

ANDREA STAZI

« *MARKETPLACE OF IDEAS* » E « ACCESSO PLURALISTICO » TRA PETIZIONI DI PRINCIPIO E *IUS POSITUM*

SOMMARIO: 1. Introduzione. La rilevanza della tematica dell'accesso nella società e nell'economia odierne. — 2. Le industrie a rete, la convergenza tecnologica e l'accesso ai *media*. — 3. L'approccio statunitense. — 3.1. Il « *marketplace of ideas* »: metafora o approccio funzionale? — 3.2. Le tipologie di accesso ai *media*. — 4. L'approccio comunitario. — 4.1. L'accesso ed il pluralismo: « *sliding doors* »? — 4.2. L'accesso nel quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche. — 4.3. La disciplina speciale dell'audiovisivo fra ordinamento comunitario e normativa italiana. — 5. Conclusione. L'inesistenza nello *ius positum* di un diritto di « accesso pluralistico » ai *media*.

1. INTRODUZIONE. LA RILEVANZA DELLA TEMATICA DELL'ACCESSO NELLA SOCIETÀ E NELL'ECONOMIA ODIERNE.

Vi è una tematica la quale, nonostante la sua rilevanza centrale nella società, nell'economia e nel diritto odierni, nel nostro ordinamento, a differenza di quanto avviene in specie nell'esperienza statunitense, non ha finora riscontrato un adeguato interesse da parte della dottrina. La tematica cui si fa riferimento è quella dell'« accesso », che nelle sue molteplici accezioni e declinazioni rappresenta un elemento essenziale delle dinamiche relazionali del tempo presente, ed al cui studio, pertanto, questa ricerca si propone di fornire un contributo.

All'inizio degli anni duemila, il sociologo statunitense Jeremy Rifkin ha posto in evidenza un mutamento epocale al quale stiamo assistendo e partecipando quotidianamente. Al giorno d'oggi, i mercati stanno cedendo il passo alle reti, i beni ai servizi, ed il concetto di proprietà è sempre più sostituito da quello di accesso. Le imprese ed i consumatori tendono sempre più ad abbandonare la tipologia di rapporto che sinora ha costituito il fulcro dell'economia moderna, ovvero lo scambio su un mercato di titoli di proprietà fra un venditore e un acquirente, a favore di un rapporto che si svolge nell'ambito di una rete e si basa sull'accesso e l'utilizzo temporaneo di una risorsa¹.

¹ Il sociologo M. Castells ha individuato cinque tipologie principali di rete,

nella nuova economia globale: a) reti di produttori, composte da aziende che met-

Nella visione economica tradizionale di Adam Smith, il gioco del mercato si fonda sulla capacità di acquisire ed essere titolari di diritti di proprietà sui beni, escludendone i terzi². In una economia delle reti, è piuttosto l'integrazione dell'attività economica di ciascuno in un reticolo di relazioni reciproche volto ad ottimizzare lo sforzo collettivo, che favorisce il successo di un'impresa, attraverso una strategia « *win-win* ».

La contrazione dei processi produttivi e l'abbreviazione del ciclo di vita dei prodotti, il costo crescente delle attività di ricerca e sviluppo, unitamente ai necessari costi di *marketing*, spingono numerose aziende ad unirsi in consorzi e alleanze strategiche, quando non in vere e proprie compagini societarie poliedriche a più livelli³, per condividere informazioni, utilizzare risorse in comune e ripartire i costi, al duplice fine di avere a disposizione le risorse necessarie per competere sul mercato ed assicurarsi contro le perdite, nel contesto sempre più rapido e volatile del nuovo scenario economico.

L'economia globale basata sulle reti è guidata — guidandola, al contempo — dalla repentina ed incessante accelerazione del processo d'innovazione tecnologica. Da ciò consegue che, in un ambiente mediato elettronicamente, i processi di produzione, le attrezzature, i beni e i servizi risultano obsoleti con notevole rapidità, per cui l'accesso di breve periodo agli stessi diviene una soluzione adottata sempre più di frequente⁴.

Nel nuovo scenario, in sostanza, accanto alle tradizionali economie di scala, stanno acquisendo un ruolo sempre più rilevante le

tono in comune impianti produttivi, risorse finanziarie e umane per espandere il proprio portafoglio di beni e servizi, ampliare il mercato e ridurre le spese e quindi il rischio; b) reti di fornitori, in cui ad ogni impresa partecipante viene affidata la realizzazione di una porzione di un processo produttivo; c) reti di clienti, che mettono in connessione produttori, distributori, canali commerciali, rivenditori e utenti finali; d) consorzi di standard, che accolgono il maggior numero possibile di imprese attive in un determinato settore, per vincolarle ad uno standard tecnico definito dal *leader* del settore stesso; e) reti di cooperazione tecnologica, che permettono alle imprese partecipanti di condividere conoscenze ed esperienze fondamentali per la ricerca e lo sviluppo (cfr.: M. CASTELLS, *The Information Age: Economy, Society and Culture*, vol. I - *The Rise of the Network Society*, Cambridge (Mass., U.S.A.), Blackwell, 1996, p. 191). A queste tipologie di reti « relazionali », evidentemente, devono aggiungersi le reti fisiche, infrastrutturali, che forniscono l'indispensabile supporto

materiale per lo svolgimento dei rapporti economici e sociali fra i soggetti che si sono elencati (si pensi ad esempio, oltre che *in primis* alle reti di comunicazione, altresì a quelle destinate al trasporto ferroviario, a quelli di energia elettrica, acqua, gas, alle reti bancarie e finanziarie ed alle linee aeree).

² Il riferimento è evidentemente all'opera: A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, Torino, Utet, 2006, ristampa dell'opera originale *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Londra, 1776.

³ Tanto diffuse nel nostro Paese, con le relative problematiche connesse alla talora eccessiva « diluizione » dei rischi e delle responsabilità che queste comportano.

⁴ J. RIFKIN, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Milano, Mondadori, New York, Putnam Publishing (*The Age of Access: The New Culture of Hypercapitalism, Where All of Life Is a Paid-For Experience*), 2000, p. 26 s. (ediz. it.).

economie di velocità⁵. Essere per prima sul mercato consente ad una impresa d'imporre un prezzo più elevato e godere di margini di profitto più ampi; anche pochi mesi di anticipo sui concorrenti possono risultare determinanti, al fine di realizzare un profitto prima che il prodotto diventi obsoleto o diffuso attraverso un numero tale di reti e supporti alternativi — magari con lievi variazioni che impediscano la violazione di diritti di proprietà intellettuale — da perdere, o dover condividere con i concorrenti, gran parte dell'utilità economica da esso generata per l'impresa.

La velocità di arrivo su un mercato, d'altronde, può consentire altresì ad una impresa di precludere, da un lato, l'accesso ad altri operatori, dall'altro, a monte, la stessa nascita del mercato, con un'azione che potrebbe definirsi di « pre-accesso distruttivo ».

Alla riduzione del ciclo di vita dei prodotti, inoltre, si accompagna un'attenzione sempre più labile da parte dei consumatori. Di fronte a migliaia di nuovi prodotti e servizi offerti sul mercato a ritmo incessante, l'intervallo fra desiderio e gratificazione si sta avvicinando alla simultaneità, ed i consumatori si attendono un ricambio dei prodotti e loro versioni più evolute a frequenza assai elevata.

Sono queste le giustificazioni economiche più evidenti che conducono spesso i nuovi entranti su un mercato ad evitare il più possibile investimenti in costi fissi o irrecuperabili, in quanto appunto sussiste il serio rischio che tali investimenti non siano recuperati affatto, dati la rapidità dell'innovazione ed il continuo ricambio dei prodotti. Nella nuova fase economica in cui ci troviamo, pertanto, il fornitore per lo più conserva la proprietà dei beni, che noleggia, affitta o cede in uso temporaneo a fronte del pagamento di una tariffa, un abbonamento, *etc.*

La cessione della titolarità del bene lascia il passo ad un accesso temporaneo agli stessi, o più di frequente ai servizi, che viene negoziato fra *server* e *client* in una relazione di rete. In questo modo, nel processo economico la proprietà del capitale fisico, in precedenza fondamento della civiltà industriale, diviene assai meno rilevante. Viceversa, in una economia basata sulle reti essa è considerata sempre più spesso dalle aziende un mero costo operativo, più che un patrimonio; si preferisce « prendere in prestito » il capitale fisico, piuttosto che possederlo⁶.

Anche il capitale intellettuale, d'altronde, del quale Rifkin ha posto in evidenza la centralità nel nuovo sistema, risulta coinvolto in tale processo di « deviazione » verso uno scambio basato sull'ac-

⁵ A proposito di questo concetto, si veda quanto evidenziato diffusamente in: A. TOFFLER, H. TOFFLER, *La guerra disarmata. La sopravvivenza alle soglie del terzo millennio*, Milano, Sperling & Kupfer,

1994 (*War and Anti-War: Survival at the Dawn of the 21st Century*. New York, Little, Brown and Company, 1993).

⁶ J. RIFKIN, *L'era dell'accesso*, op. cit., p. 6 ss.

cesso e sull'uso temporaneo⁷. Esso viene scambiato raramente, restando piuttosto un possesso del fornitore, il quale lo noleggia o ne autorizza un uso limitato da parte di terzi.

Le imprese hanno già percorso molta strada, nel percorso di transizione dalla proprietà all'accesso, cedendo immobili, riducendo scorte, noleggiando attrezzature, devolvendo in *outsourcing* rami della propria attività, in una lotta per la sopravvivenza che tende all'abbandono di ogni proprietà e costo fisso superflui. Il possesso di molte cose è considerato obsoleto e inadatto ad una economia come quella odierna, caratterizzata dalla velocità e dalla volatilità. Mentre nell'economia di mercato si parlava di venditori e acquirenti, oggi si tende a parlare di fornitori e utenti. In un contesto simile, le transazioni cedono il passo alle alleanze strategiche, ad esempio sotto forma di accordi per mettere in comune risorse o condividere ricavi, creando reti allargate per cogestire le rispettive attività.

In una economia fondata sull'accesso, del resto, il buon andamento dell'impresa dipende meno dal singolo scambio di beni e più dalla capacità di creare un rapporto commerciale a lungo termine con i clienti. Basti pensare che oggi spesso le imprese sono disposte ad offrire gratuitamente i propri prodotti, al fine di instaurare un simile rapporto e « fidelizzare » la clientela.

Il passaggio dal regime di proprietà — fondato sul concetto della cessione della titolarità dei beni — al regime di accesso — basato sulla garanzia della disponibilità temporanea di beni o servizi (controllati per lo più da reti di fornitori) — muta radicalmente la nozione stessa di potere economico. In questo senso, il potere maggiore — già al momento attuale e sempre più negli anni a venire — sembra destinato a confluire nelle mani di quei soggetti che si pongono quali « *gatekeepers* », « guardiani » rispetto all'accesso alle reti ovvero ai beni o servizi scambiati attraverso di esse.

Questi fenomeni, ha rilevato ancora Rifkin, avvengono nel contesto di una trasformazione più ampia che riguarda l'essenza stessa del sistema capitalistico, interessato da uno spostamento di lungo periodo dalla produzione industriale a quella culturale. Nel futuro, una quota sempre crescente di scambi economici dovrebbe riferirsi alla commercializzazione, più che di beni e servizi prodotti industrialmente, di una vasta gamma di esperienze cul-

⁷ Per un'analisi, nonché un'affermazione dell'autonomia concettuale, della categoria dei « contratti di accesso » in via di diffusione nell'odierno scenario tecnologico, si veda: A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Gli « access contracts »: una nuova categoria per il diritto dell'età digitale*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, n. 2, p. 265 ss. Per più

ampie considerazioni sulle modalità di adattamento del tradizionale « scambio » contrattuale innanzi ai mutamenti tecnologici, cfr. anche: A.M. GAMBINO, A. STAZI, *Diritto dell'informatica e della comunicazione*, Torino, Giappichelli, 2009; A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, Giuffrè, 1997.

turali, fruite tramite i diversi mezzi d'intrattenimento esistenti sul mercato e moltiplicati esponenzialmente dal progresso tecnologico.

In questo nuovo scenario economico, la garanzia di accesso alle esperienze e risorse culturali, nonché alle reti polifunzionali che le diffondono, acquisisce una rilevanza analoga a quella della proprietà sui beni materiali⁸.

Le reti elettroniche sulle quali si basano oramai la maggior parte delle nostre esperienze quotidiane, del resto, sono controllate da un numero limitato di operatori sempre più multinazionali. Questi possiedono le infrastrutture attraverso le quali le persone comunicano fra loro, e controllano una parte determinante dei contenuti culturali e d'intrattenimento che costituiscono « l'esperienza a pagamento » del mondo odierno⁹.

Le grandi imprese che gestiscono le reti di comunicazione ed i loro fornitori di contenuti rappresentano quindi i *gatekeeper*, i guardiani che determinano le condizioni in base alle quali, da un lato, le imprese concorrenti e, dall'altro, l'universo dei consumatori/utenti possono avere accesso alle relazioni sociali ed economiche a livello globale.

Siamo di fronte, come ha ben evidenziato Rifkin, ad una « nuova forma di monopolio commerciale »¹⁰: un monopolio esercitato sull'esperienza vissuta — o *in fieri*, deve aggiungersi con un rilievo ancora maggiore — da parte di una notevole quota della popolazione mondiale. In questo senso, la sfida principale nell'« era dell'accesso » appare dunque quella relativa al ripristino di un equilibrio adeguato fra il dominio della cultura e quello dell'economia.

Le risorse culturali e relazionali offerte dall'evoluzione tecnologica — nuovo « patrimonio dell'umanità » al pari delle risorse naturali nell'era industriale — rischiano di essere sfruttate, ed eventualmente depauperate, sotto il controllo di una cerchia ristretta di soggetti, ai quali si è fatto riferimento come « guardiani », che detengono il controllo delle risorse essenziali sotto il profilo delle infrastrutture e dei contenuti da queste veicolati, con relativa minaccia non soltanto della libertà di concorrenza ma altresì della libertà di espressione, e quindi in ultima analisi della essenza stessa dell'individuo nelle sue manifestazioni sociali ed economiche più caratteristiche.

⁸ J. RIFKIN, *L'era dell'accesso*, op. cit., p. 10.

⁹ Si parla difatti anche, a proposito dell'economia odierna, di « economia dell'esperienza ». Al riguardo, si veda ad esempio: B.J. PINE II, J. GILMORE, *The Ex-*

perience Economy: Work is Theatre and Every Business a Stage, Cambridge (Mass., U.S.A.), Harvard Business School Press, 1999.

¹⁰ J. RIFKIN, *L'era dell'accesso*, op. cit., p. 16.

Per quanto riguarda poi specificamente l'industria dell'intrattenimento, questa deve gestire il rischio che deriva da prodotti con un ciclo di vita brevissimo; ciò rende l'approccio reticolare a quest'attività economica una necessità.

Il sistema di produzione a rete è stato introdotto dapprima nell'industria cinematografica hollywoodiana negli anni cinquanta del secolo scorso, in risposta al bisogno di disporre di professionalità diverse per ciascun progetto e di ripartire il rischio in caso di suo fallimento. In tal modo hanno iniziato a diffondersi case di produzione indipendenti, delle quali i grandi *studios* si avvalgono agendo da investitori, fornendo ai produttori indipendenti le risorse finanziarie necessarie in cambio, oltre che del controllo sul processo di produzione, dei diritti di distribuzione del prodotto finale¹¹.

Questo modello, in linea generale, è ripreso oggi anche dall'industria audiovisiva, ed in particolare televisiva, del nostro Paese, con le emittenti che rivestono il ruolo di coordinatrici e distributrici in luogo degli *studios*. Ciò, evidentemente, dà luogo alla possibilità che queste, in relazione ai contenuti prodotti di propria iniziativa — ma parimenti d'altronde a quelli acquisiti da terzi, ovvero a quelli che questi ultimi vorrebbero trasmettere mediante le reti delle emittenti stesse — possano rivestire quel ruolo di *gatekeeper* al quale si faceva cenno in precedenza, riducendo la quantità e le possibilità di fruizione dei contenuti ovvero selezionandone la provenienza.

Dal punto di vista del consumatore/utente, la produzione d'intrattenimento « multi-piattaforma » e « multi-canale » è oramai una realtà nella vita quotidiana, con relativo spostamento degli interessi e dei consumi dai prodotti industriali a quelli *lato sensu* culturali. Ottenere l'accesso ai *media* e ai servizi o contenuti più graditi da ciascuno è divenuto uno degli elementi essenziali dello stile di vita contemporaneo¹².

L'approccio reticolare all'organizzazione produttiva, che sul modello hollywoodiano si è in seguito diffuso a macchia d'olio nei principali settori dell'economia odierna¹³, dà a un ampio nu-

¹¹ In argomento, si vedano in specie: A. ASKOY, K. ROBINS, *Hollywood for the 21st Century: Global Competition for Critical Mass in Image Markets*, in *Cambr. Journ. Econ.*, 1992, n. 1, p. 9 ss.; M. STORPER, *The Transition to Flexible Specialization in the U.S. Film Industry: External Economies, the Division of Labor and the Crossing of Industrial Divides*, in *Cambr. Journ. Econ.*, 1989, n. 2, p. 278 ss.

¹² Si vedano, fra gli altri: E.M. NOAM, *Two Cheers for the Commodification of Information*, in N. ELKIN KOREN,

N.W. NETANEL (a cura di), *The Commodification of Information*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, p. 48; N. GABLER, *Life in the Movie: How Entertainment Conquered Reality*, New York, Alfred A. Knopf, 1998, p. 205 ss.; M.J. MANDEL, M. LANDLER, R. GOVER, G. DE-GEORGE, J. WEBER, K. REBELLO, *The Entertainment Economy: America's Growth Engines: Theme Parks, Casinos, Sports, Interactive TV*, in *Busin. Week*, 14/3/1994, p. 59 ss.

¹³ Si vedano ad esempio, al riguardo:

mero di imprese la possibilità di liberarsi di impianti, attrezzature e personale, creando relazioni strategiche con i fornitori per la produzione dei contenuti.

In uno scenario di concorrenza crescente e senza confini, di beni e servizi sempre più diversificati e di cicli di vita dei prodotti sempre più brevi, le imprese conservano le loro posizioni di *leadership* attraverso il controllo dei canali di finanziamento e distribuzione ed il trasferimento a soggetti economici più piccoli o esterni del peso della proprietà e della gestione del capitale fisico.

D'altro canto a fronte di tutto ciò le imprese, maggiori e minori, tentano incessantemente di entrare a far parte delle reti commerciali in espansione o in formazione. In un'era basata sull'accesso, il problema maggiore, la necessità più impellente per un'impresa è quella di essere inclusa nelle reti e nei rapporti che consentono di svolgere la propria attività economica.

In conseguenza della vera e propria rivoluzione di cui si è tentato di porre in evidenza alcuni tratti essenziali, dunque, al giorno d'oggi il termine « accesso » è uno tra quelli più diffusi e rilevanti nella nostra vita quotidiana: « Esso è diventato il titolo necessario per accedere al progresso e alla soddisfazione personale e possiede una potenza evocativa pari a quella che, per le passate generazioni, ha avuto la visione democratica ».

Da tale fenomeno, in particolare, discende il rischio che: « Nell'era prossima ventura, il potere apparterrà ai cosiddetti *gatekeeper* (guardiani): coloro che controllano l'accesso sia alla cultura popolare sia alle reti geografiche e ciberspaziali, che espropriano, confezionano e mercificano la cultura in forma di intrattenimento ed esperienze personali a pagamento »¹⁴.

In un sistema basato sull'accesso, la differenza è fra chi è connesso e chi non lo è, fra inclusi ed esclusi, ed in questo ambito chi possiede i canali di comunicazione e controlla gli ingressi alle reti stabilisce chi opera nel sistema e chi ne resta fuori. È per questa ragione che, ad esempio, le principali società d'intrattenimento, *software* e telecomunicazioni, consapevoli del ruolo essenziale dei *gatekeeper*, stanno acquisendo i fornitori di servizi e contenuti di maggiore successo: le multinazionali dei *media* sono impegnate in una lotta incessante per il controllo dei canali di comunicazione e delle risorse culturali, al fine di poter espandere il proprio potere di controllo del mercato delle esperienze e dell'intrattenimento.

J. KAO, *Jamming: The Art and Discipline of Business Creativity*, New York, Harper Collins, 1996, p. 124 ss.; T. PETERS, *Liberation management*, Milano, Sperling & Kupfer, 1993 p. 13 ss.; W.W. POWELL, *Nei-*

ther Market or Hierarchy: Network Forms of Organization, in *Research in Organiz. Behav.*, 1990, n. 2, p. 296 ss.

¹⁴ J. RIFKIN, *L'era dell'accesso*, op. cit., p. 21 e 237.

In generale, con la riorganizzazione della società e dell'economia come fondate sulle reti, la funzione dei « guardiani » diviene determinante, in quanto come accennato essi definiscono i termini di accesso alle reti stesse, nonché ai servizi o contenuti su queste veicolati. La possibilità di svolgere il ruolo del *gatekeeper*, in sostanza, consente di controllare porzioni strategiche di una rete e/o un canale trasmissivo, in cui confluiscono beni, servizi o contenuti, in modo da poter decidere se la risorsa che vi si sta diffondendo possa essere ammessa o no¹⁵.

La funzione di sorveglianza, o *gatekeeping*, come è stato rilevato, può essere ritenuta un fattore importante per la comprensione delle dinamiche dell'accesso quanto la « mano invisibile del mercato » lo è stata nella visione sinora dominante per la comprensione delle regole che disciplinano la proprietà e lo scambio dei beni¹⁶.

Sotto il profilo giuridico-normativo, le considerazioni sopra accennate sembrerebbero poter dare luogo ad una rivisitazione della teoria dei diritti soggettivi, e in particolare dei diritti reali, in quanto il nuovo « diritto individuale di non essere escluso dall'uso o dal godimento delle risorse produttive accumulate dalla società nel suo complesso »¹⁷ potrebbe condurre a una declinazione di tale diritto di non esclusione dall'accesso nell'ambito dell'ordinamento giuridico.

In un mondo sempre più incentrato sulle reti sociali ed economiche, per lo più mediate elettronicamente, il diritto all'accesso acquisisce un'importanza crescente. Nell'economia delle reti, in particolare, il concetto di libertà dell'individuo si basa sugli indici dell'accesso e dell'inclusione, piuttosto che sui precedenti dell'autonomia e del possesso.

In questo nuovo contesto, si afferma, il ruolo dello Stato sarebbe quello di garantire a ciascuno il diritto di accedere alle infinite reti attraverso le quali gli individui interagiscono, comunicano, gestiscono le attività economiche e creano cultura¹⁸.

Prendendo avvio dalle riflessioni sin qui accennate riguardo all'odierno scenario socio-economico e tecnologico, la presente ricerca — attraverso un'analisi comparatistica delle disposizioni vigenti nell'ordinamento statunitense ed in quello comunitario e nell'ambito di quest'ultimo in specie in quello italiano — è volta a in-

¹⁵ Cfr.: E. KATZ, P.F. LAZARSFELD, *Personal Influence: The Part Played by People in the Flow of Mass Communication*, Glencoe (Ill., U.S.A.), The Free Press, 1995, p. 119.

¹⁶ J. RIFKIN, *L'era dell'accesso*, op. cit., p. 242.

