo diritto dei consumatori*, Torino, 2009.

²² Si pensi, in questi termini, al recente contenzioso definito in via cautelare da Tar Lazio, Roma, sez. III-ter, 12 marzo 2010 n. 1180, ord., in tema di applicazione della disciplina sulla *par condicio* in campagna elettorale (L. n. 28/2000).

l'attuazione del diritto della concorrenza. Non solo. Anche nei casi di fisiologica tensione — possibile alla luce della diversa preordinazione delle rispettive normative e degli interessi ad esse sottesi — gli spazi di tutela giurisdizionale delle posizioni soggettive dell'utente sono più ampi ed efficaci.

L'esempio di un recente caso di conflitto tra i due valori in campo costituisce un « principio di prova » di questo assunto.

Si invocava, nella fattispecie, la tutela dell'utente rispetto al potere contrattuale dell'operatore attraverso un intervento pubblico che riequilibrasse un rapporto di per sé asimmetrico, correggendo le clausole imposte al contraente sotto forma di accollo sia delle spese per il recesso dal servizio sia del rimborso delle agevolazioni godute per via dell'offerta promozionale prescelta. L'Agcom prima, e il Tar del Lazio poi, hanno meritoriamente conferito rilievo centrale alla tutela dell'utente *sub specie* di libertà di scelta fornendo, su tale premessa di fondo, una risposta diversificata: relativamente al rimborso delle offerte promozionali si è ritenuto che l'utente, avendo potuto optare tra l'offerta base e quella promozionale, doveva assumersi il rischio della scelta compiuta, mentre risultava sproporzionato ed ingiustificato l'addebito degli importi esorbitanti dai costi inerenti alle attività necessarie per il recesso, in assenza di alcun profilo di libera scelta al riguardo da parte dell'utente²³.

In sostanza, le regole di concorrenza presentano una più stabile attitudine a garantire l'utente rispetto alle regole puntiformi ed occasionali di garanzia dell'accesso pluralistico²⁴. A questa naturale vocazione si aggiunge un'espansione degli spazi di giustiziabilità rispetto al tradizionale modello di tutela, più debole e mediata, pensato per l'utente-spettatore.

Se, in definitiva, la direttiva non pare compiere passi avanti di particolare significato nella direzione del pluralismo dei contenuti, ritengo che la nuova chiave di lettura del sistema stia nella crescita prospettica dell'utente-consumatore e delle dinamiche che si muovono intorno ad esso.

²³ Tar Lazio, Roma, sez. III-ter, 1° giugno 2009 n. 5360 e 5361, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 263, con nota di O. GRANDINETTI, *Le spese di recesso e la disciplina di tutela dei consumatori*.

²⁴ La vicenda mostra, in pratica, che se si applicano i parametri dell'attività economica, della libertà di prestazione dei servizi e del rapporto consumatore/operatore, la tutela dell'utente trova cospicui margini di riconoscimento, arginando le conse-

guenze estreme di una affermazione radicale del regime di concorrenza fra le imprese. Si affianca, in tal modo, senza sostituirla, alla dimensione dell'utente-tele spettatore la dimensione, ulteriore e rafforzativa, dell'utente-consumatore, destinatario di un servizio e, perciò, soggetto alle regole di trasparenza contrattuale, fra cui rileva — come nella fattispecie esaminata — la tutela restitutiva a rilevanza inibitoria *pro futuro*.