¹⁷ Così: C. MACPHERSON, *Democratic Theory: Essays in Retrieval*, Oxford, Clarendon, 1973, p. 133.

¹⁸ Si veda ancora: J. RIFKIN, *L'era dell'accesso*, op. cit., p. 319.

dagare se nel nostro ordinamento possa ritenersi configurabile, *de iure condito*, un « diritto di accesso » alle risorse produttive¹⁹, che sia dotato di piena dignità giuridica e fondato su una base normativa di effettiva valenza cogente.

In particolare, la questione relativa ad un simile diritto d'accesso — che come accennato risulta di rilievo in generale, sia pure con peculiarità differenti nelle singole fattispecie, per le diverse industrie a rete²⁰ — sarà affrontata contestualizzandola nell'ambito in cui più ampiamente è stata presa in considerazione, ed al contempo presenta profili di maggiore complessità per l'intersezione cui dà luogo fra la libertà di manifestazione del pensiero tutelata dall'art. 21 della Costituzione²¹ e la libertà d'iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.²², ossia nell'ambito in precedenza televisivo e che oggi, a seguito dell'evoluzione tecnologica, pare opportuno definire come del « mercato integrato dell'audiovisivo »²³.

¹⁹ Non limitato quindi al profilo specifico e peculiare del rapporto fra istituzioni e cittadini, alla base dell'accesso ai documenti amministrativi contemplato in ambito comunitario nell'art. 255 del Trattato CE e nel nostro ordinamento nella legge n. 241/1990 (come successivamente modificata).

²⁰ In proposito, si vedano in specie, *ex multis*: D.L. MOSS (a cura di), *Network Access, Regulation and Antitrust*, Londra, New York, Routledge, 2005, contributi alle pp. 81 ss.; D. GABEL, D.F. WEIMAN (a cura di), *Opening Networks to Competition. The Regulation and Pricing of Access*, Boston, Londra, Kluwer Academic Publishers, 1998, contributi alle pp. 75 ss.; W.B. TYE, *Competitive Access: A Comparative Industry Approach to the Essential Facility Doctrine*, in *Energy Law Journ.*, 1987, n. 2, p. 337 ss.; M.S. SNOW (a cura di), *Marketplace for Telecommunications: Regulation and Deregulation in Industrialized Democracies*, New York, Longman, 1986; A. BAUGHUM, G.R. FAULHABER (a cura di), *Telecommunications Access and Public Policy*, NORWOOD (N.J., U.S.A.), Ablex Pub., 1984; W.G. BOLTER, *Telecommunications Policy for the 1980s the Transition to Competition*, Englewood Cliffs (N.J., U.S.A.), Prentice-Hall, 1984; W.B. TYE, *Post-Merger Denials of Competitive Access and Trackage Rights in the Rail Industry*, in *Transp. Prac. Journ.*, 1986, n. 53, p. 413 ss.; C.M. GRIMM, R.G. HARRIS, *Vertical Foreclosure in the Rail Industry: Economic Analysis and Policy Prescriptions*, in *ICC Prac. Journ.*, 1983, n. 50, p. 508 ss.; C.M. GRIMM, *Promoting Com-*

petition in the Railroad Industry: A Public Policy Analysis, in *Transp. Research Forum Proceed.*, 1984, n. 25, p. 222 ss.; S.P. MAHINKA, J.L. JOHNSON, *New Antitrust Issues in a Deregulated Environment: Access to Pipelines*, in *Energy Law Journ.*, 1983, n. 4, p. 211 ss.; W.A. MOGEL, J.P. GREGG, *Appropriateness of Imposing Common Carrier Status on Interstate Natural Gas Pipelines*, in *Energy Law Journ.*, 1983, n. 4, p. 155 ss.

²¹ Ai sensi del quale: « Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. ... ».

²² In base al quale: « L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali ».

²³ In argomento, può vedersi: A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, Milano, Giuffrè, 2006, in particolare p. 17 ss.; nonché quanto si specificherà *infra*, al par. seguente. D'altro canto, pur prendendosi quale contesto di riferimento quello del mercato dell'audiovisivo, la tematica dell'accesso non sarà invece presa in esame utilizzando la distinzione (di frequente adottata in tale ambito) fra « accesso alla rete » ed « accesso ai contenuti ». Ciò in quanto tali categorie non risultano in linea con il fine della ricerca, volta piuttosto come detto a verifi-

2. LE INDUSTRIE A RETE, LA CONVERGENZA TECNOLOGICA E L'ACCESSO AI MEDIA.

In generale, le industrie a rete sono organizzate secondo modalità diverse, ognuna delle quali pone differenti questioni, sfide ed implicazioni per la *policy* dell'accesso alla rete.

Un primo modello è quello di una industria verticalmente integrata, con un « collo di bottiglia » (« *bottleneck* ») centrale e mercati complementari concorrenti a monte e/o a valle della rete. Ipotesi simili sono quasi sempre suscettibili di dare luogo a danni notevoli per i consumatori, se la questione dell'accesso viene tralasciata.

I concorrenti nei mercati complementari, per essere raggiungibili, devono ottenere l'accesso alla infrastruttura « collo di bottiglia », e pertanto questa è tipicamente regolata affinché vi sia garantita una eguaglianza di accesso a tutti i concorrenti a condizioni ragionevoli. È il caso, ad esempio, della rete telefonica commutata, con la centrale locale in genere vista come *bottleneck* e la porzione di lunga distanza come concorrenziale²⁴.

Un secondo modello è quello di reti *end-to-end* multiple concorrenti, come ad esempio le reti ATM²⁵, i servizi turistici e la musica *on-line*²⁶. La rivalità fra reti concorrenti può stimolare l'innovazione tecnologica, ma i notevoli effetti di rete presenti nelle relative

care se nel nostro ordinamento, « a monte », possa ritenersi configurabile un « diritto di accesso » alle risorse produttive. Per approfondimenti su questi aspetti, comunque, possono vedersi fra gli altri: F. GRAZIADEI, G. RIZZO, A. STAZI, *Reti e contenuti nella prospettiva della convergenza: scenari ed opzioni aperte dallo sviluppo del digitale*, in questa *Rivista*, 2005, n. 3, p. 539 ss.; F. BARZANTI, *Il diritto di accesso ai contenuti nel mercato radiotelevisivo digitale e multiplatforma*, *ibidem*, 2007, n. 1, p. 51 ss.; F. CINTIOLI, *Le reti come beni pubblici e la gestione dei servizi*, in *Dir. ammin.*, 2007, n. 2, p. 293 ss.; N. HELBERGER, *Controlling Access to Content - Regulating Conditional Access in Digital Broadcasting*, The Hague, Londra, New York, Kluwer Law International, 2005, p. 57 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *I rapporti fra gestori di reti e fornitori di contenuti nel contesto europeo*, in questa *Rivista*, 2004, n. 3, p. 445 ss.; European Audiovisual Observatory, *It is all about content (IRIS plus-Legal Observations of the European Audiovisual Observatory)*, Strasburgo, European Audiovisual Observatory, 2006, p. 2 ss.; R.H. WEBER, S. OSTERWALDER, *Zugang zu Pre-*

mium Content, Zurigo, Schulthess, 2006; D. GERADIN, *Access to content by new media platforms: a review of the competition law problems*, in *Europ. Law Rev.*, 2005, p. 68 ss.

²⁴ In argomento, si vedano in specie: J.L. RUBIN, *Local telecommunications*, e M.D. PELCOVITS, *Long distance telecommunications*, in D.L. MOSS (a cura di), *Network Access, Regulation and Antitrust*, op. cit., pp. 121 ss. e 142 ss.

²⁵ *Asynchronous Transfer Mode* (ATM) indica il sistema di funzionamento di una rete di comunicazione in cui i dati sono trasmessi suddividendoli in blocchi di lunghezza fissa detti celle, multiplati statisticamente a divisione di tempo.

²⁶ Si veda: D.L. MOSS, P. FOX-PENNER, *Introduction*, in D.L. MOSS (a cura di), *Network Access, Regulation and Antitrust*, op. cit., p. 3, ove si evidenzia fra l'altro (nota 7) — con il tipico approccio statunitense, notoriamente diverso da quello comunitario (v. per tutti: G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, Il Mulino, 1998, in specie p. 93 ss.) — come le scelte politiche talvolta incoraggino l'esistenza di reti *end-to-end* multiple, anche quando una singola rete potrebbe essere più efficiente.

industrie possono anche fornire diverse opportunità per comportamenti strategici²⁷.

Le industrie che rientrano in questo modello solitamente non sono soggette a regolamentazione riguardo ai profitti, al prezzo o all'accesso. Piuttosto, risultati socialmente desiderabili, fra i quali il massimo benessere del consumatore, sono assicurati mediante l'applicazione della normativa a tutela della concorrenza.

Un terzo modello organizzativo è quello proprio di numerose reti complesse odierne, molte delle quali hanno certi elementi che sono costosi da riprodurre e per i quali esistono alternative limitate. In questi casi, porzioni della rete possono essere pienamente regolate²⁸, altre porzioni sono regolate attraverso metodi indiretti quali le licenze o l'autodisciplina, ed altre ancora sono lasciate alla concorrenza e alle sue regole.

Un modello simile aggiorna pertanto la tradizionale classificazione « binaria » dei mercati dell'accesso alle reti, evidenziando la natura assai variegata delle medesime. Piuttosto che reti monopolizzate o, al contrario, reti *end-to-end* in concorrenza, deve rilevarsi come la maggior parte dei mercati a rete includano un misto di attributi quali componenti di rete fisiche e virtuali e caratteristiche concorrenziali e non concorrenziali²⁹.

Per quanto concerne specificamente l'industria delle comunicazioni, lo sviluppo del linguaggio numerico binario quale mezzo di elaborazione delle informazioni, e quindi della tecnologia digitale per la trasmissione delle stesse, hanno dato avvio al processo della cosiddetta « convergenza tecnologica » fra i comparti industriali dell'informatica, delle telecomunicazioni e della radiotelevisione. Tale accezione esprime, da un lato, la capacità di differenti piattaforme di rete di gestire servizi di tipo fondamentalmente simile; dall'altro, l'unificazione del funzionamento e della fruibilità di apparecchiature di largo consumo tradizionalmente non compatibili³⁰.

²⁷ Sul tema: M.H. RIORDAN, *Regulation and Pre-emptive Technology Adoption*, in *Rand Journ. Econ.*, 1992, n. 3, p. 334; M.L. KATZ, C. SHAPIRO, *R&D Rivalry with Licensing or Imitation*, in *Amer. Econ. Rev.*, 1987, n. 3, p. 402 ss.

²⁸ Come avviene ad esempio nel caso del gas.

²⁹ Cfr. A.E. KAHN, *The Economics of Regulation: Principles and Institution-Volume 11*, Cambridge (Mass., U.S.A.), MIT Press, 1971, p. 113 s.

³⁰ In argomento, si vedano in specie: Commissione europea, « Libro Verde sulla convergenza tra i settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e delle tecnologie dell'informazione e sulle sue implicazioni

normative. Verso un approccio alla società dell'informazione », COM(97) 623, 3/12/1997, consultabile sul sito web « <http://europa.eu.int/ISPO/convergencecp/97623it.doc> », in specie p. 1 ss.; OECD, « *The Implications of Convergence for Regulation of Electronic Communications* », DSTI/ICCP/TISP(2003)5/FINAL, 2004, consultabile sul sito web « www.oecd.org/dataoecd/56/24/32983964.pdf », p. 5, e Id., « *Convergence between Communications Technologies e Telecommunications and Broadcasting. Convergence or Collision?* », rispettivamente *Information Computer Communications Policy series* nn. 28 e 29, Parigi, 1992 (il secondo consultabile altresì sul sito web «

Il fenomeno della convergenza consente di rendere omogenei, e quindi veicolabili sugli stessi canali e tramite i diversi apparecchi presenti sul mercato, servizi o contenuti storicamente appartenenti ai tre diversi settori sopra menzionati.

Di conseguenza, risulta possibile per un insieme sempre più ampio di persone a livello globale, attraverso infrastrutture comuni informatiche, di telecomunicazioni o radiotelevisive, accedere a servizi ed applicazioni di informazione e/o comunicazione sempre più avanzati, multimediali — ovvero caratterizzati dalla « neutralità » del mezzo rispetto al contenuto veicolato — ed interattivi, ossia in grado di consentire all'utente appunto d'interagire con la risorsa, indirizzando il sistema affinché possa adattarsi alle sue specifiche esigenze³¹.

d.org/dataoecd/56/56/1909456.pdf »). In dottrina, oltre a: A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., p. 1 ss., v.: V. FRANCESCHELLI, *Convergenza. La « convergenza » nelle telecomunicazioni e il diritto d'autore nella società dell'informazione*, Milano, Giuffrè, 2009; J.E. NUCHTERLEIN, P.J. WEISER, *Digital Crossroads*, Cambridge (Mass., U.S.A.), Londra, 2005, in specie p. 23 ss.; S. CICCOTTI, *La convergenza tecnologica*, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 4; A. PERRUCCI, *La convergenza economica e di mercato*, ibidem, p. 11 ss.; R. VIOLA, *Regolamentazione della convergenza*, relazione tenuta in data 16/10/2002 in occasione del Seminario di studio « *L'evoluzione della regolamentazione comunitaria nel settore delle comunicazioni* », organizzato dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di seguito anche « AGCom ») presso Capri-Napoli, consultabile sul sito web « <http://www.agcom.it> »; E.M. NOAM, *Convergence: Theory and Reality*, relazione tenuta in data 22/10/2001 in occasione del Seminario di studio « *Convergenza Tecnologica e Società dell'informazione* », organizzato dall'AGCom presso Capri-Napoli, consultabile sul sito web « <http://www.agcom.it> ».

³¹ Sul punto si vedano, fra i molti: OECD, « *Regulation and Competition. Issues in the Light of Convergence* », DAF-FE/CLP(99)1, 1999, consultabile sul sito web « <http://www.oecd.org/dataoecd/34/55/1920359.pdf> », p. 42 s.; UK Department of Trade and Industry, « *Green Paper Regulating Communications: Approaching Convergence in the Information Age* » (1998), consultabile sul sito web « <http://www.dti.gov.uk/converg> »; in dot-

trina: G. RICHERI, *L'economia dei contenuti e l'evoluzione delle reti*, in A. PILATI, A. PERRUCCI (a cura di), *Economia della conoscenza. Profili teorici ed evidenze empiriche*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 567 ss.; F. DEVESCOVI, *Principi di economia della televisione*, Milano, Guerini e associati, 2003, p. 31 ss., nonché la *Prefazione* allo stesso di M. Morcellini; F. GHEZZI, *La valutazione delle concentrazioni verticali nei « mercati della convergenza » tra i settori delle telecomunicazioni e dell'emittenza televisiva*, in Riv. soc., 2001, n. 2, p. 568 s.; A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., in specie p. 17 ss., e Id., *La pubblicità commerciale on line*, Milano, Giuffrè, 2004, in specie p. 12 ss. In considerazione del fatto che l'ingente quantitativo di informazioni disponibili sulle reti di comunicazione consente la creazione di nuove opportunità e modalità di business, in virtù dello sviluppo di nuovi prodotti e servizi, nonché di innovative tecniche di comunicazione commerciale, si parla altresì, per definire la nuova economia dell'era digitale, di « economia della conoscenza »; al riguardo v. in specie: L.C. THURLOW, *La costruzione della ricchezza. Le nuove regole per gli individui, le società e le nazioni nell'economia della conoscenza* Milano, Il Sole-24 Ore Edizioni, New York, Collins (*Building Wealth: The New Rules for Individuals, Companies, and Nations in a Knowledge-Based Economy*), 2000, il quale ha evidenziato come: « La conoscenza è la nuova base della ricchezza. Questo non si è mai verificato prima. In passato, quando i capitalisti parlavano della loro ricchezza, si riferivano alle loro proprietà in termini di impianti, attrezzature e risorse naturali. In futuro, quando i capitalisti parleranno della loro ricchezza, intenderanno la loro capacità

Sul versante delle imprese coinvolte nel nuovo processo di sviluppo, la convergenza implica conseguenze altrettanto radicali, « ri-delineando » i modelli di *business* e, quindi, i profili organizzativi³². Le modifiche nelle strategie delle imprese derivanti appunto dalle innovazioni tecnologiche sopra evidenziate, ed in specie la estensione da parte delle stesse del proprio perimetro di operatività in settori contigui a quello nel quale si sono impegnate in origine, investono sia la produzione, sia l'organizzazione dell'impresa, sia come detto, riguardo al risultato del processo produttivo, le modalità di fruizione degli *output* da parte dei consumatori/utenti³³.

Tale complesso percorso conduce alla definizione di nuovi confini all'interno della filiera dell'industria delle comunicazioni, con l'ingresso di operatori ulteriori nei mercati interessati e conseguenti nuovi equilibri e posizionamenti sulla catena del valore dei diversi comparti.

In conseguenza del processo al quale si è fatto riferimento, in particolare, il settore dei *media* italiano ed internazionale sta attraversando da alcuni anni un periodo di incessanti mutamenti, dovuti sia alla progressiva sostituzione della piattaforma digitale terrestre all'attuale piattaforma analogica, sia all'emergere di piattaforme nuove, attraverso le quali è possibile veicolare la medesima offerta di contenuti e servizi³⁴.

In particolare, attualmente risulta possibile distribuire contenuti e servizi audiovisivi mediante cinque diverse piattaforme fon-

di controllare la conoscenza »; nonché, *ex multis*: A. PILATI, A. PERRUCCI, *Introduzione. Economia della conoscenza, organizzazioni, sistemi sociali: una lunga evoluzione*, in Id. (a cura di), *Economia della conoscenza. Profili teorici ed evidenze empiriche*, op. cit., p. 11 ss.; D. FORAY, *The Economics of Knowledge*, Cambridge (Mass., U.S.A.), Londra, 2004; V. ZENOVICH, G.B. SANDICCHI, *L'economia della conoscenza ed i suoi riflessi giuridici*, in questa Rivista, 2002, n. 6, p. 971 ss.; J. RIFKIN, *The Age of Access*, op. cit., p. 113 ss. (ediz. it.); T. SAKAIYA, *The Knowledge-Value Revolution, or, A History of the Future*, Tokio, 1991, in specie p. 60 ss.

³² Riguardo alle ristrutturazioni dei modelli operativi delle imprese necessarie a fronte dell'incessante innovazione tecnologica che si registra nell'ambito delle *Information and Communication Technologies*, v. in specie: OECD, « *Convergence between Communications Technologies* », e Id., « *Telecommunications and Broadcasting. Convergence or Collision?* », cit.; A. PILATI, A. PERRUCCI, *Introduzione.*

Economia della conoscenza, organizzazioni, sistemi sociali: una lunga evoluzione, op. cit., p. 11 ss.; A. PERRUCCI, *La convergenza economica e di mercato*, op. cit., p. 12 ss.; J. RIFKIN, *The Age of Access*, op. cit., p. 26 ss. (ediz. it.).

³³ La tecnologia digitale, in specie, rende più economici e meno complessi, ovvero più efficienti, l'accesso, l'elaborazione, la memorizzazione e la trasmissione delle informazioni, consentendo lo sviluppo di nuove modalità di fruizione dei prodotti o servizi, nonché di transazione, sempre più immediate, delocalizzate e desincronizzate (cfr., al riguardo: E.M. NOAM, *L'impatto economico della conoscenza sull'impresa*, in A. PILATI, A. PERRUCCI (a cura di), *Economia della conoscenza. Profili teorici ed evidenze empiriche*, op. cit., p. 53 ss.; A. PERRUCCI, *La convergenza economica e di mercato*, op. cit., p. 16; G. DANG NGUYEN, D. PHAN, *Economie des télécommunications et de l'Internet*, Parigi, 2000).

³⁴ Ci si riferisce essenzialmente alla televisione in mobilità e a quella via Internet.

damentali: analogica e digitale terrestre, satellite, banda larga con tecnologie xDSL o fibra ottica, mobile.

In specie a seguito dell'avvento del digitale terrestre³⁵, la sempre più evidente convergenza fra piattaforme in precedenza alla base di mercati diversi, e la conseguente necessità di conquistare e consolidare rapidamente quote di quello che può definirsi come il nuovo "mercato integrato dell'audiovisivo", hanno dato luogo, negli ultimi tempi, a mutamenti notevoli nella catena del valore a monte ed a valle del mercato delle trasmissioni di contenuti, audiovisivi appunto, oramai sempre più multimediali.

Di conseguenza, oggi la catena del valore del settore dei *media* risulta caratterizzata, essenzialmente, da quattro attività fondamentali, le quali possono essere svolte dallo stesso soggetto o da soggetti diversi, ovvero: a) la produzione di contenuti, svolta dall'emittente stessa o da società indipendenti; b) la creazione di palinsesti, curata dall'emittente, attività che individua la figura del fornitore di contenuti; c) la gestione della rete, ossia delle frequenze e delle infrastrutture di rete; d) la gestione delle risorse correlate, ossia la gestione dei servizi di accesso condizionato³⁶, d'interfaccia applicativa dei programmi³⁷ e di guida elettronica dei programmi³⁸, curati dal fornitore di servizi.

In un simile scenario, caratterizzato appunto dalla progressiva affermazione di piattaforme trasmissive ulteriori e dalla entrata sul mercato di nuovi soggetti, gli operatori televisivi commerciali « tradizionali » stanno procedendo all'introduzione della televisione digitale, tramite nuove reti gestite direttamente o canali tematici affidati a piattaforme di terzi, nonché alla sperimentazione delle opportunità offerte dalla convergenza, in particolare riguardo ai cosiddetti servizi a valore aggiunto³⁹. In tale contesto, una questione rilevante riguarda la possibilità per i fornitori di contenuti indipendenti dai *broadcaster* di accedere alle infrastrutture trasmissive installate da questi per diffondervi i propri programmi.

³⁵ Riguardo allo sviluppo ed alle implicazioni della quale, può vedersi ancora: A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., in specie pp. 17 ss., 83 ss. e 309 ss.

³⁶ O *Conditional Access System*, sistema in base al quale l'accesso in forma intelligibile al servizio è subordinato a preventiva autorizzazione individuale, e quindi all'attivazione da parte dell'utente di un meccanismo di decodifica del segnale d'ingresso.

³⁷ O *Application Programme Interface*: elementi di *software* residente nel sistema che consentono di accedere alle funzio-

ni di base del decodificatore per gestire programmi applicativi scritti da terzi come ad esempio la guida elettronica dei programmi.

³⁸ O *Electronic Programme Guide*: supporto multimediale che consente all'utente la consultazione, selezione e conoscenza della programmazione su base periodica, inclusiva di dettagli riguardo agli eventi trasmessi.

³⁹ Al riguardo, v.: A. PERRUCCI, G. RICHERI, *Il settore televisivo nei principali paesi europei: dinamiche di mercato e profili regolamentari*, in Id. (a cura di), *Il mercato televisivo italiano nel contesto europeo*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 45 ss.

Per quanto concerne i contenuti, risulta evidente come gli stessi, specie nel caso di contenuti cosiddetti *premium*⁴⁰, in grado di attirare notevoli masse di utenti, siano oramai sempre più centrali e contesi per la competizione sia « intra-piattaforma » che « inter-piattaforma », ponendo anche in questo caso dubbi e questioni in merito ai rapporti fra diritti di esclusiva ed accessibilità ai contenuti più rilevanti da parte dei concorrenti e dei consumatori/utenti finali.

Sotto il profilo della domanda, il consumatore/utente ha potuto beneficiare, da un lato, di una maggiore offerta — in particolare, nel mercato italiano, in virtù dell'affermazione della *pay-tv* via satellite, nonché del rapido sviluppo del digitale terrestre⁴¹ — dall'altro, di una contemporanea diminuzione dei prezzi dei servizi, sia tradizionali, sia *premium*, dovuta alle strategie di acquisizione dei diritti adottate dai diversi operatori sul mercato.

In conseguenza delle suddette evoluzioni, quindi, attualmente i consumatori/utenti televisivi sono in grado di ricevere contenuti attraverso reti e piattaforme diversificate — l'etere analogico o digitale, il satellite, il cavo, la rete telefonica fissa e mobile — tra le quali hanno la possibilità di optare sulla base delle caratteristiche, dei costi, del livello di aggregazione dei servizi offerti e della disponibilità degli stessi.

Nell'ambito del settore dei *media*, la rilevanza dell'accesso è spesso ricondotta a concetti già noti nell'ambito della teoria della democrazia, quali i pericoli derivanti da un monopolio sui mezzi di comunicazione di massa e le implicazioni degli squilibri sostanziali nell'accesso a strumenti d'influenza sull'opinione pubblica.

Il concetto di accesso, peraltro, come detto svolge un ruolo primario nell'economia odierna, caratterizzata dalla dematerializzazione della proprietà. In questo senso, la rilevanza dell'accesso rispetto ai *media* è duplice. Da un lato, l'accesso stesso diviene oggetto di quelle relazioni economiche e commerciali, solitamente incentrate sui servizi, che sono fondate sull'esistenza di reti e consi-

⁴⁰ Ossia quelli particolarmente attrattivi per gli utenti, quali eventi sportivi e film.

⁴¹ Con riferimento allo sviluppo delle piattaforme audiovisive in Europa e in Italia, v.: Commissione europea, « *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Relazione sui mercati europei delle comunicazioni elettroniche 2008 (Quattordicesima relazione)* », COM(2009) 140, 24.3.2009, consultabile sul sito web « http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/library/communications_re-

[ports/annualreports/14th/index_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/policy/annualreports/14th/index_en.htm) » (con i relativi *Staff Working document e Country chapter*); European Audiovisual Observatory, *Yearbook 2009 - Film, television and video in Europe (15th edition)*, Strasburgo, 2009; W. Closs, L. Franceschini (a cura di), *Video on demand and catch-up TV in Europe*, Strasburgo, European Audiovisual Observatory, 2009; AG-Com, « *Relazione annuale sull'attività svolta e sui programmi di lavoro dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - 2009* », consultabile sul sito web « <http://www.agcom.it> », p. 30 ss. e 76 ss.

stono appunto nella fornitura di accesso agli utenti finali. Pertanto l'accesso, in forma non fisica ma elettronica, acquista un valore economico e una funzione centrale, nell'ambito dell'economia della conoscenza.

L'accesso e l'interconnessione, inoltre, nelle industrie a rete in genere, costituiscono strumenti essenziali per stimolare la concorrenza tra fornitori di servizi⁴². Ciò, in quanto l'accesso e l'interconnessione riducono le barriere all'entrata create dai costi d'installazione delle reti, riducendo l'ambito delle esternalità di rete e minando così due delle principali giustificazioni economiche di una struttura monopolistica⁴³.

Il concetto di accesso risulta fortemente evocativo della servitù di derivazione romanistica, ossia della facoltà di un soggetto di attraversare la proprietà di un'altro, oppure, nel diritto internazionale, del diritto di una nazione priva di sbocco al mare di accedervi. In sostanza, il concetto implica per lo più un diritto straordinario, una situazione in cui la proprietà coinvolta è nel controllo di un soggetto diverso, ma le circostanze richiedono che le prerogative della proprietà siano modificate per una ragione specifica.

Le idee dell'accesso sono vaghe, ma spesso fondamentali ai fini dell'individuazione di un modello definitorio o architeturale riguardo all'infrastruttura rilevante per la *policy* in materia.

Il concetto di « accesso ai *media* » può essere definito, in generale, come un diritto di un individuo o di una organizzazione di utilizzare un particolare *medium* — un giornale o un canale radio o televisivo, ovvero un altro mezzo offerto oggi dall'evoluzione tecnologica (Internet, *etc.*) — per diffondere un'opinione sotto forma di articolo, programma o contenuto⁴⁴.

Nella sua forma « romantica », l'accesso suggerisce una ricerca di replicare le condizioni del villaggio mediante l'utilizzo della tecnologia, il desiderio di trovare un mezzo per mettere in contatto le persone. L'accesso, in questo senso, contribuisce alla trasformazione dei *mass media* da mezzi di comunicazione da uno a molti a mezzi di comunicazione di molti con molti.

Inoltre, il concetto di accesso si riferisce anche alla garanzia da parte del governo di una rappresentazione corretta delle opinioni, della inclusione dei cittadini nella sfera pubblica, del contrasto ai monopoli dell'informazione. Dal punto di vista politico, il concetto

⁴² Per quanto concerne il significato di tali concetti e la loro disciplina nell'ambito del *framework* regolatorio delle comunicazioni elettroniche, si rinvia *infra*, al par. 4.2.

⁴³ Cfr.: A. BAVASSO, *Communications in EU Antitrust Law. Market Power and Public Interest*, The Hague, Londra, New

York, Kluwer Law International, 2003, p. 17.

⁴⁴ E. BARENDT, *Access to the Media in Western Europe*, in A. SAJÒ, M.E. PRICE, *Right of Access to the Media*, The Hague, Londra, Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 112.

può significare esprimere il riconoscimento a coloro i quali, per una varietà di ragioni, sono esclusi dal dialogo pubblico, della possibilità di parteciparvi. Ancora, fornire accesso può significare creare « cancelli » alle fonti d'informazione per coloro i quali siano stati privati di tali fonti in precedenza, ovvero fornire a tali soggetti accesso ad un pubblico che è stato loro precluso⁴⁵.

Ad ogni modo, vi è palesemente una relazione assai stretta fra l'accesso ai mezzi di comunicazione di massa, il pluralismo delle idee, la libertà di espressione e, più in generale, la democrazia. Dal punto di vista sociale, i *media* consentono all'individuo di uscire dalla propria sfera individuale e partecipare, contribuire alla creazione di un dialogo pubblico e di una società democratica⁴⁶. In concreto, se l'accesso è controllato da una molteplicità di soggetti o da un insieme di regole neutrali, e non è strutturato in un modo che renda l'attività di alcuni gruppi o emittenti più complessa che per altri, allora si avrà libertà di espressione⁴⁷.

D'altro canto, deve evidenziarsi come le modalità concrete della fornitura dell'accesso presentino una serie di questioni di notevole rilevanza. In primo luogo, evidentemente, la libertà di accesso ai *media* ha scarso significato là dove non esista un pubblico effettivamente in grado di ricevere i contenuti trasmessi (e disponibile a farlo).

Inoltre, più specificamente, il costo dell'accesso in un sistema privato può difficilmente essere pari a zero, in virtù del costo di trasmissione. Ciò comporta che le persone con una limitata disponibilità economica rischiano di vedersi negata la libertà di espressione, così come è ad essi negato un certo grado di libertà in altre attività. Analogamente, se il numero dei canali è limitato, devono essere impiegati strumenti come il prezzo o le « code », e l'individuazione degli strumenti corretti risulta complessa. Infine, il comportamento economicamente efficiente dei consumatori conduce alla selezione da parte loro degli editori o dei servizi editoriali che vagliano in anticipo i programmi e messaggi indesiderati.

L'accesso, piuttosto che limitarsi a raccolte editate di programmi e messaggi, dovrebbe significare l'opportunità di utiliz-

⁴⁵ Si veda: M.E. PRICE, *Theories of Media Access. An Access Taxonomy*, in A. SAJÒ, M.E. PRICE, *Right of Access to the Media*, op. cit., p. 1.

⁴⁶ Cfr., riguardo al concetto di « *Free Flow of Information* » (e per un'analisi della sua tutela giuridica): N. HELBERGER, *Controlling Access to Content - Regulating Conditional Access in Digital Broadcasting*, op. cit., p. 57 ss.

⁴⁷ In merito all'evoluzione storica ed

alle implicazioni problematiche della libertà di espressione, si rinvia fra gli altri a: B.M. OWEN, *Economics and Freedom of Expression. Media Structure and the First Amendment*, Cambridge (Mass., U.S.A.), Ballinger Publishing, 1975, p. 6 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà d'espressione. Media, mercato e potere nella società dell'informazione*, Bologna, Il Mulino, 2004, in specie pp. 39 ss., 95 ss. e 159 ss.

zare il *medium* per la trasmissione dei propri contenuti. Il grado di accesso, peraltro, è determinato dalle condizioni economiche ed istituzionali nelle quali avvengono le transazioni fra soggetto richiedente e soggetto concedente l'accesso.

D'altronde, in generale l'accesso ai *media* non può comportare la possibilità di inserire messaggi all'interno del processo editoriale di altri.

Né l'accesso può essere gratuito, a prezzo zero, in quanto ciò avrebbe conseguenze intollerabili: da un lato, una domanda di capacità trasmissiva che non potrebbe essere soddisfatta senza sussidi pubblici, sussidi tradizionalmente accompagnati da interventi; dall'altro, vi sarebbe un « *overload* » (sovraccarico) di consumo di capacità, per cui si ridurrebbe il numero dei messaggi effettivamente trasmissibili e ricevibili. Il costo per i consumatori nell'esercitare le proprie scelte sarebbe così innalzato al punto che soltanto poche scelte avrebbero un valore tale da meritare di essere compiute⁴⁸.

L'accesso al mezzo televisivo, in particolare, può avvenire attraverso diversi sistemi. Ad esempio, può essere instaurato un mercato privato dello spettro frequenziale — direzione nella quale pare stiano muovendosi le più recenti iniziative in materia della Commissione europea⁴⁹ — in modo che ciascuno, in teoria, possa avviare una nuova emittente⁵⁰; lo stesso vale, evidentemente (ma

⁴⁸ Si veda: B.M. OWEN, *Economics and Freedom of Expression. Media Structure and the First Amendment*, op. cit., p. 22.

⁴⁹ Ci si riferisce al progetto di revisione — cosiddetta « *Review 2006* » — presentato dalla Commissione nel giugno 2006 riguardo al quadro regolatorio vigente per il settore delle comunicazioni elettroniche adottato nel 2002 (riguardo al quale si rinvia *infra*, al par. 4). In base ai documenti presentati dalla Commissione, il problema della carenza di risorse frequenziali sarà affrontato attraverso la creazione di un « mercato libero » di diritti soggetti ad un regime di scambio — il c.d. « *spectrum trading* » — per l'utilizzo di determinate frequenze in funzione della domanda del mercato (per approfondimenti sul punto e sulla « *Review 2006* » in generale, v. le proposte di revisione consultabili sul sito *web* « http://ec.europa.eu/information_society/policy/comm/tomorrow/index_en.htm », nonché: G.L. TOSATO, *L'evoluzione della disciplina comunitaria delle comunicazioni elettroniche*, in *Diritto Un. Eur.*, 2009, n. 1, p. 169; A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., pp. 123 ss., 163 ss. e 309 ss.).

⁵⁰ Peraltro questa ipotesi è risultata nel nostro Paese (almeno finora) irrealizzabile nella pratica, oltre che in virtù dei notevoli investimenti a tal fine necessari, in particolare per ragioni tecniche, data la « endemica » carenza di dati certi riguardo alla situazione interferenziale sul territorio (derivata dal fenomeno dello sviluppo della radiotelevisione in Italia, in carenza di regole adeguate, attraverso l'« occupazione di fatto » dell'etere da parte delle televisioni private); sul punto, si veda: A. SASSANO, *Il dividendo digitale*, intervento al Convegno « *Talenti, Creatività e Reti: dove ci porta la Convergenza?* », Roma, 14 marzo 2006, consultabile sul sito *web* « <http://www.italmediaconsulting.com/pagina.php?cosa=vediarticolo&idtipo=0&idcanale=3&id=57> », p. 2 ss. Alla problematica situazione frequenziale del nostro Paese, peraltro, dovrebbe porsi rimedio, da un lato, tramite l'iniziativa del « catasto delle frequenze » di recente istituito da parte del Ministero dello sviluppo economico-comunicazioni e dell'Autorità per le Garanzie delle Comunicazioni (v. delibera AGCom n. 502/06/CONS). Inoltre, in tal senso rileva altresì l'accordo che il Ministero e l'AGCom hanno di recente raggiunto con gli operatori del setto-

qui la possibilità — almeno sotto il profilo delle regole — già esiste), per le ulteriori piattaforme offerte dall'attuale quadro tecnologico.

Inoltre, può essere previsto un diritto di accesso ai canali esistenti dietro pagamento di un corrispettivo, o perfino attraverso modificazioni di una struttura concentrata di controllo societario, ai sensi della disciplina regolatoria del settore o di quella generale a tutela della concorrenza (*antitrust*).

Ad ogni modo, una difficoltà essenziale legata all'accesso resta quella per cui il suo prezzo non dovrebbe essere pari a zero. Ciò comporta, d'altronde, che alcuni programmi e messaggi siano esclusi. In particolare, lo saranno quelli che i consumatori valuterebbero meno del loro costo di creazione e trasmissione, e che nessun soggetto o gruppo avrebbe intenzione o sarebbe in grado di sussidiare. Inoltre, saranno esclusi altresì i messaggi che i consumatori valuterebbero — e quindi pagherebbero per ricevere — più del loro costo, ma che i fornitori non possono produrre a causa delle distorsioni della concorrenza monopolistica nel mercato del prodotto.

Infine, deve rilevarsi come il prezzo di accesso quale barriera alla libertà di espressione possa risultare significativo altresì nel caso in cui i *media* siano liberi dalle concentrazioni di potere che conducono ai prezzi monopolistici, in quanto la creazione e trasmissione di programmi e messaggi può risultare semplicemente troppo costosa anche là dove i mezzi stessi siano concorrenziali ed efficienti. Ciò può avvenire qualora il livello di produzione dei contenuti corretto dal punto di vista sociale, tenendo in considerazione le valutazioni politiche, sia maggiore di quello corretto dal punto di vista economico⁵¹.

re sulla configurazione e sul numero delle reti digitali terrestri da realizzare da parte delle televisioni nazionali e locali in vista dello *switch-off* della televisione analogica (sul punto si rinvia, *amplius, infra*, al par. 4.3). Tali interventi, fra l'altro, hanno consentito di porre rimedio altresì all'annosa questione dell'emittente Europa 7, che pur essendosi aggiudicata una concessione nazionale nel 1999 non aveva mai ottenuto l'assegnazione delle relative frequenze. Riguardo a questo caso, si vedano in specie: Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sez. IV, decisione 31 gennaio 2008, C-380/05; Consiglio di Stato, sez. VI, decisione 20 gennaio 2009, n. 242. Per approfondimenti, v.: A.M. DE LUCA, *Brevi note sul caso Europa 7. Consiglio di Stato*, sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 242, in *Corriere giur.*, 2009, n. 8, p. 1102; A. GIANNACCARI, *Il caso Europa 7 al Consiglio di Stato*, in *Mercato conc.*

reg., 2009, n. 1, p. 133; A. STAZI, C. STAZI, *L'attività radiotelevisiva, il diritto comunitario e le libertà fondamentali (la Corte di Giustizia CE e il caso "Europa 7")* » (nota a Corte di Giustizia CE, sez. IV, 31 gennaio 2008), in *Dir. Internet*, 2008, n. 3, p. 238 ss.; A. STAZI, *Le frequenze elettromagnetiche nel settore televisivo*, in V.M. CESARO, L.F. DEL MORAL DOMINGUEZ, A.M. GAMBINO, R. GIAMPETRA GLIA, M. RABITTI (a cura di), *Diritto privato applicato*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 146 ss., e Id., *La normativa italiana in materia di frequenze per la radiotelevisione sotto la lente del giudizio comunitario* (nota a Cons. Stato, Sez. VI, ordinanza 19 luglio 2005, n. 3846), in *Dir. Internet*, 2005, n. 6, p. 601 ss.

⁵¹ Cfr. ancora: B.M. OWEN, *Economics and Freedom of Expression. Media Structure and the First Amendment*, op. cit., p. 24.

Il concetto di accesso e le sue declinazioni rispetto ai *media*, ad ogni modo, mutano in conseguenza di ogni trasformazione tecnologica, sociale ed economica dei medesimi. Pertanto, la relazione fra l'accesso e queste trasformazioni richiede una ricognizione sistematica.

3. L'APPROCCIO STATUNITENSE.

3.1. *Il « marketplace of ideas »: metafora o approccio funzionale?*

Nell'esperienza statunitense, per indicare la rilevanza della varietà delle opinioni, delle informazioni e dei contenuti nell'ambito del settore dei *media*, nonché dell'essenziale fondamento economico che risiede alla base della loro circolazione, si è utilizzato il concetto di « mercato delle idee » (« *marketplace of ideas* »)⁵².

Il concetto di mercato delle idee può dare luogo a più di una interpretazione. Una prima possibile può sorgere pensando all'epigrafe posta in apertura del noto scritto di John Milton *Areopagitica*⁵³. In base ad essa, le « idee » competono per la dominanza intellettuale sulle menti umane, e presumibilmente la verità prevale soltanto abbastanza spesso da rendere la competizione interessante.

Un altro senso, economico, dell'accezione è invece quello secondo cui vi è un mercato nel quale l'informazione, l'intrattenimento e i « beni » intellettuali sono acquistati e venduti. I *media* svolgono un ruolo determinante (anche se non esclusivo) in questo mercato, per operare nel quale, come acquirente o venditore, è necessario di solito trattare con intermediari quali emittenti televisive o case editrici.

In questo senso, una posizione dominante nel mercato delle idee non indica la circostanza in cui un'idea ha ottenuto, per la sua forza intellettuale o emozionale, un ascendente sulle menti umane, bensì piuttosto uno stato in cui una impresa o istituzione detiene una posizione dominante in senso economico (monopolistica od

⁵² Sul tema, v. in specie: R.H. COASE, *The Economics of the First Amendment. The Market for Goods and the Market for Ideas*, in *Amer. Econ. Rev. Proc.*, 1974, n. 64, p. 384 ss.; R.A. SHINER, *Freedom of Commercial Expression*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 299 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà d'espressione. Media, mercato e potere nella società dell'informazione*, op. cit., p. 95 ss.; A. CURRÒ, *Il diritto alla concorrenza delle idee. Il mercato dell'audiovisivo*, Padova, Cedam, 2006, p. 11 ss.

⁵³ J. MILTON, *Areopagitica: discorso*

per la libertà di stampa, Milano, Bompiani, 2002, ristampa dell'opera originale *Areopagitica: A speech of Mr John Milton for the liberty of unlicensed printing to the Parliament of England*, Londra, 1644. La citazione di Euripide, che nell'opera di Milton recita testualmente: « *This is true Liberty when free born men Having to advise the public may speak free, Which he who can, and will, deserv's high praise, Who neither can nor will, may hold his peace; What can be juster in a State then this?* », è tratta dalla tragedia *Le supplici* (V. sec. A.C.), 437-40.

oligopolistica), in genere raggiunta attraverso il controllo dell'accesso ai mezzi di trasmissione dei messaggi⁵⁴.

Una dominanza simile risulta viziata sotto diversi profili: il soggetto dominante ha il potere di utilizzare discrezionalmente i suoi extra-profitti, e può decidere di spenderli in modi contrari agli interessi sociali, economici e politici della collettività. Egli può scegliere di comportarsi in modo antieconomico per escludere concorrenti, nella misura in cui ciò gli è consentito dalle barriere all'entrata nel mercato e dalla struttura di controllo della sua impresa, al fine di evitare che vengano diffusi messaggi o idee diversi da quelli di proprio interesse; potrebbe, ad esempio, escludere altresì coloro che sono pronti a pagare per l'accesso, riducendo in tal modo evidentemente anche la libertà di espressione⁵⁵.

Ciò comporta che, da un lato, la quantità, qualità e varietà dei beni prodotti possa risultare inefficiente in senso economico; dall'altro, il « processo miltoniano » può non funzionare correttamente, e le idee che non rappresentano la verità possono dominare il mercato intellettuale come risultato della sistematica esclusione dei messaggi che non corrispondono agli interessi economici o politici di coloro che controllano l'accesso ai mezzi di trasmissione.

Anche là dove non venga in rilievo il secondo vizio cui si è accennato — in quanto ad esempio vi sia una dominanza da parte di un soggetto pubblico che tenda al servizio della collettività — può comunque ritenersi che il processo competitivo miltoniano sia un fine desiderabile in sé⁵⁶.

In merito al bene fornito e domandato nel mercato delle idee, può affermarsi che i *media* forniscano « informazione ». Il termine informazione ha acquisito un significato matematico piuttosto chiaro come risultato di studi sulla teoria della comunicazione, che analizza questioni quali la modalità di codificare i segnali efficientemente, o quella di massimizzare il flusso d'informazioni in un dato canale di comunicazione. In quest'ambito, l'informazione è definita come un evento che muta la precedente distribuzione delle probabilità di un individuo riguardo a possibilità alternative.

Questa nozione, peraltro, non sembra essere molto utile nel caso dei *media*, almeno all'apparenza. Gran parte del loro prodotto è « intrattenimento », o « opinione », mentre sono relativamente po-

⁵⁴ Si veda, in tal senso: B.M. OWEN, *Economics and Freedom of Expression. Media Structure and the First Amendment*, op. cit., p. 5 s.

⁵⁵ Cfr. ancora: B.M. OWEN, *Economics and Freedom of Expression. Media Structure and the First Amendment*, op. cit., p. 28.

⁵⁶ Ciò in quanto in tutte le opere princi-

pali sulla tematica, da Milton a Mill (J.S. MILL, *Sulla libertà*, Milano, Mondolibri, 2005, ristampa dell'opera originale *On liberty*, Londra, 1859), la nozione che « la verità prevarrà » è stata proposta come ragione per la proposizione più essenziale che le libertà personali di pensiero e di espressione rappresentano fini desiderabili dell'organizzazione sociale.

che le « notizie » del tipo che ricade nel paradigma della teoria della comunicazione.

Ma cosa è « intrattenimento »? È opportuno guardare a questo concetto dal punto di vista del benessere del comportamento di consumo. Può essere utile, in tal senso, la psicologia sociale alla base del consumo dei *media*. Un'idea affermata nella letteratura psicologica è quella della teoria della « dissonanza » della comunicazione⁵⁷. In breve, le persone tendono a non dare credito ai messaggi che rappresentano una variazione rispetto alle loro aspettative precedenti. Così, la persuasione richiede l'uso di strumenti per superare la resistenza alla dissonanza cognitiva, come ad esempio la ripetizione.

Il « rafforzamento » di messaggi o segnali, d'altronde, è accettato dai consumatori e valutato positivamente sebbene essi non diano ulteriori informazioni, in quanto dà soddisfazione il fatto di vedere la propria opinione « confermata ».

Queste considerazioni spiegano la ragione per cui il valore economico delle informazioni può derivare molto più dalla sua relazione con il sistema cognitivo e decisionale delle persone piuttosto che con il loro contenuto oggettivo.

Ciò conduce peraltro solamente al dato che le persone esprimono una « domanda » — nel senso anche economico del termine — per le notizie, le opinioni e l'intrattenimento, diversa a seconda degli individui, e questa domanda è interessata da variabili standard quali prezzo e reddito⁵⁸.

In quest'ambito, risulta opportuno trattare unitariamente notizie, opinioni e intrattenimento, in particolare per due ragioni. Anzitutto, le notizie sono talora consumate in quanto esse costituiscono altresì intrattenimento⁵⁹. Inoltre, buona parte dell'intrattenimento contiene commenti politici o sociali, dei quali, proprio in virtù del contesto in cui sono inseriti, è tradizionalmente ben nota la capacità persuasiva.

La domanda per i contenuti diffusi dai *media*, evidentemente, dipende dall'ambiente sociale e culturale in cui le persone vivono, poiché quest'ambiente condiziona l'« utilità » delle informazioni ricevute e il grado di interesse degli utenti rispetto ad esse. Ciò è d'aiuto nella determinazione della struttura dei *media* stessi, in quanto questi ultimi hanno effetto sull'attrattività del messaggio⁶⁰.

⁵⁷ Cfr.: L. FESTINGER, *A Theory of Cognitive Dissonance*, Evanston (Ill., U.S.A.), Row, Peterson, 1957.

⁵⁸ La domanda, evidentemente, riguarderà altresì le informazioni relative al governo del Paese, alla sua attività ed al suo comportamento.

⁵⁹ Si pensi ad esempio al giornalismo

giallo, ai cartoni animati politici, agli *show* televisivi d'informazione o alle riviste cinematografiche.

⁶⁰ Si vedano già, sul tema: M. MCLUHAN, *Understanding Media*, New York, McGraw-Hill, 1964; H.A. INNIS, *The Bias of Communication*, Toronto, University of Toronto Press, 1951.

Dal punto di vista dell'offerta, in linea teorica possono individuarsi tre stadi fondamentali di produzione di contenuti per i *media*, ovvero: a) la creazione dei programmi; b) il processo editoriale; c) la trasmissione dei contenuti al pubblico.

Per quanto concerne la creazione dei programmi, questa riguarda chiaramente la fase di scrittura e produzione del programma. In astratto, le barriere all'entrata sono limitate, poiché la creazione può avvenire sulla base della fantasia e dell'iniziativa imprenditoriale di ciascuno, ma in concreto giungere alla produzione e trasmissione del programma risulta in effetti più complesso.

Il processo editoriale, posto in essere da professionisti del settore, dipende di fatto dall'organizzazione economica, che in questa fase è determinante per decidere quali fra i molti programmi potenziali saranno trasmessi al pubblico, e quindi fra quali il pubblico potrà scegliere. Questo ruolo di *gatekeeping*, come detto in precedenza, esplica un'influenza enorme là dove l'editore sia in posizione dominante.

Infine, lo stadio della trasmissione dei contenuti al pubblico riguarda le emittenti dei programmi scelti dagli editori. Negli ultimi decenni, la tecnologia e la gestione del processo di trasmissione sono state soggette a numerosi drastici mutamenti, che hanno avuto e continuano ad avere effetti profondi sulla struttura dei *media* e sui loro costi, così come effetti derivati sui modelli di consumo, che hanno modificato — almeno in parte — anche l'approccio normativo verso uno spirito meno paternalistico e più libertario.

I tre stadi della produzione di programmi per i *media*, dunque, sono palesemente collegati fra loro. Nell'ambito dei diversi mezzi di comunicazione, la relazione fra i tre stadi si è strutturata in modi derivanti in parte dalle istanze della tecnologia, in parte dalle forze degli interessi economici; talora, poi, certi rapporti sono imposti dai poteri pubblici. Ad ogni modo, è guardando alla relazione fra questi stadi nelle diverse fattispecie che risulta possibile comprendere molti aspetti della struttura e del comportamento dei *media*.

3.2. *Le tipologie di accesso ai media.*

Per quanto concerne le tipologie di accesso ai *media* di derivazione normativa, nell'ordinamento statunitense esse sono state identificate in generale nelle seguenti: a) accesso « della proprietà »; b) accesso « della produzione »; c) accesso « *common carrier* »; d) accesso « pubblico »; nonché e) una categoria ampia di accesso « volontario », ovvero originato da pressioni politiche o economiche di gruppi d'interesse⁶¹. Di seguito, si prendono brevemente in esame i caratteri essenziali di queste categorie:

⁶¹ Riguardo all'individuazione di queste categorie, cfr. in specie: M.E. PRICE,

Theories of Media Access. An Access Taxonomy, op. cit., p. 3 ss.

a) accesso « della proprietà »: è stata la tecnica utilizzata più ampiamente negli Stati Uniti dal Congresso e dalla *Federal Communications Commission* per soddisfare le esigenze di accesso evitando una intromissione diretta nell'informazione o nei contenuti.

Le regole concernenti il controllo delle licenze televisive sono basate sull'assunto che la diversificazione della proprietà costituisca un metodo per raggiungere l'obiettivo sostanziale di incrementare ed arricchire il novero delle fonti d'informazione⁶². Per questa ragione, sono dettate norme che attribuiscono a certi gruppi di soggetti opportunità privilegiate di avere accesso alle licenze⁶³.

La FCC, quando ha adottato le sue politiche di accesso « della proprietà », ha specificato che l'obiettivo era quello di incidere sull'informazione pubblica. Allo stesso tempo, peraltro, la Commissione medesima ha costantemente richiamato le limitazioni costituzionali che precludono al Governo la possibilità d'intervenire sulle trasmissioni in modo da minarne la libertà dei contenuti.

L'assunto dell'arricchimento delle fonti d'informazione in conseguenza della diversificazione dei proprietari, peraltro, non sembra supportato da evidenze di particolare rilievo. Per quanto i programmi dei diversi licenziatari provengano da soggetti diversi, vi saranno comunque profili di somiglianza notevole, basata sui caratteri che appaiono meglio in grado di massimizzare l'*audience* o le entrate pubblicitarie⁶⁴.

b) accesso « della produzione »: una diversa modalità di assicurare l'accesso è quella di focalizzare l'attenzione non sulla proprietà, bensì sulla produzione di programmi. Ciò, attraverso l'emanazione di norme le quali richiedano che un *carrier* di programmi, ad esempio un'emittente televisiva o un operatore via satellite o cavo, diffonda determinate categorie di programmi o i programmi di certi fornitori⁶⁵.

⁶² Si veda in particolare, al riguardo, la decisione della Corte Suprema USA *Metro Broadcasting Inc. v. FCC*, 497 U.S. 547 (1990), par. 569 (per un commento al caso v.: M. ROSENFELD, *Metro Broadcasting Inc. v. FCC: Affirmative Action at the Crossroads of Constitutional Liberty and Equality*, in *U.C.L.A. Law Rev.*, 1991, n. 38, p. 583 ss.).

⁶³ Sin dal principio della sua azione volta al controllo delle concentrazioni nell'audiovisivo, ad esempio, la FCC ha limitato la titolarità ad una emittente in un mercato radiofonico e televisivo, ed in seguito ha vietato il possesso incrociato di giornali ed emittenti televisive nello stesso mercato.

⁶⁴ Si vedano ad esempio, al riguardo: M. CANTOR, J. CANTOR, *Prime Time Televi-*

sion: Content and Control, Londra, Sage, 1992; H. HOTELLING, *Stability in Competition*, in *Econ. Journ.*, 1929, n. 1, p. 39 ss.; negli Stati Uniti, cfr. il parere dissenziente del giudice O'Connor nel caso *Metro Broadcasting Inc. v. FCC*, cit., par. 569 ss.; nel nostro Paese, si veda quanto ampiamente evidenziato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito anche « AGCM ») nella « *Indagine conoscitiva sul settore televisivo: la raccolta pubblicitaria* », IC/23, provvedimento n. 13770, 16 novembre 2004; pubblicata in *Boll. AGCM* n. 47/2004, consultabile altresì sul sito web « <http://www.agcm.it> », p. 38 ss.

⁶⁵ Esempi di questa tipologia di accesso possono rinvenirsi anche nell'ordinamento comunitario, nelle quote di programmazione di « opere europee » e di

Le previsioni di questo tipo sono adottate non soltanto per intervenire sui contenuti, ma altresì a causa di taluni *bottlenecks* nella distribuzione dei programmi o di situazioni di monopolio o quasi-monopolio sui veicoli di distribuzione.

Al possessore della rete, considerato *gatekeeper*, è richiesto di fornire opportunità di accesso ad alcune tipologie di soggetti, eventualmente in determinati momenti, per diffondere i loro programmi e messaggi.

Questa tipologia di accesso può assumere forme diverse, quali ad esempio l'accesso da parte dei partiti o candidati politici, la *par condicio* e il diritto di replica, i canali riservati alle trasmissioni pubbliche o educative, l'accesso da parte di specifici gruppi di minoranza, gli obblighi di « *must carry* » e l'accesso nel « *prime time* ».

Di particolare rilievo, ai fini della presente ricerca, risultano queste ultime due ipotesi. Per quanto concerne gli obblighi di *must carry*, il Cable Act statunitense del 1992⁶⁶ ha disposto che gli operatori via cavo diffondano i programmi delle televisioni commerciali locali e delle emittenti pubbliche⁶⁷, riflettendo la prassi secondo cui, per ragioni economiche e sociali, la FCC aveva previsto che fosse garantito l'accesso attraverso il cavo a numerose strutture televisive esistenti.

Gli operatori via cavo, d'altronde, hanno opposto resistenze notevoli a queste previsioni, specie lamentando che esse violassero la loro libertà di espressione⁶⁸. Il problema della definizione di questo profilo, evidentemente, risulta essenziale per la questione dell'accesso. Se gli operatori di rete sono considerati soggetti che comunicano con il pubblico la giustificazione di simili regole di accesso risulta più complessa, rispetto all'ipotesi in cui la rete sia considerata come un mero strumento trasmissivo.

Le regole di *must carry*, fra l'altro, negli Stati Uniti avrebbero riorientato il modo in cui le emittenti commerciali percepiscono le proprie responsabilità pubbliche. Ciò poiché in qualche modo, in base a tale ricostruzione, soltanto se esse forniscono un certo tipo di servizio e servono gli obiettivi che ispirano le regole di accesso, la loro richiesta di accesso sarà giustificata⁶⁹.

quelle realizzate da « produttori indipendenti » (al riguardo si rinvia *infra*, al par. seguente).

⁶⁶ « *Cable Television Consumer Protection and Competition Act of 1992* », *Public Law No. 102-385*, 106 Stat. 1460, 47 U.S.C.

⁶⁷ Cfr.: 47 U.S.C., rispettivamente ai parr. 534 e 535.

⁶⁸ Per le dinamiche di questa diatriba, si vedano dapprima: *Century Communications Corp. v. FCC*, 835-837 F.2d 292

(D.C.Cir. 1987), 476 U.S. 1169; *Quincy Cable Tv Inc. v. FCC*, 768 F.2d 1434 (D.C.Cir. 1985), 476 U.S. 1169; e quindi ancora: *Metro Broadcasting Inc. v. FCC*, cit.; nonché in dottrina, fra gli altri: S. ROBINOWITZ, *Cable Television: Proposals for Reregulation and the First Amendment*, in *Cardozo Arts & Entertainment. Law Journ.*, 1990, n. 8, p. 309 ss.

⁶⁹ Si veda: M.E. PRICE, *Theories of Media Access. An Access Taxonomy*, op. cit., p. 13.

Ciò, d'altronde, sembra palesemente disatteso nella pratica dalla stessa FCC, la quale nel 1993 ha stabilito che i canali di vendita televisiva rientrano negli standard d'interesse pubblico alla base degli obblighi di *must carry*⁷⁰.

Un ulteriore sottotipo di accesso « della produzione », non presente nel nostro ordinamento ma rilevante ai fini della presente ricerca specie in virtù dei soggetti che da esso beneficiano negli Stati Uniti, è l'accesso nel « *prime time* », ovvero negli orari di maggiore ascolto.

Nell'ambito di questi orari, l'ordinamento statunitense prevede l'opportunità per i « produttori indipendenti », ossia non legati alle maggiori reti, di ottenere accesso al mezzo televisivo⁷¹.

Questa forma di accesso riflette evidentemente le preoccupazioni in merito alla concorrenza fra i produttori di programmazione ed il potere delle reti televisive. Se i distributori d'informazione o contenuti sono anche produttori di essi, sussiste il rischio che il distributore discrimini altri produttori suoi concorrenti.

Nella prassi, peraltro, la regola è stata sfruttata per trasmettere programmi d'intrattenimento leggero, di scarsa rilevanza dal punto di vista dell'interesse pubblico. La sua utilità è stata piuttosto quella di contribuire allo sforzo di dar vita a regole generali, in materia di televisione, a proposito dei comportamenti anticompetitivi e dell'integrazione verticale⁷².

c) accesso « *common carrier* »: quest'approccio rappresenta, in qualche modo, l'opposto dell'accesso proprietario. L'idea di accesso è intrinseca all'essenza stessa del *common carrier*, che funge da strumento per consentire l'uso corretto e non discriminatorio di una risorsa di rilievo pubblico.

Quello del *common carrier* è visto spesso come il modello ideale per una società di mercato libero che consenta una libertà d'informazione senza vincoli e l'accesso ai modi di distribuzione di quell'informazione. I sistemi di *common carrier* multicanali, auspicati come « *deus ex machina* » del nuovo scenario tecnologico, evitano il bisogno di un intervento intrusivo da parte dei poteri pubblici.

Ma, d'altronde, il *common carrier* fornisce uguali opportunità, non uguale accesso. L'impianto della comunicazione al pubblico può mutare, in conseguenza dell'introduzione di un sistema simile, ma non necessariamente verso un assetto più pluralistico.

⁷⁰ Al riguardo, si veda: E. ANDREWS, *F.C.C. Lets TV-Shopping Stations Demand Access to Slots on Cable*, in *N.Y. Times*, 3/7/1993, pp. 1, 40.

⁷¹ Si veda in specie: 47 U.S.C., par. 548.

⁷² Sul tema, e sulle dispute intorno alla norma, si vedano: M.E. PRICE, *Theories of Media Access. An Access Taxonomy*, op. cit., p. 14 s.; E. ANDREWS, *Cable Pact is Reached by States*, in *N.Y. Times*, 9/6/1993, p. D1.

L'introduzione del modello *common carrier* per le applicazioni audiovisive e la stampa rappresenta una decisione architettonica secondo cui alcuni modi di distribuzione, come il cavo o la fibra ottica, o almeno parti di essi, debbono essere disciplinati come il telefono, con tariffe pubbliche non discriminatorie e la proprietà separata dal controllo dei contenuti. L'accesso ne risulterebbe facilitato, e potrebbe affermarsi che vi è assenza di *gatekeeper*, evitandosi l'intervento dei poteri pubblici nella scelta fra i potenziali fornitori d'informazioni e contenuti.

Il Communications Act statunitense⁷³ ha precluso alla FCC di trattare le emittenti televisive come *common carrier*, ed il Cable Act del 1992 ha posto restrizioni sostanziali alle amministrazioni locali e alla FCC in termini di regolazione del cavo⁷⁴. È previsto un limitato trattamento degli operatori via cavo come *common carrier*, essendo loro imposto un obbligo di trasportare le emittenti televisive esistenti (e certi *carrier* specializzati a livello locale).

Da ultimo, sul punto deve rilevarsi come con l'avvento delle nuove piattaforme digitali ed il correlato aumento del numero dei canali in teoria i prezzi dell'accesso dovrebbero ridursi; peraltro, possono sempre esservi canali o piattaforme preferibili, con prezzi maggiori, e d'altronde il costo d'accesso può essere comunque ridotto in relazione al costo della produzione⁷⁵.

d) accesso « pubblico »⁷⁶: prevede canali pubblici, accessibili a chiunque, senza garanzia di *audience*, ma ispirati al criterio che debba esservi spazio per ciascuno, gruppi o individui, per esprimere le proprie opinioni od offrire i propri contenuti o informazioni.

Il modello è stato imposto già da molti anni negli Stati Uniti agli operatori via cavo. Il funzionamento è spesso « *first-come, first-*

⁷³ « *Communications Act of 1934* », *Public Law No. 416*, 48 Stat. 1064 (emendato da ultimo dal « *Telecommunications Act* » del 1996, *Public Law No. 104-104*, 110 Stat. 56).

⁷⁴ Cfr. in specie: 47 U.S.C., par. 531 s.

⁷⁵ Nel « *Cable Communications Policy Act of 1984* » (emendato nel 1992 e nel 1996), 47 U.S.C., al par. 532(b)(1) vi era la previsione di c.d. « *leased channel* », con cui si richiedeva che la maggior parte degli operatori via cavo mettessero a disposizione capacità trasmissiva per fornitori non affiliati i quali ricercassero l'accesso agli abbonati e non sarebbero stati altrimenti selezionati dagli operatori via cavo, concedendo loro spazio per i propri canali ad una tariffa ragionevole. Il « *leased channel* » è quindi qualcosa in meno del *common carrier*, e l'operatore ha un con-

trollo tanto esteso delle tariffe ed un sufficiente controllo della situazione che la norma non è stata in realtà molto utilizzata. Il fatto in sé della sua esistenza come un possibile strumento per infrangere il potere monopolistico degli operatori via cavo era sufficiente comunque, per un giudice dissenziente nei casi di *must carry*, per ritenere che ogni sforzo del Congresso di imporre l'accesso ai programmi agli operatori via cavo fosse incostituzionale (v. *Turner Broadcasting System Inc. v. FCC*, 819 F. Supp. 32, D.D.C. 1993).

⁷⁶ O « *Hyde Park corner* », secondo la definizione di M.E. Price (*Theories of Media Access. An Access Taxonomy*, op. cit., p. 18), che ne sottolinea in tal modo la natura « romantica », riconducendoli appunto all'angolo del parco di Londra riservato a chiunque voglia esprimere opinioni, critiche o proporre spettacoli.

served». In molte comunità, sono messe a disposizione attrezzature a basso livello di tecnologia per consentire a questi gruppi o individui di realizzare i programmi.

In un ambiente audiovisivo sempre più globalizzato, peraltro, l'*audience* di programmi simili rischia di essere in concreto prossimo allo zero; d'altronde, come dimostrano anche le recenti esperienze delle tv «di strada» o «di quartiere», tali canali consentono anche a piccole realtà di esprimere i propri punti di vista e fornire informazioni, per l'utilità quanto meno di coloro che ne fanno parte.

Gli operatori via cavo, comunque, hanno mosso critiche all'imposizione di tali canali, lamentando che ciò violasse la loro libertà di espressione⁷⁷. Nella riforma del 1992, è stata ridotta l'ampia libertà degli utenti dell'accesso pubblico, in particolare attraverso linee guida che individuano ciò che costituisce programmazione inaccettabile, indecente od oscena⁷⁸.

e) accesso «volontario»: questa tipologia di accesso origina dalla pressione politica o economica di gruppi d'interesse. Questi ultimi agiscono al fine di influenzare le decisioni di produttori di programmi d'informazione, sit-com, sceneggiati ed altra offerta audiovisiva affinché li includano nei contenuti di questa programmazione.

In una simile ipotesi, peraltro, più che di accesso, dovrebbe parlarsi di minaccia di boicottaggio, pressione indebita e censura. In particolare, piuttosto che richiedere accesso in modo diretto, tali gruppi tentano di modificare quelli che ritengono i messaggi negativi di altri per inserire ciò che essi considerano positivo.

A rendere interessante questa forma di accesso è che esso sposta il processo decisionale dal sistema politico formale ad un ambito di tipo diverso. La leva che è utilizzata è spesso quella del consumatore, a volte anche per finalità positive come l'eliminazione o segnalazione dei contenuti violenti od osceni⁷⁹. Piuttosto che cercare di ottenere l'intervento dei poteri pubblici per influenzare la programmazione, i gruppi d'interesse lavorano in specie con gli inserzionisti, o meglio la minaccia degli inserzionisti. Altre volte, il gruppo opera anche attraverso l'appello agli azionisti o dell'azienda di comunicazione o di quelle inserzioniste⁸⁰.

⁷⁷ Si vedano in specie, al riguardo: A.A. BERNSTEIN, *Access to Cable, Natural Monopoly and the First Amendment*, in *Col. Law Rev.*, 1986, n. 8, p. 1663 ss., nonché le decisioni *Midwest Video Corp. V. FCC*, 571 F.2d 1025 (8th Cir. 1978) e 440 U.S. 689 (1979).

⁷⁸ Cfr.: 47 U.S.C., parr. 532, 558, e la decisione: *Allience for Community Media v. FCC*, 15 F.3d 186 (1994), nonché

l'opinione critica di: J. BERGER, *Forum for Bigotry? Fringe Groups on TV*, in *N.Y. Times*, 23/5/1992, p. 29.

⁷⁹ Si veda ad esempio, al riguardo: E. ANDREWS, *Mild Slap at TV Violence*, in *N.Y. Times*, 1/7/1993, p. A1.

⁸⁰ Cfr. ancora, sul tema: M.E. PRICE, *Theories of Media Access. An Access Taxonomy*, op. cit., p. 20 ss.

A valle di questo breve quadro delle opzioni alternative storicamente adottate nell'esperienza statunitense per l'accesso ai *media*, ad ogni modo, deve rilevarsi come il concetto di accesso⁸¹ non risulti né sufficientemente fondato a livello teorico né adeguatamente giustificato a livello empirico.

Esso riflette una ricerca per un surrogato politico del pluralismo, un'architettura di superficie della libertà di espressione che combina le insegne della non interferenza governativa con l'illusione che la diffusione di informazioni e storie sia adeguatamente ripartita fra i loro ideatori e assemblatori. Vi è una sorta di ideale nel fascino della dottrina dell'accesso, la forma e la canalizzazione delle forze multiformi e sregolate delle opinioni e differenze della società.

Piuttosto che derivare dagli interventi normativi in materia di accesso, nella prassi la diversità ed il pluralismo di contenuti discendono da una combinazione di fattori, fra i quali in particolare: a) le pressioni indirette delle procedure di licenza o autorizzazione sui *broadcaster*; b) l'accesso « volontario », anche in conseguenza dei mutamenti sociali e culturali degli ultimi decenni; c) le trasformazioni del mercato e le possibilità di programmazione prodotti dalla rivoluzione combinata cavo-satellite dell'ultimo trentennio del secolo scorso, ai quali si aggiungono oggi le nuove opportunità offerte dalle ulteriori tecnologie in fase di sviluppo, dal digitale terrestre, alla televisione in mobilità, alla tv via Internet.

Ad esempio, il satellite ha consentito la distribuzione efficiente di fonti di programmi concorrenti alle piattaforme di distribuzione multicanali a base terrestre. Il potenziale pubblicitario del nuovo mezzo ha incrementato la diversità della programmazione per una semplice ragione: dopo avere raggiunto un'adeguata quantità di abbonati, gli imprenditori dell'audiovisivo hanno avuto un incentivo a proporre programmi di nicchia che attirassero abbonati e utenti addizionali. La nuova opportunità della *pay-per-view* consente a pubblici in precedenza ignorati di dimostrare l'intensità del loro interesse per una programmazione specifica, offerta dietro pagamento del singolo contenuto⁸².

Più in generale, peraltro, deve evidenziarsi come sussista una visione assai radicata della televisione quale in grado di creare o rinforzare la comunicazione ed il consenso pubblici. Il discorso pubblico è oggi essenzialmente discorso attraverso i *media*⁸³, e la regolamentazione dell'accesso è vista come utile a

⁸¹ Negli Stati Uniti ma altresì in Europa, come si vedrà *infra*, al par. seguente.

⁸² Con l'espressione *pay-per-view* si indicano le diverse tecnologie che consen-

tono a un utente di godere di un evento, ad esempio un film o un evento sportivo o culturale, pagando esclusivamente per la sua fruizione.

⁸³ Si veda, fra gli altri, da ultimo: C.

spingere il mezzo ad incrementare la sua funzione di ausilio al processo democratico, assicurando che esistano le condizioni per il coinvolgimento e il dialogo necessari in una democrazia moderna.

D'altronde, a proposito dei rapporti fra i mezzi di comunicazione audiovisiva e la sfera pubblica, si è correttamente rilevato³⁴ come la radio prima e la televisione in seguito costituiscano sviluppi della società democratica successivi al diciottesimo secolo, periodo in cui può rintracciarsi l'origine del ruolo pubblico dei *media* (nella contrapposizione fra i mezzi d'informazione, come il giornale, e quelli d'intrattenimento, come il cinema o il teatro). In quest'ottica, la storia e le caratteristiche della radio e della televisione le rendono quasi antitetiche rispetto alla nozione idealizzata della sfera pubblica: sin dall'inizio, la radio ha rappresentato un veicolo d'intrattenimento, aggregatore di masse, piuttosto che un luogo per il discorso razionale interpersonale fra individui dedicato al benessere pubblico.

Ad ogni modo, la tecnologia moderna ha contribuito a fare in modo che questi mezzi siano considerati oggi come una sorta di *forum* neutrale per la comunicazione pubblica. Pertanto, la sfera pubblica nel ventesimo secolo non può essere descritta senza pensare al ruolo della radio e della televisione. Con il passare del tempo, i *media* sono divenuti tanto pervasivi, legati alle istituzioni politiche e considerati rilevanti per la formazione delle opinioni, che oggi la sfera pubblica non può più essere immaginata al di fuori della comunicazione audiovisiva. Tuttavia, la vitalità e le dinamiche di quest'ultima dipendono dal ruolo e dalla disciplina dei *media* nello specifico contesto socio-economico di riferimento.

4. L'APPROCCIO COMUNITARIO

4.1. *L'accesso ed il pluralismo: «sliding doors»?*

Nell'esperienza comunitaria, storicamente la *ratio* per la disciplina della titolarità e del controllo dei *mass media* audiovisivi è stata quella della tutela del pluralismo.

In ambito europeo, il principio del pluralismo è stato previsto a più riprese in diverse normative, specie di natura convenzionale, che lo hanno reso un vero e proprio principio fondamentale del-

Calabrò, « *Relazione annuale sull'attività svolta e sui programmi di lavoro dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - 2009 - Presentazione del Presidente Corrado Calabrò* », consultabile

sul sito *web* « <http://www.agcom.it> », p. 3 e 12.

³⁴ Ancora da: M.E. PRICE, *Theories of Media Access. An Access Taxonomy*, op. cit., p. 25.

l'ordinamento comunitario. A fronte di tale ruolo del principio, d'altronde, non si sono avute, per ragioni innanzitutto politiche, le necessarie norme di attuazione all'interno dei diversi Stati membri.

In particolare, a livello comunitario gli interventi culturali, democratici e sociali sul tema sono stati realizzati — a causa del tradizionale stretto vincolo fra la disciplina della radiotelevisione e la politica (dei singoli Stati membri)⁸⁵ — essenzialmente attraverso misure di « *soft law* », relative a strumenti di finanziamento diretti o indiretti o a clausole di esenzione dalla regolazione del mercato, le quali prevedono che gli Stati membri possano attivarsi al fine di realizzare taluni fini politico-sociali e culturali, indicati peraltro in modo generale e la cui selezione, integrazione e declinazione sono lasciate in sostanza alla pressoché totale discrezionalità degli Stati.

A livello nazionale, poi, questi fini sono spesso perseguiti dagli Stati attraverso mere petizioni di principio, ed assai più raramente mediante norme specifiche, dato appunto il notevole impatto a livello politico e democratico di simili misure, al quale contribuisce fra l'altro l'incidenza delle stesse su altre libertà costituzionalmente garantite, quale in specie quella d'iniziativa economica privata.

Per quanto concerne le previsioni di principio cui si è fatto riferimento, in particolare, anzitutto viene in rilievo l'articolo 10 della « *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* »⁸⁶, in base al quale: « *Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e le libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza ingerenza alcuna da parte delle autorità pubbliche e senza considerazione di frontiera* »⁸⁷.

⁸⁵ In proposito, si pensi soltanto, ad esempio, da un lato alle notevoli reazioni degli Stati membri della CE (in particolare della Francia) alla tendenza « espansiva » del diritto comunitario nel settore sviluppatasi dalla sentenza *Sacchi* (30 aprile 1974, causa n. 155/73, in *Racc.* 1974) in poi; dall'altro, al travagliato iter del recente processo di revisione della direttiva « *Tv senza frontiere* » (riguardo alla quale, si rinvia *infra*).

⁸⁶ O « CEDU », aperta alla firma a Roma il 4 novembre 1950 ed in vigore nel nostro Paese dal 26 ottobre 1955, consultabile sul sito *web* « <http://www.echr.coe.int/nr/rdonlyres/0d3304d1-f396-414aa6c1-97b316f9753a/0/italianitalien.pdf> ».

⁸⁷ Riguardo al significato della disposizione contenuta nell'art. 10 CEDU, può farsi riferimento da un lato alla successiva prassi in materia degli Stati parti, sempre in seno al Consiglio d'Europa — espressa

in specie nell'art. 10-bis della « *Convenzione europea sulla televisione transfrontaliera* » (adottata nel 1989, entrata in vigore il 1/5/1993 e modificata con un Protocollo entrato in vigore il 1/10/2000; consultabile sul sito *web* « <http://conventions.coe.int/Treaty/ita/Treaties/Html/132.htm> »), e nella « *Recommendation no. R (99) 1 of the committee of ministers to member states on measures to promote media pluralism* » del Consiglio d'Europa (19/1/1999, consultabile sul sito *web* « <https://wcd.coe.int/View-Doc.jsp?id=399303&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75> ») — nonché, in particolare, alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: si vedano in specie le sentenze *Informationsverein Lentia c. Austria* del 24/11/1993, *Jersild* del 23/9/1994 e *Piermont* del 27/4/1995, in ECHR, 1993-5.

Analogamente, l'articolo 19 del « *Patto Internazionale relativo ai Diritti Civili e Politici* »⁸⁸, al comma 2 aveva previsto che: « *Ogni individuo ha il diritto alla libertà di espressione; tale diritto comprende la libertà di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee di ogni genere, senza riguardo a frontiere, oralmente, per iscritto, attraverso la stampa, in forma artistica o attraverso qualsiasi altro mezzo di sua scelta* »⁸⁹.

Nel 2000, poi, si è avuta l'adozione della « *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* »⁹⁰, nella quale all'art. 11 si è introdotto nell'ordinamento comunitario il primo vero e proprio espresso richiamo al principio fondamentale del pluralismo, prevedendo che: « *1. Ogni individuo ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. 2. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati* »⁹¹.

Ancora, i suddetti principi — peraltro con previsioni ancor più « generalissime », data l'assai limitata ingerenza delle normativa comunitaria nei confronti degli S.M. in materia radiotelevisiva⁹² — sono stati ripresi altresì dal *framework* comunitario del

⁸⁸ Adottato dall'Assemblea Generale dell'ONU il 16 dicembre 1966, entrato in vigore per l'Italia il 15 dicembre 1978, consultabile sul sito *web* « http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_cpr.htm ».

⁸⁹ Le previsioni citate, oggi — specie a seguito delle recenti modifiche apportate al titolo V della Costituzione ed in particolare all'art. 117 Cost. dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (« *Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione* », pubblicata in *G.U.R.I.* 24/10/2001, n. 248), in virtù della quale il nuovo testo dell'art. 117 Cost. dispone che « *la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali* », prevedendo quindi per la prima volta un'espressa garanzia costituzionale di rispetto da parte del legislatore italiano delle norme di diritto internazionale convenzionale; nonché in virtù dell'art. 6, c. 2, del Trattato UE, che annovera i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU fra i principi generali del diritto dei quali impone il rispetto alle istituzioni comunitarie e agli Stati membri in sede di adozione o applicazione di norme interne in deroga alle libertà economiche fondamentali garantite dal Trattato CE; ed ancora in considerazione del potere della Corte Europea dei Diritti

dell'Uomo di Strasburgo, in base agli artt. 19 ss. della CEDU, di accertare con sentenza l'eventuale violazione dell'art. 10 della Convenzione, con conseguente obbligo per lo Stato condannato di dare esecuzione alla pronuncia, eventualmente modificando la normativa contestata incompatibile — sembrerebbero poter assumere un ruolo assai rilevante rispetto alle normative interne in materia; ciò, peraltro, allo stato potenzialmente, come si è accennato e si preciserà *infra* e nei par. seguenti.

⁹⁰ Sottoscritta a Nizza il 7 dicembre 2000, pubblicata in *G.U.U.E.* C 364 del 18 dicembre 2000.

⁹¹ La violazione di tale principio, come accennato riconducibile al novero dei diritti fondamentali di cui l'art. 6 del Trattato UE impone il rispetto alle istituzioni comunitarie nonché agli Stati membri riguardo alla potestà legislativa esercitata dallo Stato e dalle Regioni, sarebbe suscettibile — sempre in linea potenziale — di poter dare luogo nei confronti dello S.M. autore della violazione ad una procedura di accertamento dell'illecito ai sensi dell'art. 7 TUE, e quindi ad un eventuale conseguente provvedimento sanzionatorio da parte delle Istituzioni comunitarie competenti.

⁹² Per le suddette ragioni essenzialmente politiche.

2002⁹³, che in particolare, nella direttiva «quadro», 2002/21/CE, oltre a richiamarli nei considerando 5°, 6° e 31°, all'art. 8 ha precisato che: «*Le autorità nazionali di regolamentazione possono contribuire nell'ambito delle loro competenze a garantire l'attuazione delle politiche volte a promuovere la diversità culturale e linguistica e il pluralismo dei mezzi di comunicazione*».

In virtù di quanto previsto nella CEDU, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha frequentemente sottolineato il ruolo dei *media* in una società democratica, affermando in particolare che «*cannot be successfully accomplished unless it is grounded in the principle of pluralism, of which the State is the ultimate guarantor. This observation is especially valid in relation to audio-visual media, whose programmes are often broadcast very widely*». Ciò, specificando come possa essere desiderabile avere una offerta di programmi non solo plurale, ma anche proveniente da fonti diverse⁹⁴.

Il Consiglio d'Europa, nel medesimo senso, ad esempio nella sua «*Dichiarazione sulla libertà di espressione ed informazione*», ha rilevato che «*states have the duty to guard against infringements of the freedom of expression and should adopt policies designed to foster as much as possibile a variety of media and a plurality of information sources, thereby allowing a plurality of ideas and opinions*»⁹⁵.

L'idea alla base del principio del pluralismo, in linea di massima, è quella secondo cui la programmazione che viene da ultimo trasmessa al pubblico rappresenta i differenti gruppi e opinioni presenti nella società⁹⁶.

Il concetto ha attratto una pluralità di significati, ma pare esservi accordo, in generale, a proposito di tre oggetti essenziali associati con esso, spesso descritti in modo per lo più intercambiabile in termini di pluralismo (*pluralism*) o diversità (*diversity*)⁹⁷.

⁹³ A proposito del quale si rinvia *infra*, al par. 4.2.

⁹⁴ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, decisione *Informationsverein Lentia e altri c. Austria*, 24 novembre 1993, 13914/88, 15041/89, 15717/89, [1993] ECHR 57, in ECHR Serie A n. 276, par. 38 s.; cfr. anche: decisione *Lingens c. Austria*, 8 luglio 1986, 9815/82, [1986] ECHR 7, in ECHR Serie A n. 103, par. 41.

⁹⁵ Consiglio d'Europa, «*Declaration on the Freedom of Expression and Information*», 29 aprile 1982, consultabile sul sito web «[http://www.coe.int/t/e/human_rights/media/4_documentary_resources/CM/1Dec\(1982\)Freedom_Expr_en.asp](http://www.coe.int/t/e/human_rights/media/4_documentary_resources/CM/1Dec(1982)Freedom_Expr_en.asp)», consid. 6.

⁹⁶ Cfr., fra gli altri: N. HELBERGER, *Controlling Access to Content - Regulating Conditional Access in Digital Broadcasting*, op. cit., p. 88.

⁹⁷ Non risulta corretta, viceversa, la distinzione operata da taluni fra i concetti di *pluralism* e *diversity* in base alla quale il primo si riferirebbe alla possibilità per ogni gruppo di soggetti di trasmettere e ricevere i contenuti e le opinioni ai quali essi sono interessati, mentre la seconda indicherebbe la protezione di questo processo da influenze eccessive di una parte. Tale distinzione si accosterebbe eccessivamente a quella fra «*right to hear*» e «*right to be heard*» della quale si accennerà in seguito l'inadeguatezza (v. par. 5).

Un primo oggetto è la pluralità o diversità di contenuti, che si riferisce alla sostanza del materiale trasmesso suggerendo la disponibilità di una gamma di vedute, opinioni e argomenti. Un secondo oggetto è la pluralità o diversità delle fonti, che implica una varietà di produttori, editori o titolari di programmi o informazioni. Terzo oggetto è la pluralità o diversità di canali, con cui si indica una varietà di servizi di trasmissione che selezionino e presentino il materiale direttamente al pubblico.

Evidentemente, queste diverse concezioni del pluralismo dei *media* non hanno tutte le stesse implicazioni. In particolare, né la diversità delle fonti né quella dei canali può garantire il risultato della diversità di contenuti⁹⁸. Il requisito della pluralità delle voci, o delle fonti d'informazione, è ancora una nozione in via di sviluppo negli ordinamenti europei. Esso è stato riconosciuto come un attributo della libertà di espressione in Francia nelle decisioni in materia di televisione (e di stampa) del *Conseil Constitutionnel*⁹⁹, e come un aspetto della libertà di radiodiffusione dalle Corti Costituzionali tedesca¹⁰⁰ ed italiana¹⁰¹.

La posizione delle corti in generale è quella secondo cui la legislazione deve assicurare che i *media* siano aperti ad una varietà di opinioni e non siano dominati da monopoli od oligopoli privati. Ad esempio, in Francia il *Conseil Constitutionnel* ha richiesto che le regole di concorrenza nel settore della legge francese fossero rese più stringenti in diversi aspetti, prima che le misure potessero essere ritenute costituzionalmente valide. La Corte Costituzionale tedesca, nella sua decisione *Fourth Television* ha insistito affinché le autorità statali preposte all'assegnazione delle licenze considerino se un richiedente la licenza possa esercitare un ruolo dominante sul mercato, ove questa gli sia concessa. La Corte Costituzionale italiana, nella sua sentenza n. 826/1988, ha ripetuto la richiesta, già espressa nelle sue pronunce precedenti sul tema, che il Parlamento emanasse regole « *antitrust* » precise prima che l'attività radiotelevisiva privata fosse consentita a livello nazionale.

⁹⁸ In argomento, si vedano fra gli altri: T. GIBBONS, *Concentrations of Ownership and Control in a Converging Media Industry*, in C.T. MARSDEN, S.G. VERHULST (a cura di), *Convergence in European Digital TV Regulation*, Londra, Blackstone Press Limited, 1999, in specie p. 156 ss.; R. CRAWFORD SMITH, *Broadcasting Law and Fundamental Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1997, cap. 7; R. COLLINS, C. MURRONI, *New Media, New Policies: Media and Communications Strategies for the Future*, Londra, Polity Press, 1996, cap. 3; T. CONGDON *et al.*, *The Cross Media Revolu-*

tion: Ownership and Control, Londra, John Libbery, 1995; M. PRICE, *Television, The Public Sphere and National Identity*, Oxford, Oxford University Press, 1995; C. DEBBASCH, *Les Grand Arrêts du Droit de l'Audiovisuel*, Parigi, Sirey, 1991, p. 245 ss.

⁹⁹ Si veda, in specie, la decisione 86-217 del 18 settembre 1986.

¹⁰⁰ Si vedano, fra le altre, le decisioni *First Television*, 12 BverfGE 205 (1961) e *Fourth Television*, 73 BverfGE 118 (1986).

¹⁰¹ Cfr. le sentenze nn. 826/1988, 148/1981 e 225/1974.

Ad ogni modo, le preoccupazioni relative al pluralismo insorgono dal tradizionale assunto riguardo alla relazione fra contenuti trasmessi dai mezzi di comunicazione di massa e giudizi ed azioni degli individui. Al di là delle diverse opinioni in merito alla capacità di persuasione dei *media* nei confronti del pubblico, la questione sorge dal fatto che essi rappresentano oggi la fonte primaria di conoscenza della realtà che ci circonda. Da ciò, nasce l'esigenza di assicurare che le fonti d'informazione non escludano possibilità alternative.

La *ratio* della tutela del pluralismo, dunque, risiede in uno dei pilastri della libertà di espressione. L'idea è che le opinioni non debbano essere censurate perché il pubblico ha bisogno della disponibilità di una gamma di vedute alternative, per essere certo che ciò a cui crede risponda effettivamente a verità. L'obiettivo dell'interesse è quindi il pubblico piuttosto che l'emittente; il pluralismo non richiede che i contenuti siano prodotti e resi pubblici, né forza le emittenti a diffondere informazioni o programmi.

Da ciò consegue che, fra le diverse concezioni del pluralismo, la diversità dei contenuti rappresenta la versione più forte. In questo senso, il pluralismo può essere visto come l'omologo « privato » della « pubblica » libertà d'informazione, consistendo appunto nella possibilità per gli individui-utenti dei *media* di avere a disposizione informazioni sufficienti per poter esprimere giudizi informati.

Una questione ulteriore è quella che concerne l'opzione se gli individui-utenti debbano avere una gamma d'informazioni fornita ad essi in modalità « *push* » senza sforzo da parte loro, o se invece siano tenuti a prendere l'iniziativa, in modo « *pull* », nel ricercare prospettive alternative prima di giungere ai loro giudizi.

Un approccio liberista porterebbe a ritenere che gli individui-utenti debbano assumersi la responsabilità di reperire fonti informative tali da formarsi una base adeguata di giudizio. La visione precedente, che è riflessa nei valori del servizio pubblico radiotelevisivo, può essere considerata come una concezione paternalistica, nonché poco in linea con le recenti evoluzioni tecnologiche connesse all'avvento del digitale (fra le quali vi è una modalità di fruizione dei *media* da parte degli utenti sempre più interattiva e *pull*)¹⁰².

D'altronde, là dove il pubblico non abbia una prospettiva ragionevole di trovare vedute alternative in modo facile ed economico, non avrebbe la possibilità di esercitare la sua responsabilità morale. Rispetto al pluralismo, ciò conduce alla opportunità di valu-

¹⁰² Sul punto v. anche quanto detto *supra*, al par. 2.

tare quali realistiche possibilità esistano per il reperimento di prospettive alternative¹⁰³.

I rimedi predisposti dagli ordinamenti per assicurare la tutela del pluralismo sono diversificati. L'approccio più ampio è riflesso negli obblighi di servizio pubblico, i quali richiedono che venga messa a disposizione degli utenti una gamma di contenuti, con presentazione imparziale delle notizie e dei temi controversi.

Questo approccio, cosiddetto pluralismo interno, è altamente invasivo: la selezione dei materiali si sovrappone alla scelta immediata sia dei fornitori di contenuti che del pubblico. Per questo, la connessione necessaria fra servizio pubblico radiotelevisivo e pluralismo è stata messa in discussione, ed oggi il servizio pubblico trasmette anche programmazione diversa, ad esempio « d'intrattenimento leggero ». Dal momento in cui è stato possibile che altre iniziative di programmazione fornissero punti di vista alternativi, non vi era ragione di richiedere che tutto il prodotto dovesse incontrare standard di servizio pubblico.

A proposito degli strumenti ulteriori mediante i quali si assicura la tutela del pluralismo, cosiddetto esterno, deve rilevarsi anzitutto come nell'ambito degli Stati dell'Unione europea, in generale, l'attività televisiva sia subordinata all'ottenimento di un'autorizzazione. Inoltre, vi è un insieme di controlli sui contenuti che va oltre quelli imposti dal generale diritto civile e penale.

Un approccio di particolare rilevanza è quello della disciplina della proprietà dei *media*, che si basa su due argomenti. Uno è l'opinione che il controllo strutturale sul numero delle imprese in un settore avrà un impatto sulla natura dei prodotti forniti. L'altro è lo scopo di prevenire la possibilità che la programmazione sia dominata da uno o pochi soggetti potenti.

Ad ogni modo, la disciplina ha proceduto sulla base di assunzioni riguardo agli effetti del pluralismo la cui verifica risulta difficile da ottenere. In astratto, l'esistenza di un monopolio sui *media* non indica necessariamente l'assenza di pluralismo (come dimostra il caso del servizio pubblico). Peraltro, secondo l'orientamento preferibile, un monopolista che scelga di produrre un'ampia gamma di programmi e di opinioni per il suo pubblico, per quanto riduca gli effetti negativi del monopolio, non garantisce la libertà di espressione¹⁰⁴. D'altronde, anche la presenza di molti soggetti in un mercato non garantisce una diversità di opinioni; né, dal punto di vista economico, il benessere del consumatore¹⁰⁵.

¹⁰³ Cfr.: T. GIBBONS, *Concentrations of Ownership and Control in a Converging Media Industry*, op. cit., p. 158.

¹⁰⁴ In tal senso: B.M. OWEN, *Economics and Freedom of Expression. Media Structure and the First Amendment*, op. cit., p. 20.

¹⁰⁵ Cfr.: B.M. OWEN, *Economics and Freedom of Expression. Media Structure and the First Amendment*, op. cit., p. 21; D. GOMERY, *Interpreting Media Ownership*, in B.M. COMPAINE, D. GOMERY, *Who Owns the Media? Competition and Concentration in the Mass Media Industry*,

Pertanto, può essere riconosciuto che il controllo della proprietà è in grado soltanto di prevedere condizioni che siano in astratto le più favorevoli verso il pluralismo; ciò, in specie in considerazione del fatto che il fenomeno del controllo proprietario personale è stato oramai ampiamente sostituito dal potere d'impresa di grandi dimensioni, soprattutto conglomerate, fattore che incrementa ulteriormente la difficoltà di stabilire una relazione precisa fra potere di mercato e contenuti dei *media*¹⁰⁶.

Al giorno d'oggi, poi, in virtù del fenomeno della convergenza tecnologica e della correlata fusione dei settori esistenti in precedenza, le regole sulla proprietà sembrano avere ancora minore ragion d'essere. Le norme correlate ai diversi settori dei *media*, mentre continueranno ad esistere nel breve periodo, paiono destinate a divenire del tutto inefficaci con la scomparsa di tali settori come a se stanti¹⁰⁷.

Questa tendenza, del resto, ha già preso avvio in Europa, ed è riflessa nel crescente utilizzo delle quote di ascolto — rispetto a quelle di mercato, utilizzate nel nostro ordinamento — per determinare i confini della proprietà consentiti¹⁰⁸.

Altre forme di tutela del pluralismo attualmente vigenti concernono obblighi positivi di trasmettere programmi di qualità, programmi d'informazione e attualità, film e commedie originali, nonché, in virtù della direttiva « *Tv senza frontiere* », già n. 89/552/CEE ed oggi 2007/65/CE, e della « *Convenzione europea sulla televisione transfrontaliera* » del 1989, di dedicare la maggioranza del tempo di trasmissione ad « opere europee »¹⁰⁹.

Londra, Lea, 2000, in specie p. 526. In generale, v.: G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, op. cit., in specie p. 93 ss.

¹⁰⁶ Sul punto, cfr. tra gli altri: M. PRICE, J. WEINBERG, *The Telecommunications Act of 1996*, in *2nd Yearbook of Media and Entertainment Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 99 ss.; G. MURDOCK, *Large Corporation and the Control of the Communication Industries*, in M. GUREVITCH et al. (a cura di), *Culture, Society and the Media*, Londra, Methuen, 1982.

¹⁰⁷ Del resto comunque, anche in passato: « *Limitations on media concentration and their long and controversial history show no record of success. At the transnational level all attempts to impose binding rules have so far failed; at the national level the anti-trust legislation has largely provided inadequate to regulate the media sector* » (D. MCQUAIL, K. SIUNE (a cura di), *Media Policy. Convergence, Concentration & Commerce*, Londra, Sage, 1998, p. 203).

¹⁰⁸ È il caso, ad esempio, della Germania. Sul punto, in dottrina, cfr.: S. VERHULST (a cura di), *European Responses to Media Ownership and Pluralism*, in *Car-*

dozo Arts & Entertainm. Law Journ., 1998, n. 16, p. 421 ss. Riguardo all'ap-proccio nel nostro ordinamento, basato invece come accennato sulle quote di mercato, si rinvia *infra* al par. 4.3.

¹⁰⁹ Direttiva n. 89/552/CEE del 3 ottobre 1989, in G.U.C.E. L 289 del 17 ottobre 1989, art. 4; « *Convenzione europea sulla televisione transfrontaliera* », cit., art. 10. La nuova direttiva « *Tv senza frontiere* » è stata approvata nel dicembre 2007 (« *direttiva 2007/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 che modifica la direttiva 89/552/CEE del Consiglio relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive* », in G.U.U.E. L 332 del 18 dicembre 2007), a seguito di un lungo e travagliato iter pluriennale di revisione. Il nuovo testo riproduce la previsione sulle quote europee al medesimo articolo della versione precedente (per primi commenti al nuovo testo, v.: R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Torino, Giappichelli, 2009; S. Ni-

In particolare, un metodo di tutela del pluralismo è l'imposizione di controlli sui contenuti, ad esempio precludendo al proprietario di una emittente di proiettare soltanto le sue opinioni politiche, richiedendo imparzialità e correttezza e conferendo diritti di accesso a partiti politici, gruppi sociali e individui. Questo metodo è adottato nel caso dei canali di servizio pubblico radiotelevisivo, ed in misura più ridotta nei confronti dei loro concorrenti privati (non invece per la stampa).

Inoltre, l'accesso privato al mezzo televisivo è perseguito attraverso l'abolizione per legge, talora su impulso di decisioni delle corti costituzionali, del tradizionale monopolio pubblico della radiotelevisione. Per quanto sia incerto in quale misura il riconoscimento di licenze ad un numero ridotto di operatori privati incrementi realmente la gamma delle opinioni diffuse in televisione, il superamento del monopolio pubblico ha comunque contribuito a ridurre — almeno in parte — lo storico legame del settore con la politica¹¹⁰.

Un ulteriore sviluppo di rilievo è il requisito, ora presente in molte legislazioni in materia, per cui è previsto che una certa percentuale del tempo di trasmissione debba essere allocata a produttori indipendenti.

A livello comunitario, la direttiva « *Tv senza frontiere* » richiede a tutti gli Stati membri di riservare almeno il dieci per cento del tempo di trasmissione (escluso quello dedicato a notizie, sport e giochi) ad « opere europee di produttori indipendenti ». Una ulteriore norma della direttiva, assai generica, prevede che un'« adeguata percentuale » debba essere riservata per opere « recenti », ovvero trasmesse entro cinque anni dalla produzione¹¹¹. L'obiettivo di queste norme è quello di stimolare nuove fonti di produzione televisiva, specie nelle imprese medie e minori, e di fornire canali trasmissivi per talenti artistici creativi.

Ad ogni modo, in conseguenza della convergenza tecnologica, la piattaforma per la fornitura del contenuto diviene meno rilevante per la tutela del pluralismo nei *media*. Le restrizioni alla proprietà relative a settori verticalmente integrati, che collegano la produzione di programmi e la distribuzione al pubblico, perdono di significato nel momento in cui la stessa programmazione può essere

koltchev (a cura di), *Audiovisual Media Services without Frontiers (Iris special)*, Strasburgo, European Audiovisual Observatory, 2006). Nell'ordinamento statunitense, viceversa, come si è visto in precedenza, vi sono attualmente limitati controlli specifici sui contenuti dei programmi radiofonici e televisivi.

¹¹⁰ Il caso di quanto storicamente avviene per il controllo della RAI nel nostro

Paese è paradigmatico, tanto che in dottrina lo si riporta a specifico esempio di come sia stata opportuna l'apertura del settore agli operatori privati (v.: E. BARENDT, *Access to the Media in Western Europe*, in A. SAJÓ, M.E. PRICE, *Right of Access to the Media*, op. cit., p. 111).

¹¹¹ Anche queste previsioni sono state confermate nel nuovo testo della direttiva (art. 5).

fornita attraverso strumenti che variano fra i precedenti settori della televisione terrestre, del satellite, del cavo o delle telecomunicazioni.

Di fronte a tale evoluzione, al di là dell'opportunità del mantenimento del servizio pubblico radiotelevisivo, socialmente desiderabile per ragioni che vanno anche oltre il pluralismo¹¹², gli strumenti migliori per tutelare quest'ultimo a livello nazionale appaiono, anzitutto, la « targettizzazione » della produzione e della fornitura di programmi al fine di assicurare che queste ultime non vengano a trovarsi nella disponibilità di un numero limitato di soggetti.

In un'industria che muta rapidamente, ciò richiederà un'analisi della circolazione dei diritti di programmazione e degli accordi per la sua distribuzione e fornitura al pubblico. Sulla base di quanto avvenuto di recente nell'ambito della disciplina della proprietà, peraltro, si è proposto che l'obiettivo di tale analisi debba essere l'impatto degli accordi stessi sulla percentuale di pubblico raggiunta, piuttosto che sulle quote di mercato; con un approccio quindi più specificamente diretto alla tutela del pluralismo, rispetto ai tradizionali criteri *antitrust*¹¹³.

Un ulteriore strumento utile, che potrebbe essere impiegato in modo complementare al precedente, sarebbe un'azione rispetto alla trasmissione al pubblico dei contenuti. Oltre all'opzione del *common carrier*, che comunque non garantisce necessariamente il pluralismo, potrebbero essere imposte delle quote rispetto alle fonti di fornitura. Ciò, sull'esempio di quanto avviene a livello comunitario con la quota del dieci per cento di produzioni indipendenti contemplata nella direttiva « *Tv senza frontiere* », o nell'ordinamento tedesco con la previsione di « programmi finestra » (*Fensterprogrammen*) per i terzi indipendenti¹¹⁴. Nell'ordinamento italiano, questa opzione è stata adottata con la previsione della legge n. 66/2001 relativa all'obbligo, per le reti digitali terrestri, di riservare una quota del quaranta per cento della propria capacità trasmissiva a produttori indipendenti, previsione che è stata da ultimo attuata attraverso il regolamento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni adottato con delibera n. 109/07/CONS¹¹⁵.

¹¹² In argomento, si vedano *ex multis* (con i rinvii ivi citati): R. MASTROIANNI, *Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 77 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà d'espressione. Media, mercato e potere nella società dell'informazione*, op. cit., p. 47 ss. e 105 ss.; P. SCANNELL, *Public Service Broadcasting. The History of a Concept*, in T. MILLER (a cura di), *Television. Critical Concepts in Media and Cultural Studies*, Vol. IV, Londra, Routledge, 2003, p. 212 ss.; M. FEINTUCK, *Me-*

dia Regulation, Public Interest and the Law, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1999, in specie p. 187 ss.

¹¹³ T. GIBBONS, *Concentrations of Ownership and Control in a Converging Media Industry*, op. cit., p. 171.

¹¹⁴ Si veda: « *Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag - RStV)* », 1991, GVBI S. 636, artt 25 ss., in specie art. 31.

¹¹⁵ Sul punto si rinvia, *amplius, infra*, al par. 4.3.

Sotto un diverso profilo, si ritiene che un ulteriore strumento per la tutela del pluralismo consista nell'utilizzo delle leggi *anti-trust* relative alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni, al fine di prevenire l'accumulo di licenze o autorizzazioni televisive e limitare il fenomeno crescente del possesso incrociato di partecipazioni in *media* — sempre meno peraltro — diversi (c.d. *cross-media ownership*)¹¹⁶.

D'altronde, sono stati avanzati dubbi a proposito della efficacia di queste regole *ex se* ad assicurare un reale pluralismo di opinioni. Anche a livello normativo, la direttiva «accesso», n. 2002/19/CE, rileva espressamente come: «*Le regole di concorrenza da sole possono non essere sufficienti per garantire la diversità culturale e il pluralismo dei media nel settore della televisione digitale*». Di conseguenza, si prevede che: «*Gli Stati membri possono specificare con tutti i mezzi legislativi, regolamentari o amministrativi che ritengono opportuni i servizi televisivi digitali ai quali gli utenti finali devono poter accedere*»¹¹⁷.

Le regole a tutela della concorrenza, si afferma in particolare, sono in grado di impedire ad un'impresa di essere titolare di oltre un certo numero di licenze o autorizzazioni, di abusare della propria posizione di mercato, o di porre in essere accordi che riducano il novero delle fonti della produzione o distribuzione, ma la diversità di proprietà non garantisce una varietà di programmi¹¹⁸. Piuttosto, è molto più probabile che vi sarà una tendenza all'uniformazione, con i concorrenti che prenderanno di mira lo stesso, ampio pubblico, con prodotti simili¹¹⁹.

A proposito della *cross-media ownership*, poi, questa sarà contrastabile in termini di diritto della concorrenza, data la diversità dei mercati rilevanti interessati, soltanto là dove possa essere dimostrato che una impresa dominante in un mercato sia in grado di esercitare un potere di leva su un altro, ad esempio tramite sussidi incrociati¹²⁰.

In quest'ottica, potrebbe affermarsi che l'applicazione del diritto *antitrust* — evidentemente rivolto in primo luogo a rafforzare la concorrenza sul mercato — sia condizione necessaria,

¹¹⁶ Per una rassegna esemplificativa degli interventi comunitari in tal senso, v. fra gli altri: T. GIBBONS, *Concentrations of Ownership and Control in a Converging Media Industry*, op. cit., p. 162 ss.

¹¹⁷ Direttiva n. 2002/19/CE, consid. 10. La Direttiva, come noto, fa parte del *framework* regolatorio comunitario dettato nel 2002 in materia di comunicazioni elettroniche, riguardo al quale si rinvia *infra*, al par. seguente.

¹¹⁸ In tal senso, si veda di recente: V. ZENO-ZENCOVICH, *Motivi ed obiettivi della*

disciplina della televisione digitale, in A. FRIGNANI, E. Poddighe, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La televisione digitale: temi e problemi. Commento al D.Lgs. 177/05 T.U. della Radiotelevisione*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 26 ss.

¹¹⁹ In proposito, si vedano i riferimenti richiamati *supra*, alla nota 64.

¹²⁰ Sul punto, si vedano in specie: T. CONGDON *et al.*, *The Cross Media Revolution: Ownership and Control*, op. cit.; R. COLLINS, C. MURRONI, *New Media, New Policies*, op. cit.

ma non sufficiente, per la diversità della programmazione; ma anche tale assunto viene posto in discussione: più che la fattispecie anticompetitiva in sé, si precisa, sarà il suo impatto sul pubblico a produrre effetti in termini di pluralismo¹²¹.

In tal senso, rileva anche la considerazione per cui il pluralismo non ha una relazione diretta con la sfera economica; in particolare, quando si riferisce ai contenuti, esso non ha un rapporto necessario né con la libertà né con l'efficienza economica ed il benessere dei consumatori¹²².

A queste obiezioni, d'altronde, replicano coloro i quali hanno rimarcato comunque l'effetto negativo della concentrazione del potere di mercato nelle mani di un numero ristretto di soggetti, o peggio uno solo, anche ai fini del pluralismo delle idee. In tal senso, si afferma, non è chiaro se un soggetto in posizione di dominanza produca la stessa gamma di prodotti generata dalla concorrenza¹²³, e come detto anche ove lo faccia ciò non garantisce comunque libertà di espressione.

Ancora, è da dubitarsi che il « subentro » del mercato dei capitali nei casi di carenze nella massimizzazione dei profitti — ad esempio quando un soggetto dominante escluda certe vedute politiche a scapito del profitto — funzioni effettivamente nell'industria televisiva, in cui le cessioni di azioni debbono ricevere l'avallo delle Autorità pubbliche.

Infine, la posizione di dominanza sul mercato conduce in ogni caso ad imporre un prezzo più elevato, e ciò è difficilmente giustificabile dal punto di vista dell'accesso, per cui i prezzi possono risultare centrali, ai fini della valutazione¹²⁴.

Ad ogni modo, per quanto in generale la varietà delle idee e delle opinioni che caratterizza una offerta di contenuti pluralistica debba essere distinta dalla concorrenza economica, risulta evidente come quest'ultima possa influenzare la prima (e viceversa)¹²⁵.

¹²¹ Cfr. ancora: E. BARENDT, *Access to the Media in Western Europe*, op. cit., p. 112; T. GIBBONS, *Concentrations of Ownership and Control in a Converging Media Industry*, op. cit., p. 169; A. GRAHAM, *Exchange Rates and Gatekeepers*, in T. CONGDON et al., *The Cross Media Revolution: Ownership and Control*, op. cit.

¹²² B.M. OWEN, *Economics and Freedom of Expression. Media Structure and the First Amendment*, op. cit., p. 21.

¹²³ Sul punto, v.: A. SPENCE, *Product Selection, Fixed Costs and Monopolistic Competition*, in *Rev. Econ. Studies*, 1976, n. 2, p. 217 ss.

¹²⁴ In tal senso: B.M. OWEN, *Econo-*

mics and Freedom of Expression. Media Structure and the First Amendment, op. cit., p. 4 s.

¹²⁵ Cfr.: P. VALCKE, *Pluralism in een Digitale Interactieve Mediaomgeving. Analyse van Sectorspecifieke Regelgeving & Algemeen Mededingingsrecht*, Leuven, Katholieke Universiteit Leuven, 2003, p. 683-9; P. LAROCHE, *A Closer Look at Some Assumptions Underlying EC Regulation of Electronic Communications*, in *Journ. Network Industr.*, 2002, n. 3, p. 140-5; J. VAN DEN BEUKEL, A. NIEUWENHUIS, *Pluriformiteit in het Mededingingsrecht*, in *Mediaforum*, 2000, n. 4, p. 117.

Comportamenti consistenti, ad esempio, nel monopolizzare la base dei consumatori o nel rendere più difficile per gli abbonati la fruizione di servizi provenienti da fornitori diversi hanno non soltanto un effetto negativo sulla concorrenza. Le strategie di esclusione, le situazioni di *lock-in* tecnologico e contrattuale e l'accaparramento di un'ampia quantità di contenuti da parte di uno o più operatori possono risultare evidentemente suscettibili d'impattare altresì sul pluralismo, all'interno della piattaforma e rispetto a quelle alternative.

Dal punto di vista del pluralismo, poi, può ritenersi che quando esso si riferisce alla fonti di produzione dei programmi, allora può essere considerato una misura della libertà di accesso, purché le imprese coinvolte siano eterogenee. Ma in questo senso, il pluralismo conduce direttamente a quella che resta sullo sfondo come la tematica principale, ovvero appunto la facilità di accesso ai *media* per i fornitori di contenuti, e la relativa facilità di accesso a fonti d'informazione alternative indipendenti per il pubblico¹²⁶.

Di recente, in materia, la Commissione europea ha intrapreso e sta portando avanti un'iniziativa volta ad approntare un sistema per monitorare il pluralismo dei *media* negli Stati membri. All'inizio del 2007, in risposta alle reiterate preoccupazioni espresse dal Parlamento europeo e dalle organizzazioni non governative per la concentrazione dei *media* e le sue ripercussioni sul pluralismo e sulla libertà di espressione, ed in seguito alle proposte scaturite dalla Conferenza di Liverpool sull'audiovisivo del 2005, la Commissione ha avviato un percorso basato su un « *three-step approach* » in tema di pluralismo dei *media* nell'Unione europea.

Le tre tappe consistono in: 1) un documento di lavoro dei servizi della Commissione sul pluralismo dei *media* (presentato a gennaio 2007), che ha descritto le azioni per promuovere il pluralismo avviate da terze parti e organizzazioni, in particolare dal Consiglio d'Europa, e ha illustrato una prima indagine sintetica sui mercati dell'audiovisivo e della stampa negli Stati membri; 2) uno studio indipendente sul pluralismo dei *media* negli S.M. (pubblicato in versione definitiva a luglio 2009), che ha definito e sperimentato alcuni indici di valutazione del pluralismo e d'identificazione delle relative minacce; 3) una comunicazione della Commissione sugli indici di pluralismo dei *media* negli S.M. (prevista ora per il 2010), volta ad esaminare se sia opportuno applicare gli indici del pluralismo dei *media*, ad esempio nell'ambito di uno studio ulteriore¹²⁷.

¹²⁶ Cfr. ancora: B.M. OWEN, *Economics and Freedom of Expression. Media Structure and the First Amendment*, op. cit., p. 21.

¹²⁷ I documenti sono consultabili sul sito web « http://ec.europa.eu/information_society/media_taskforce/pluralism/index_en.htm ».

In particolare lo studio, costruito secondo un modello di *risk-based framework*, elabora un sistema di ben centosessantasei indicatori, raggruppati in tre macro-aree in grado di coprire l'ampio ambito di estensione della nozione: l'area giuridica, l'area socio-demografica e l'area economica. Fanno parte dell'area giuridica quegli indicatori tesi a valutare la disponibilità e l'efficacia di politiche e strumenti giuridici in senso ampio (ad esempio tanto norme di legge o regolamentari quanto codici di autodisciplina) in grado di supportare il pluralismo dei mezzi di comunicazione in un dato Paese. Sono considerati indicatori socio-demografici quelli volti a misurare la gamma dei *media* accessibili ai cittadini dei diversi Stati membri, sulla base di fattori quali la collocazione geografica, l'estrazione sociale, l'età, il sesso, *etc.* Rientrano nell'area economica quegli indicatori che misurano l'ampiezza, la diversità e la *performance* economica dei *media* dal lato dell'offerta, in base ad esempio al numero di operatori attivi, al livello di concentrazione nel mercato, *etc.*

Tutti gli indicatori, da ultimo, vengono resi operativi tramite un apposito programma, il c.d. *Media Pluralism Monitor*. Il MPM è modellato come uno strumento di cui ogni *stakeholder* può avvalersi per verificare lo « stato di salute » del pluralismo nel proprio sistema dei *media*. Per ottenere ciò, occorre raccogliere gli opportuni dati e fornire le risposte ai vari quesiti formulati rispetto ai suddetti indicatori, acquisendo così, come risultante della combinazione delle stesse, una diagnosi finale sui rischi che corre il pluralismo mediatico nel sistema in cui il programma viene applicato.

Pertanto, il MPM ha già suscitato diverse critiche. In particolare, sono state sollevate perplessità sull'esito dello studio presentato, argomentando sia per l'intrinseca arbitrarietà e parzialità di un sistema di monitoraggio a livello europeo di un aspetto essenzialmente politico e nazionale, quale sarebbe il pluralismo dei *media*, sia per la difficoltà di riconciliare lo stesso MPM con le specificità delle realtà locali e più in generale dei nuovi mezzi di comunicazione. Ancora, è stato rilevato che il monitoraggio dei contenuti per mezzo dell'applicazione del MPM potrebbe comportare violazioni della libertà di stampa e di espressione in genere. Infine, si è affermato che dall'applicazione del MPM, soprattutto se ad opera delle Autorità di regolazione, potrebbe derivare il rischio, in caso di riscontro di pericoli per il pluralismo, di azioni univocamente di carattere regolatorio.

Ad ogni modo, il MPM può risultare in effetti soltanto uno strumento di ausilio nelle decisioni di *policy*, ed eventualmente uno strumento di *moral suasion*¹²³. Analogamente, la prevista Comu-

¹²³ Come precisato nel *Final Report*: « The Monitor offers a diagnostic, not a prescriptive tool on the basis of established risk management strategies. Its purpose is

nicazione della Commissione europea che dovrebbe recepire gli indicatori elaborati nello studio, sarà ancora una volta uno strumento di *soft law*, privo di forza cogente.

4.2. *L'accesso nel quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche.*

Nell'ordinamento comunitario, l'obiettivo principale delle normative di regolazione settoriale è quello di promuovere lo sviluppo della concorrenza assicurando il funzionamento delle strutture dei mercati interessati.

Inoltre, l'azione regolatoria è fondata su un insieme di motivazioni d'intervento più ampio, venendo in rilievo altresì per il raggiungimento « sul campo » di scopi ulteriori assimilabili — *lato sensu* — alla vera e propria politica industriale, fra i quali, nel settore radiotelevisivo, la promozione del pluralismo¹²⁹.

Tali fini sono perseguiti, in genere, attraverso gli specifici modelli regolatori sviluppati per le industrie a rete, le quali in virtù delle loro peculiari caratteristiche economiche — fra cui in specie appunto i cosiddetti effetti o esternalità di rete — non funzionano sulla base della libera concorrenza e delle regole del mercato come la maggior parte degli altri mercati¹³⁰. Lo scopo primario delle re-

to facilitate the collection of empirical data on various risks for media pluralism given the particular economic, sociodemographic and legal situation in each Member State. The Monitor does not prescribe specific remedies or actions for particular risk profiles. Thus, while it urges the application of the same analytical framework in all Member States to ensure comparability of the results obtained, it is not a call for harmonisation of policies in this area. Given the far-reaching socio-cultural, economic and political importance of the media for the functioning of European democracies, the sensitive matter of how to protect media pluralism is ultimately left to the discretion of Member States and their authorities who, in defining their nation's risk appetite, are free to consider market-based, as well as regulatory, approaches to diversity» (Independent Study on Indicators for Media Pluralism in the Member States — Towards a Risk-Based Approach — Final Report — Prepared for the European Commission by K.U.Leuven-ICRI, consultabile sul sito web « http://ec.europa.eu/information_society/media_taskforce/pluralism/index_en.htm », p. ix).

¹²⁹ In tal senso, si ricorda come ad esempio l'art. 8 della direttiva «quadro»,

2002/21/CE, preveda che le Autorità nazionali di regolazione perseguano, fra gli altri, i seguenti obiettivi: a) promozione del pluralismo; b) promozione della concorrenza; c) sviluppo del mercato interno; d) promozione degli interessi dei cittadini dell'Unione europea. In merito all'oramai comunemente riconosciuto utilizzo della regolazione per il perseguimento di scopi ulteriori rispetto alla mera correzione o prevenzione dei fallimenti del mercato, si veda in particolare: G. MARZI, L. PROSPERETTI, E. PUTZU, *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 12 ss. Peraltro, come noto nel diritto comunitario anche la disciplina della concorrenza è stata storicamente volta altresì al perseguimento di obiettivi esogeni, in specie riguardo alla creazione e allo sviluppo del mercato interno; sul tema, v. fra gli altri: A. ALBORS-LLORENS, *Competition Policy and the Shaping of the Single European Market*, in C. BARNARD, J. SCOTT, *The Law of the Single European Market*, Oxford, Portland, 2002, p. 311 ss.

¹³⁰ Più specificamente, gli effetti di rete sono essenzialmente di due tipologie. Una prima tipologia riguarda quelli derivanti dalle reti «fisiche», o di comunicazione: in questa ipotesi, l'utilità derivante ad un individuo dal consumo di un bene

golamentazione specifica di queste industrie è allora quello di prevenire le ipotesi di *market failure*. Gli strumenti più importanti utilizzati nel perseguire questo fine sono la disciplina dell'entrata sui mercati e dell'accesso agli stessi.

Il « pacchetto » di direttive emanate nel 2002 ha delineato un nuovo *framework* regolatorio per il settore delle comunicazioni elettroniche, recependo le esigenze di convergenza tecnologica e sottoponendo pertanto alle medesime norme tutte le reti ed i servizi di comunicazione elettronica¹³¹. Il quadro regolamentare de-

aumenta direttamente in proporzione al numero delle altre persone che consumano lo stesso bene (ciò avviene, ad esempio, con le reti telefoniche). La seconda tipologia è rappresentata dalle reti « virtuali », o *hardware-software*, nell'ambito delle quali l'utilità del consumatore aumenta indirettamente rispetto al numero degli altri individui che utilizzano lo stesso bene o servizio, a causa degli effetti che ciò produce sulla disponibilità di un prodotto complementare (ad es. una rete di carte di credito, dove un numero più ampio di utenti della carta rende maggiore la possibilità che i commercianti accettino di farne parte tramite le apposite convenzioni). Ciò comporta evidentemente, per i consumatori, problemi di coordinamento e d'informazione, dato che le loro scelte dovranno basarsi appunto sui comportamenti — eventualmente futuri — degli altri individui. In argomento, v. *ex multis*: M. MOTTA, M. POLO, *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 81 ss.; M. VOLLE, *Economia della conoscenza ed economia delle reti di comunicazione*, in A. PILATI, A. PERRUCCI (a cura di), *Economia della conoscenza. Profili teorici ed evidenze empiriche*, op. cit., p. 379 ss.; O. SHY, *The Economics of Network Industries*, Cambridge, 2001; C. HENRY, M. MATHEU, *New regulations for public services in competition*, in C. HENRY, M. MATHEU, A. JEUNEMATRE (a cura di), *Regulation of Network Utilities. The European Experience*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 1 ss.; C. SHAPIRO, H. VARIAN, *Information Rules. Le regole dell'economia dell'informazione*, Milano, Etas, Boston, Harvard Business School Press (*Information rules. A Strategic Guide to the Network Economy*), 1999, p. 211 ss.; M.A. LEMLEY, D. MCGOWAN, *Legal Implications of Network Economic Effects*, in *Calif. Law Rev.*, 1998, n. 3, p. 479 ss.; M.L. KATZ, C. SHAPIRO, *Systems Competition and Network Effects*, in *Journ. Econ. Perspect.*, 1994, n. 2, p. 93 ss. e Id., *Network Externalities, Competi-*

tion and Compatibility, in *Amer. Econ. Rev.*, 1985, n. 3, p. 424 ss.

¹³¹ Attraverso le seguenti direttive del Parlamento europeo e del Consiglio: « direttiva 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro) »; « direttiva 2002/19/CE, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate nonché all'interconnessione delle medesime (direttiva accesso) »; « direttiva 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni) »; « direttiva 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale) »; adottate il 7 marzo 2002 e pubblicate in G.U.U.E. L 108 del 24 aprile 2002. Ad esse, si aggiunge la « direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche) », in G.U.U.E. L 201 del 31/7/2002. Il « pacchetto » di direttive del 2002 contempla poi una direttiva di liberalizzazione adottata dalla Commissione, che costituisce in sostanza un testo consolidato delle direttive in materia adottate dalla Commissione stessa a partire dalla fine degli anni ottanta: « direttiva 2002/77/CE, del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica (direttiva concorrenza) », in G.U.U.E. L 249 del 17/9/2002. Per commenti puntuali riguardo alle direttive del 2002, nonché al loro rapporto con il diritto « antitrust generale », v. in specie: P.L. NIHOUL, P.B. RODFORD, *EU Electronic Communications Law - Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, Oxford, Oxford University Press, 2004; A. DE STREEL, R. QUECK, *Un nouveau cadre réglementai-*

lineato nelle direttive del 2002 è, da un lato, improntato alla neutralità rispetto alle diverse tecnologie esistenti, dall'altro, volto a favorire lo sviluppo di un assetto di mercato il più possibile concorrenziale, basato sull'apertura e sull'accesso alle reti, nonché sulla parità di opportunità fra i diversi soggetti che operano lungo la catena del valore¹³².

Il principale elemento di novità introdotto dal suddetto *framework* comunitario concerne il processo di definizione e di valutazione della sussistenza di un « significativo potere di mercato »¹³³ in capo a un'impresa, ed è costituito dall'allineamento di tale nozione a quella fornita dalla Corte di giustizia europea riguardo alla posizione dominante di cui all'art. 82 del Trattato CE, secondo cui come noto si presume che sussista una posizione dominante — ovvero, nel contesto delle comunicazioni elettroniche, appunto un significativo potere di mercato — ove un'impresa, individualmente o congiuntamente con altri, goda di una posizione di forza economica tale da consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e, in definitiva, dai consumatori.

Ai sensi di quanto previsto dalla direttiva « *quadro* », la Commissione ha emanato una Raccomandazione avente ad oggetto i mercati rilevanti dei servizi e dei prodotti¹³⁴ — nella quale ha individuato i mercati dei prodotti e dei servizi all'interno del settore delle comunicazioni elettroniche, le caratteristiche dei quali siano tali da giustificare l'imposizione di obblighi di regolamentazione stabiliti da direttive particolari (senza che ciò pregiudichi la individuazione di mercati ulteriori in casi specifici).

re pour les communications électroniques en Europe, in J.T.D.E., 2003, n. 101, p. 193 ss.; W. MAXWELL (a cura di), *Electronic Communications: The New EU Framework*, New York, Oceana Publications, 2002; M. SIRAGUSA, S. CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *Mercato conc. reg.*, 2002, n. 3, p. 511 ss.; L. RADICATI DI BROZOLO, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, *ibidem*, p. 561 ss. Come detto in precedenza, attualmente il *framework* regolatorio del 2002 è in corso di revisione (c.d. « *Review 2006* »; per riferimenti v. *supra*, alla nota 49).

¹³² Ovvero essenzialmente gli operatori di rete, i fornitori di servizi e i fornitori di contenuti, nonché eventualmente gli aggregatori di contenuti.

¹³³ Di seguito anche « SPM ».

¹³⁴ « Raccomandazione della Commissione relativa ai mercati rilevanti di

prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche suscettibili di una regolamentazione ex ante ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica », C(2003) 497, 11 febbraio 2003, pubblicata in G.U.U.E. L 114 dell'8 maggio 2003. La Raccomandazione è stata di recente sostituita, nell'ambito del suddetto processo di revisione del *framework* regolatorio di settore, dalla nuova « Raccomandazione della Commissione del 17 dicembre 2007 relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche che possono essere oggetto di una regolamentazione ex ante ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica », C(2007) 5406, pubblicata in G.U.U.E. L 344 del 28 dicembre 2007.

Ad essa, si sono aggiunte delle « *Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato* »¹³⁵, contenenti una sintesi degli orientamenti della Commissione medesima circa l'interpretazione del concetto di posizione dominante nell'industria delle comunicazioni elettroniche, che le Autorità nazionali di regolazione¹³⁶ devono tenere nella massima considerazione nello svolgimento delle loro analisi di mercato.

A seguito di tali analisi, è previsto che, qualora accerti che un mercato rilevante non sia effettivamente concorrenziale¹³⁷, l'ANR individui le imprese che dispongano di un significativo potere di mercato ed imponga a tali imprese gli appropriati obblighi regolatori previsti dal *framework* comunitario, ovvero mantenga in vigore o modifichi tali obblighi là dove già esistano.

L'applicazione *ex ante* della nozione di SPM da parte delle ANR, peraltro, richiede un adeguamento delle modalità di valutazione del potere di mercato utilizzate dalle Autorità per la concorrenza, dato che le decisioni dei regolatori di settore si basano necessariamente su ipotesi diverse da quelle assunte dalle Autorità *antitrust* nell'applicazione retrospettiva dell'art. 82: in particolare, le ANR devono avvalersi di elementi di tipo previsionale basati sui dati e le informazioni circa le condizioni del mercato disponibili al momento dell'adozione della decisione.

Passando ad esaminare gli specifici obblighi regolamentari che assistono e regolano il diritto di accesso nelle comunicazioni elettroniche, occorre tenere distinte le norme volte ad evitare distorsioni della concorrenza nello svolgimento dei rapporti fra operatori di rete, fornitori di contenuti e fornitori di servizi, da quelle ispirate ad una garanzia di accesso al mercato da parte dei fornitori di contenuto, al fine di assicurare un contesto pluralistico. Con riferimento al primo aspetto, vengono in rilievo le asimmetrie regolatorie introdotte, o ridefinite, dal *framework* comunitario

¹³⁵ « *Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica* », 9 luglio 2002, pubblicate in G.U.U.E. C 165 dell'11 luglio 2002.

¹³⁶ Di seguito anche « ANR ».

¹³⁷ A tal fine, in particolare, deve essere accertato se: a) siano presenti ostacoli non transitori all'accesso; b) non sia prevedibile in tempi adeguati una naturale evoluzione del mercato verso forme concorrenziali; c) il diritto *antitrust* non consenta di rimediare alle carenze individuate (c.d. « triplo test »); cfr.: Raccomandazione re-

lativa ai mercati rilevanti, cit., consid. 9; in dottrina, sul tema, v.: P. VALCKE, R. QUECK, E. LIEVENS, *EU Communications Law. Significant Market Power in the Mobile Sector*, Cheltenham (U.K.), Northampton (Mass., U.S.A.), 2005, p. 1 ss.; M. BAK, *European electronic communications on the road to full competition: the concept of significant market power under the new regulatory framework*, in *Journ. Netw. Industr.*, 2003, n. 3, p. 293 ss.; A. DE STREEL, *The new concept of « significant market power » in electronic communications: the hybridisation of the sectoral regulation by competition law*, in *E.C.L.R.*, 2003, n. 10, p. 535 ss.

dettato attraverso il « pacchetto » delle direttive del 2002, e in particolare dalla direttiva « accesso ».

Il quadro regolamentare comunitario, come detto, riguarda indifferentemente tutte le reti di comunicazione elettronica, dando vita così ad una serie di obblighi tendenzialmente uniformi fra i vari sistemi distributivi convergenti. D'altro canto, nella direttiva « quadro » è espressamente previsto che il *framework* non riguardi gli aspetti relativi alla disciplina dei contenuti ed alla tutela del pluralismo informativo¹³⁸.

La direttiva « accesso », anzitutto, all'art. 2 definisce l'« accesso » come « *il fatto di rendere accessibili risorse e/o servizi ad un'altra impresa a determinate condizioni, su base esclusiva o non esclusiva, ai fini di fornire servizi di comunicazione elettronica* »¹³⁹.

Il concetto quale individuato dalla Direttiva non si riferisce all'accesso da parte dell'utente finale¹⁴⁰. D'altronde, la Direttiva richiama la nozione di connettività *end-to-end* come una delle basi per imporre un obbligo d'interconnessione fra reti ed accessibilità per gli utenti finali alle trasmissioni radiofoniche o televisive digitali¹⁴¹. Queste previsioni evidenziano la centralità dell'interesse dei consumatori/utenti nel contesto della regolamentazione specifica di settore¹⁴².

¹³⁸ Ai sensi dell'art. 1, c. 3, della direttiva 2002/21/CE (cfr. anche l'art. 8, c. 1, cit.), difatti: « *La presente direttiva e le direttive particolari si applicano fatte salve le misure adottate a livello comunitario o nazionale, in conformità del diritto comunitario, per perseguire obiettivi di interesse generale relativi, in particolare, alle regolamentazioni dei contenuti ed alla politica audiovisiva* ».

¹³⁹ Così: direttiva 2002/19/CE, art. 2, lett. a), ove si precisa che: « *Il concetto comprende, tra l'altro: l'accesso agli elementi della rete e alle risorse correlate, che può comportare la connessione di apparecchiature con mezzi fissi o non fissi (ivi compreso in particolare l'accesso alla rete locale nonché alle risorse e ai servizi necessari per fornire servizi tramite la rete locale); l'accesso all'infrastruttura fisica, tra cui edifici, condotti e piloni; l'accesso ai pertinenti sistemi software, tra cui i sistemi di supporto operativo; l'accesso ai servizi di traduzione del numero o a sistemi che svolgano funzioni analoghe; l'accesso alle reti fisse e mobili, in particolare per il roaming; l'accesso ai sistemi di accesso condizionato per i servizi di televisione digitale, l'accesso ai servizi di rete virtuale* ».

¹⁴⁰ Ossia l'utente che non fornisce reti

o servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico.

¹⁴¹ Cfr.: direttiva 2002/19/CE, art. 5, comma 1, lett. a), ove è previsto l'obbligo di fornire accesso alle guide elettroniche dei programmi (EPG) ed alle interfacce applicative dei programmi (API); per una definizione delle quali v. *supra*, alle note 37 e 38.

¹⁴² Per la suddetta ricostruzione preferibile del significato della nozione di accesso come prevista dalla direttiva, cfr.: A. BAVASSO, *Communications in EU Antitrust Law. Market Power and Public Interest*, op. cit., p. 18 s. Peraltro, la scarsa chiarezza del testo della direttiva ha condotto altresì ad interpretazioni diverse, che risultano però non accoglibili in quanto lasciano spazio ad elementi di ambiguità e confusione; si veda in specie: P. LAROUCHE, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 368 ss., il quale propone una categorizzazione che distingue fra: a) accesso del fornitore, che consiste nella possibilità per lo stesso di ottenere accesso alle reti di telecomunicazione al fine di offrire prodotti o servizi; b) accesso del consumatore, ovvero la possibilità per il consumatore di accedere alle reti di comunicazione al fine di potervi espletare

Il concetto di accesso come sopra definito non appare, per le ragioni fin qui evidenziate, adeguato a disciplinare i rapporti fra i *broadcaster* in tecnica analogica. D'altro canto, l'avvento delle piattaforme digitali e l'integrazione di diversi servizi interattivi ha fatto emergere la questione dell'accesso condizionato alla televisione, per cui la trasmissione digitale risulta ora inclusa nell'ambito di applicazione del criterio di accesso al mezzo audiovisivo. Un tema ulteriore concerne poi l'accesso a queste piattaforme da parte di soggetti terzi, quali ad esempio dettaglianti, o banche, che consenta ad essi di fornire i propri servizi agli utenti finali.

L'interconnessione, sempre nell'ottica della regolamentazione di settore comunitaria, è una tipologia specifica di accesso posta in essere fra operatori di reti aperte al pubblico. Più specificamente, la direttiva accesso definisce l'«*interconnessione*» come «*il collegamento fisico e logico delle reti pubbliche di comunicazione utilizzate dalla medesima impresa o da un'altra impresa per consentire agli utenti di un'impresa di comunicare con gli utenti della medesima o di un'altra impresa, o di accedere ai servizi offerti da un'altra impresa*»¹⁴³.

rapporti economici o di altro genere; c) accesso della transazione, ossia la possibilità per una data transazione di essere effettuata secondo le richieste delle parti.

¹⁴³ Così: direttiva 2002/19/CE, art. 2, lett. b), ove si precisa che: «*I servizi possono essere forniti dalle parti interessate o da altre parti che hanno accesso alla rete. L'interconnessione è una particolare modalità di accesso messa in opera tra operatori della rete pubblica*». Al riguardo, giova aggiungere come per operatore la direttiva intenda «*un'impresa che fornisce o è autorizzata a fornire una rete pubblica di comunicazioni, o una risorsa correlata*» (art. 2, lett. c). Secondo una diversa definizione, poi, il termine accesso si contrappone a quello di interconnessione ed individua l'ipotesi dell'utilizzo «*unilaterale*» di risorse di rete altrui da parte di imprese prive di una rete propria, o dotate di risorse di rete incomplete; in questo senso, si parla anche di accesso *one-way*, al fine di distinguerlo dall'accesso *two-way*, che si realizza appunto nelle ipotesi d'interconnessione fra reti (sul punto, si vedano fra gli altri: M. LIBERTINI, *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. dir. ammin.*, 2005, n. 2, p. 201; G. MARZI, L. PROSPERETTI, E. PUTZU, *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, op. cit., p. 145 ss.; N. ECONOMIDES, L.J. WHITE, *One-Way Networks, Two-Way Networks, Compatibility, and Public Policy*, in D. GABEL, D.F. WEIMAN

(a cura di), *Opening Networks to Competition. The Regulation and Pricing of Access*, op. cit., p. 9 ss.). Accanto ai concetti di accesso ed interconnessione, infine, vengono in rilievo quelli di interoperabilità, che indica la capacità di due sistemi di scambiare e scambiarsi reciprocamente informazioni al fine di consentire a ciascuno di funzionare nei diversi modi per esso contemplati, e di standardizzazione, che si riferisce principalmente agli apparecchi. La rilevanza dell'interoperabilità è evidente, nell'era della convergenza tecnologica e della oramai inscindibile sinergia, o meglio vera e propria fusione, fra le tecnologie informatiche e quelle di comunicazione. Dal punto di vista della regolamentazione, tale rilevanza è riconosciuta espressamente dalla direttiva «*accesso*», al consid. 9, ove si afferma che essa «*va a beneficio degli utenti finali ed è un importante obiettivo di questo contesto regolamentare*». Questi scopi sono certamente perseguiti in parte attraverso lo strumento della standardizzazione. D'altronde, essi sono raggiunti altresì mediante l'imposizione di obblighi regolatori — quali ad esempio le previsioni della direttiva «*accesso*» concernenti gli obblighi di trasparenza in merito alle specificazioni tecniche e alle caratteristiche della rete, di non discriminazione nella fornitura d'informazioni ai soggetti terzi, e di accesso alle interfacce tecniche, ai protocolli e alle altre tecnologie necessarie per l'interoperabilità dei servizi di rete

La direttiva «accesso», quindi, prevede la possibilità di imporre una serie di obblighi asimmetrici agli operatori che detengano un SPM. Il criterio generale adottato è quello secondo cui appunto gli obblighi di accesso sono applicabili soltanto a quegli operatori i quali, a seguito delle analisi di mercato svolte dall'Autorità di settore, siano ritenuti in una situazione di dominanza economica e risultino di conseguenza gravati da responsabilità ulteriori rispetto a quelle degli altri *player* presenti sul mercato.

Per tali ipotesi, dunque, la Direttiva contempla una serie di obblighi asimmetrici *ex ante*, in larga parte già previsti nelle fonti precedenti, ossia in particolare gli obblighi di: a) trasparenza (art. 9); b) non discriminazione (art. 10); c) separazione contabile (art. 11); d) accesso e uso di risorse della rete (art. 12); e) controllo dei prezzi (art. 13). Ad ogni modo, le ANR possono imporre altresì obblighi diversi da quelli tipici sopra richiamati; ciò, comunque, a condizione che esse ottengano un'apposita autorizzazione in tal senso da parte della Commissione¹⁴⁴.

D'altro canto, la Direttiva contempla altresì la possibilità — in casi specifici — d'imporre obblighi di accesso o interconnessione in via generalizzata a tutti gli operatori, a prescindere dalla detenzione da parte loro di un SPM, «*in modo tale da promuovere l'efficienza economica e una concorrenza sostenibile*». In particolare, l'art. 5 della Direttiva prevede: a) obblighi d'interconnessione fra le reti ed accesso alle stesse, nella misura necessaria ad assicurare l'interconnettività da punto a punto; b) l'obbligo di

virtuale (cfr. rispettivamente: direttiva n. 2002/19/CE, artt. 9, c. 1, 10, c. 2, e 12, c. 1, e) — così come mediante l'applicazione delle norme generali del diritto *antitrust*. Ad ogni modo, i profili specifici relativi alla interoperabilità e alla standardizzazione non risultano di diretto interesse ai fini della presente ricerca (sul tema, possono vedersi fra gli altri, oltre a: A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., p. 321 ss.; F. GRAZIADEI, G. RIZZO, A. STAZI, *Reti e contenuti nella prospettiva della convergenza: scenari ed opzioni aperte dallo sviluppo del digitale*, cit., p. 539 ss., a p. 550 s.; in specie: G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, Giuffrè, 2008 (2a ediz.), pp. 314 ss. e 331 ss.; K. JACOBS (a cura di), *Advanced Topics in Information Technology Standards and Standardization Research, Volume I*, Hershey (PA, U.S.A.), Londra, Idea Group Publishing, 2006; M. CALDERINI, A. GIANNACCARI, M. GRANIERI, *Standard, proprietà intellettuale e logica antitrust nell'industria dell'informazione*, Bologna, Il Mulino, 2005; M.

BERTANI, *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze* (serie *Quaderni di ALDA*, a cura di L.C. Ubertazzi, vol. n. 10), Milano, Giuffrè, 2004, con i riferimenti ivi indicati).

¹⁴⁴ La quale «*autorizza o impedisce all'autorità nazionale di regolamentazione di prendere tali misure*» (art 8, c. 3, dir. 2002/19/CE). Sul tema, cfr.: F. GRAZIADEI, G. RIZZO, A. STAZI, *Reti e contenuti nella prospettiva della convergenza: scenari ed opzioni aperte dallo sviluppo del digitale*, cit., in specie p. 545 ss.; Osservatorio di Proprietà Intellettuale, Concorrenza e Comunicazioni-Luiss Guido Carli, *Media Digitali e accesso ai contenuti: Profili problematici*, rapporto presentato in occasione del Convegno di studio «*Media Digitali: opzioni di sviluppo delle infrastrutture per favorire le migliori condizioni di accesso ai contenuti*», 11 maggio 2004, Roma, Università Luiss Guido Carli, consultabile sul sito *web* «*http://www.luiss.it/it/ricerca/centri_e_osservatori/osservatorio_di_proprieta_intellettuale_concorrenza_e_comunicazioni_opicc/documenti*», p. 20 ss.

rendere disponibili a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie sia le interfacce applicative dei programmi che le guide elettroniche ai programmi, nella misura necessaria a garantire l'accessibilità per gli utenti finali ai servizi radiofonici e televisivi digitali specificati dallo Stato membro.

Peraltro, la possibilità per le ANR di imporre tali obblighi, alla luce dei concetti — invero assai discrezionali — sopra riportati, a prescindere dalla sussistenza di SPM, è stata sottoposta a critiche in dottrina, in quanto conferirebbe appunto alle Autorità di settore una discrezionalità eccessivamente ampia, svincolata da criteri certi e prevedibili da parte delle imprese¹⁴⁵.

Sul tema, comunque, è opportuno rilevare come l'attuale *framework* comunitario, in particolare all'art. 7, comma 3, della direttiva «quadro», preveda comunque¹⁴⁶ che l'ANR — oltre a svolgere una consultazione pubblica delle parti interessate ai sensi dell'art. 6 — ove intenda adottare una delle suddette misure e la misura influenzi gli scambi tra gli Stati membri, «rende nel contempo accessibile il progetto di misura alla Commissione e alle autorità nazionali di regolamentazione di altri Stati membri, insieme alla motivazione su cui la misura si basa, nel rispetto dell'articolo 5, paragrafo 3, e ne informa la Commissione e le altre autorità nazionali di regolamentazione. Le autorità nazionali di regolamentazione e la Commissione possono trasmettere le proprie osservazioni all'autorità nazionale di regolamentazione di cui trattasi entro il termine di un mese o entro il termine di cui all'articolo 6, se tale termine è più lungo».

Per le medesime ragioni accennate, in ogni caso, nella proposta di revisione del quadro regolatorio della materia (c.d. «*Review 2006*») attualmente in via di approvazione, i poteri di cui all'art. 5 della direttiva «accesso» sono ricondotti sotto il controllo formale della Commissione, attraverso la previsione per le ANR, prima della imposizione di tali misure, dell'obbligo di ottenere la previa autorizzazione da parte della medesima.

4.3. *La disciplina speciale dell'audiovisivo fra ordinamento comunitario e normativa italiana.*

A livello comunitario, per quanto concerne specificamente il settore audiovisivo, taluni obblighi di accesso vengono «riprodotti» da disposizioni già contenute in precedenti direttive riguardanti la

¹⁴⁵ Si vedano fra gli altri: M. SIRAGUSA, S. CIULLO, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, op. cit., p. 524 ss.; L. RADICATI DI BROZOLO, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Con-*

vergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria, op. cit., p. 582 ss.

¹⁴⁶ Sia pure con una norma evidentemente assai meno vincolante, quanto meno formalmente, di quella contemplata ad esempio nel citato art. 8, c. 3, dir. 2002/19/CE.

televisione digitale, contemplando peraltro la possibilità che essi siano sottoposti a revisione alla luce della situazione del mercato.

Sono previsti, in tal senso, all'art. 6 della direttiva «accesso», obblighi generali con riferimento ai sistemi di accesso condizionato, i quali in sostanza ripropongono quelli già previsti nella direttiva 95/47/CE¹⁴⁷. In base ad essi, i sistemi di accesso condizionato debbono consentire il *transcontrol*, i fornitori di sistemi di accesso condizionato devono assicurare ai telediffusori accesso a tali sistemi a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie, devono offrire i servizi di accesso condizionato in contabilità separata, e quando concedono licenze sui diritti di proprietà intellettuale relativi ai sistemi di accesso condizionato ai fabbricanti devono farlo a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie, senza impedire l'inserimento di una interfaccia comune o di un sistema di accesso condizionato di altri operatori.

Tali condizioni possono essere sottoposte a revisione, con facoltà per le ANR di modificare o revocare gli obblighi esistenti qualora, ad esito di un'apposita analisi di mercato svolta con la procedura prevista dal quadro regolatorio, risulti che gli operatori soggetti a tali obblighi non dispongano di SPM; ciò, peraltro, a condizione che la revoca o modifica non pregiudichi l'accessibilità ai servizi da parte degli utenti finali e le prospettive di una concorrenza effettiva nel mercato¹⁴⁸.

Una disposizione, contenuta nella direttiva «servizio universale» prevede poi la possibilità dell'imposizione di obblighi di «*must carry*», consentendo agli Stati membri di introdurre «*ragionevoli obblighi di trasmissione per specifici canali e servizi radiofonici e televisivi nei confronti delle imprese soggette alla loro amministrazione che forniscono reti di comunicazione elettronica destinate alla distribuzione di servizi di diffusione televisiva o radiofonica al pubblico se un numero significativo di utenti finali di tali reti le utilizza come mezzo principale per la ricezione di tali servizi di diffusione*», e specificando che: «*Tali obblighi sono imposti solo qualora siano necessari a soddisfare precisi obiettivi di interesse generale e sono proporzionati e trasparenti. Essi sono soggetti a revisione periodica*»¹⁴⁹.

La norma, in quanto prevede la possibilità di imporre gli obblighi «se un numero significativo di utenti finali di tali reti le utilizza come mezzo principale per la ricezione di tali servizi di diffusione», sembrerebbe in astratto — nell'attuale fase di transizione

¹⁴⁷ «Direttiva 95/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa all'impiego di norme per l'emissione di segnali televisivi», in G.U.U.E. L 281 del 23 novembre 1995.

¹⁴⁸ Cfr.: art. 6, c. 3, dir. accesso, il

quale rinvia, oltre che alla procedura per l'analisi dei mercati di cui all'art. 16 della direttiva quadro, altresì ai meccanismi di consultazione e trasparenza contemplati agli artt. 6 e 7 della medesima.

¹⁴⁹ Direttiva 2002/22/CE, cit., art. 31.

del settore televisivo italiano verso il digitale terrestre — potenzialmente idonea a fungere da base normativa per l'imposizione di obblighi di *must carry* riguardo alle nuove piattaforme.

L'obbligo di trasmissione potrebbe essere accompagnato da un indennizzo appropriato, che dovrebbe essere disciplinato anch'esso sulla base dei principi di proporzionalità e trasparenza, onde evitare di dare luogo a discriminazioni fra i diversi operatori di rete.

Al riguardo, d'altronde, è opportuno evidenziare come nel recepire tale norma a livello nazionale il « Codice delle comunicazioni elettroniche », D.Lgs. n. 259/2003¹⁵⁰ — in virtù del richiamato « principio di specialità » dell'audiovisivo¹⁵¹ — abbia disposto, all'art. 81, che: « *Eventuali obblighi di trasmissione per specifici canali e servizi radiofonici e televisivi sono disciplinati dalle disposizioni di legge in materia di radiodiffusione sonora e televisiva* »; è in tale ambito, pertanto, che in futuro dovrebbe eventualmente essere inserito un siffatto obbligo.

Ancora, la direttiva 2007/65/CE, c.d. sui servizi di *media* audiovisivi¹⁵², contempla delle norme ulteriori riguardo all'accesso al mezzo audiovisivo. In particolare, oltre alle disposizioni relative alle quote riservate alle opere europee e alle opere di produttori indipendenti¹⁵³, la Direttiva contiene previsioni in base alle quali: a) ciascuno Stato membro « *può* » adottare misure, che siano compatibili con il diritto comunitario, finalizzate all'eliminazione o all'attenuazione degli effetti discriminatori che si avrebbero da trasmissioni in forma escludente, ossia non liberamente accessibile (es. *pay-tv*), di eventi che essi considerino « *di particolare rilevanza per la società* », attraverso la predisposizione di apposite liste di tali eventi¹⁵⁴; b) gli Stati membri « *provvedono* »¹⁵⁵ affinché, ai fini della realizzazione di brevi estratti di cronaca, ogni emittente comunitaria possa avere accesso, a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie, agli eventi « *di grande interesse pubblico* » che siano trasmessi in regime di esclusiva da un'emittente soggetta alla loro giurisdizione; ciò, precisandosi come le emittenti possano scegliere liberamente i brevi estratti a partire dal segnale dell'emittente di trasmissione, ma abbiano l'obbligo di indicare almeno la fonte¹⁵⁶.

¹⁵⁰ Decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante il « Codice delle comunicazioni elettroniche », pubblicato in G.U.R.I. 15 settembre 2003, n. 214.

¹⁵¹ Dicitur all'art. 1, c. 3, dir. 2002/21/CE.

¹⁵² Nell'ultima versione, che ha modificato la direttiva 89/552/CE, c.d. « *Tv senza frontiere* ».

¹⁵³ Richiamate in precedenza, al par. 4.1.

¹⁵⁴ Cfr. l'art. 3 *undecies* del nuovo testo della direttiva. In Italia la lista di tali eventi è

predisposta dall'AGCom (v.: T.U. radiotelevisione, D.Lgs. 31 luglio 2005, n. 177, in G.U.R.I. 7 settembre 2005, n. 208, art. 4, c. 1, lett. g). Sul tema, v. in specie: E. PODDIGHE, « *Diritti televisivi e teoria dei beni* », Padova, Cedam, 2003 (2ª ediz.), p. 141 ss.

¹⁵⁵ « *Shall* », nella versione inglese, con una previsione, introdotta nell'ambito della recente revisione della direttiva, che risulta ancora una volta non cogente (se non volutamente ambigua).

¹⁵⁶ Salvo qualora ciò risulti impossibi-

Con riferimento alla disciplina dell'audiovisivo sul piano dell'ordinamento interno, al di là di quanto viene in rilievo ai fini dell'analisi dei mercati ai sensi del suddetto quadro regolatorio comunitario¹⁵⁷, deve anzitutto ricordarsi che la peculiarità della radio-diffusione, come accennato in precedenza, è quella di caratterizzarsi rispetto alle altre attività economiche in quanto essa coinvolge, oltre al valore della libertà d'iniziativa economica privata, tutelato ex art. 41 della Costituzione, quello della libertà di manifestazione del pensiero, garantito ai sensi dell'art. 21 Cost.¹⁵⁸.

Pertanto, in applicazione del principio da ultimo citato, nonché della interpretazione fornita a più riprese dalla Corte Costitu-

le per ragioni di fattibilità. Cfr. l'art. 3-*duodecies* del nuovo testo della direttiva. Per approfondimenti su questi temi, oltre a: F. GRAZIADEI, A. STAZI, *Art. 78-quater e Art. 79*, in C. GALLI, A.M. GAMBINO (a cura di), *Codice ipertestuale della proprietà industriale e del diritto d'autore*, Torino, Utet, 2010 (in corso di pubblicazione), si vedano in particolare: M. HOLOUBEK, D. DAMJANOVIC, M. TRAIMER, *Regulating Content - European Regulatory Framework for the Media and Related Creative Sectors*, The Hague, Kluwer law International, 2007, p. 103 ss.; N. HELBERGER, *Controlling Access to Content - Regulating Conditional Access in Digital Broadcasting*, op. cit., p. 57 ss.; M. SCHOENTAL, *Major Events and reporting rights*, in European Audiovisual Observatory, *It is all about content (IRIS plus-Legal Observations of the European Audiovisual Observatory)*, op. cit., p. 2 ss.; J. BOTELLA I CORRAL, E. MACHET, *Co-ordination and Co-operation between Regulatory Authorities in the Field of Broadcasting*, in S. NIKOLTCHEV (a cura di), *Audiovisual Media Services without Frontiers (Iris special)*, op. cit., p. 13 ss.; F. BARZANTI, *Il diritto di accesso ai contenuti nel mercato radiotelevisivo digitale e multiplatforma*, op. cit., p. 51 ss.

¹⁵⁷ Per quanto concerne specificamente il settore radiotelevisivo, ai sensi del suddetto *framework* comunitario e della relativa procedura di analisi dei mercati l'AGCom ha adottato la delibera n. 544/07/CONS, «Mercato dei servizi di diffusione radiotelevisiva per la trasmissione di contenuti agli utenti finali (mercato n. 18 fra quelli identificati dalla raccomandazione sui mercati rilevanti della Commissione europea n. 2003/311/CE): identificazione ed analisi del mercato, valutazione di sussistenza di imprese con significativo potere di mercato» (in G.U.R.I. 23 novembre 2007, n. 273), la quale contiene un

provvedimento di analisi del mercato in cui, individuando tre mercati potenzialmente suscettibili di regolamentazione *ex ante* — ossia: a) mercato per i servizi di diffusione radiofonica; b) mercato per i servizi di diffusione televisivi in tecnica analogica terrestre; c) mercato per i servizi di diffusione televisiva in tecnica digitale terrestre — l'Autorità ha valutato che: il mercato per i servizi di diffusione radiofonica risultava caratterizzato da un sufficiente livello di concorrenzialità; il mercato per i servizi di diffusione televisivi in tecnica analogica terrestre appariva invece caratterizzato dalla presenza di due soggetti, RAI e RTI, che risultavano detenere una posizione dominante congiunta; il mercato per i servizi di diffusione televisiva in tecnica digitale terrestre, invece, non appariva, quanto meno al momento, caratterizzato dalla presenza di alcun operatore dotato singolarmente o congiuntamente di un significativo potere di mercato (precisando peraltro come «la concentrazione delle risorse tecniche (frequenze ed impianti) in capo a due soggetti in posizione dominante nel corrispondente mercato analogico, il contesto normativo e il permanere di una forte integrazione verticale, comportano la possibilità di un rischio di trasferimento della posizione dominante nel mercato analogico in quello digitale da parte di RAI e RTI») (delibera cit., All. A, p. 125 s.).

¹⁵⁸ In proposito, oltre a quanto si dirà *infra*, può vedersi: A. STAZI, *Concorrenza, pluralismo, incertezze normative e rapporti tra Autorità indipendenti e controllo giurisdizionale. Spunti di riflessione a seguito dell'annullamento da parte del T.A.R. Lazio di tre delibere sanzionatorie emanate dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni in merito alle posizioni dominanti nel settore radiotelevisivo*, in *Giust. ammin.*, 2006, n. 1, p. 110 ss.

zionale¹⁵⁹ (38), il settore audiovisivo è assoggettato a una disciplina speciale la quale va ad affiancarsi — o meglio per lo più a sovrapporsi — alla disciplina generale *antitrust* di cui alla legge n. 287 del 1990¹⁶⁰: in questo settore, risulta vietata la stessa deten-

¹⁵⁹ Come detto, nel corso degli ultimi decenni la Consulta ha avuto modo di intervenire più volte in materia (v., fra le altre, le sentenze n. 826/1988, 420/1994 e 155/2002), identificando il pluralismo delle idee quale risvolto positivo del diritto all'informazione garantito dall'art. 21 Cost., inteso da un lato quale pluralismo « interno », ovvero relativo al diritto di accesso al mezzo diffusivo, storicamente riferito essenzialmente alla concessionaria del servizio pubblico; dall'altro, quale pluralismo « esterno », come pluralità di mezzi diffusivi, il quale, di conseguenza, comporta la necessità dell'accesso al mercato del maggior numero possibile di soggetti portatori di diversi tendenze ideali, politiche e culturali. Al riguardo, si vedano: A. PACE, M. MANETTI, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero. Art. 21*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorosso (a cura di), Bologna, 2006, in specie pp. 359 ss. e 528 ss.; R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, Cedam, 2004 (5a ed.), p. 387; S. SANTOLI, *La tutela del pluralismo nel settore delle comunicazioni di massa: differenza e sovrapposizione rispetto alla tutela della concorrenza*, in F. FRANCARIO (a cura di), *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti. Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada-Bartoli*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 232 ss., il quale in particolare rileva che: « La possibilità di accedere alla proprietà del mezzo è limitata per ragioni essenzialmente economiche, e ciò influisce sulla natura stessa della libertà d'informazione. ... Dunque nel settore radiotelevisivo non si può dire esista un diritto alla gestione dei servizi di telecomunicazione. Di conseguenza non si tutela — a questo riguardo — la libertà, che ognuno può rivendicare, di manifestare il proprio pensiero: al contrario si vuole garantire che vi sia una sufficiente pluralità di fonti di informazione, in modo tale da permettere l'espressione di correnti di opinione tra loro diverse ». In argomento, cfr. anche: A. PACE, *Autorità e libertà nel settore delle telecomunicazioni e della televisione*, in *DRT*, 1999, n. 3, pp. 16-17; R. LANZILLO, *Commento all'art. 15 della legge n. 223/1990, commi 1-7*, in E. ROPPO, R. ZACCARIA (a cura di),

Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato, Milano, Giuffrè, 1992, p. 304. Con riferimento al ruolo del principio pluralistico sia a livello comunitario che nell'ambito del nostro ordinamento, si vedano: L. CARLASSARE (a cura di), *Il pluralismo radiotelevisivo tra pubblico e privato*, Padova, Cedam, 2007; R. MASTROIANNI, *Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo*, op. cit.; F. DONATI, *Il pluralismo informativo nello scenario della convergenza*, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, op. cit., p. 71 ss.; C. MARSDEN, *Pluralism in the Multi-Channel Market. Suggestions for Regulatory Scrutiny*, in *Internat. J. Commun. Law and Policy*, n. 4, Winter 1999/2000, consultabile sul sito web « http://www.ijclp.org/4_2000/pdf/ijclp_webdoc_5_4_2000.pdf ». Cfr. inoltre: G. FARES, *L'apertura del mercato radiotelevisivo*, Torino, Giappichelli, 2008; A. STAZI, *Le frequenze elettromagnetiche nel settore televisivo*, cit., p. 146 ss., e Id., *La normativa italiana in materia di frequenze per la radiotelevisione sotto la lente del giudizio comunitario (nota a Cons. Stato, Sez. VI, ordinanza 19 luglio 2005, n. 3846)*, cit., p. 601 ss. Per una diversa chiave di lettura, oltre ai rilievi proposti nell'ambito della presente ricerca, si veda: V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà d'espressione. Media, mercato e potere nella società dell'informazione*, op. cit., p. 42 ss., e Id., *Motivi ed obiettivi della disciplina della televisione digitale*, op. cit., p. 26 ss.; M. RANIERI, *La libertà di esercizio dell'impresa di comunicazione di massa*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 121 ss.

¹⁶⁰ Legge 10 ottobre 1990, n. 287, « *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato* », pubblicata in G.U.R.I. 13 ottobre 1990, n. 240. In dottrina, sul tema, nonché riguardo alla vera e propria « *lex specialis antitrust* » dettata in materia, si rinvia in specie a: R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, op. cit., p. 387 ss.; O. GRANDINETTI, *La radiotelevisione*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo - Diritto amministrativo speciale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 2491; F. GRAZIADEI, *Le posizioni dominanti nel sistema radiotelevisivo*, relazione al Seminario di studi « *Diritto della concorrenza e delle information technolo-*

zione di una «posizione dominante»¹⁶¹, e non soltanto il suo abuso, o le intese o le concentrazioni che vi diano luogo¹⁶².

In linea generale, il *framework* regolatorio comunitario del 2002 è stato attuato nel nostro ordinamento dal «*Codice delle comunicazioni elettroniche*», D.Lgs. n. 259/2003, il quale d'altronde all'art. 2, comma 3, ha escluso dal proprio ambito di applicazione «*le norme speciali in materia di reti utilizzate per la diffusione circolare di programmi sonori e televisivi*», disponendo che «(r)imangono ferme e prevalgono sulle disposizioni del Codice»¹⁶³.

Per quanto concerne la disciplina della radiotelevisione, dunque, questa è stata dettata da ultimo, oltre che nella legge n. 66/2001¹⁶⁴, ove si sono indicati i criteri per l'avvio della transizione verso la tecnologia digitale, prima nella legge n. 112/2004, cosiddetta «Gasparri»¹⁶⁵, e quindi nel Testo Unico della radiotelevi-

gies» organizzato dall'Osservatorio di Proprietà Intellettuale, Concorrenza e Comunicazioni, Ceradi - Luiss Guido Carli e dall'Associazione IP Law, Orvieto, 12 luglio 2005, consultabile sul sito web «http://www.luiss.it/it/ricerca/centri_e_osservatori_osservatorio_di_proprieta_intellettuale_concorrenza_e_comunicazioni_opic/documenti»; S. SANTOLI, *La tutela del pluralismo nel settore delle comunicazioni di massa: differenza e sovrapposizione rispetto alla tutela della concorrenza*, op. cit., pp. 232 e 246; R. BORRELLO, *Il canone radiotelevisivo di nuovo dinanzi alla Corte: l'ennesimo capitolo della storia di un tributo controverso*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2049 ss., in specie p. 2080 s.

¹⁶¹ Tale concetto, proprio del diritto antitrust, è utilizzato nella disciplina radiotelevisiva con un significato diverso, riguardo alle posizioni lesive del pluralismo (peraltro con notevoli confusioni normative, come si vedrà subito *infra*).

¹⁶² Divieti imposti negli altri settori dalla disciplina generale a tutela della concorrenza (*in primis* ex legge n. 287/90) a tutela della libertà d'impresa di cui all'art. 41 Cost.; in tema, cfr. in specie: O. GRANDINETTI, *La radiotelevisione*, op. cit., p. 2491. Tale peculiarità deriva dal fatto che, come accennato, la disciplina «speciale» delle «posizioni dominanti» nei media audiovisivi viene fondata non sulla tutela della concorrenza, bensì sulla esigenza, derivante proprio dai principi cui si è fatto riferimento ed in particolare da quello del pluralismo, di evitare la costituzione di monopoli od oligopoli privati nel sistema dell'informazione.

¹⁶³ Una parte della dottrina ha considerato tale previsione — che peraltro oggi è espressamente richiamata all'art. 53 del

Testo unico della radiotelevisione, rubricato: «*Principio di specialità*» — non in linea rispetto al suddetto *framework* comunitario «convergente»; si vedano: O. GRANDINETTI, *Profili radiotelevisivi del Codice delle comunicazioni elettroniche*, in M. CLARICH, G.F. CARTEI (a cura di), *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 513 ss., in specie pp. 515-516; F. GRAZIADEI, *Codice delle comunicazioni elettroniche: un quadro regolamentare «convergente»?», in Temi Romana*, 2003, gennaio-aprile, p. 51 ss. Per approfondimenti specifici riguardo al nuovo *framework* comunitario e al Codice delle comunicazioni elettroniche, si rinvia a: F. BRUNO, G. NAVA, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni. Radiotelevisione, comunicazioni elettroniche*, editoria, Milano, Giuffrè, 2006, in specie p. 44 ss.; M. CLARICH, G.F. CARTEI (a cura di), *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, op. cit.; R. PEREZ (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, Giuffrè, 2004.

¹⁶⁴ Legge 20 marzo 2001, n. 66, «*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 gennaio 2001, n. 5, recante disposizioni urgenti per il differimento di termini in materia di trasmissioni radiotelevisive analogiche e digitali, nonché per il risanamento di impianti radiotelevisivi*», pubblicata in G.U.R.I. 24 marzo 2001, n. 70.

¹⁶⁵ Legge 3 maggio 2004, n. 112, recante «*Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI-Radiotelevisione italiana Spa, nonché delega al Governo per l'emanazione del Testo unico della radiotelevisione*» (c.d. «Gasparri» dal nome del Ministro allora competente), in G.U.R.I. 5 maggio 2004, n. 104.

sione, D.Lgs. n. 177/2005, volto a coordinare entro un quadro sistematico le disposizioni legislative vigenti in materia, con le integrazioni, modificazioni e abrogazioni necessarie¹⁶⁶.

Una prima tipologia di previsioni riconducibili al profilo dell'accesso concerne i criteri previsti per la verifica della sussistenza di « posizioni dominanti » nel settore. Al riguardo, la legge n. 112/04, agli artt. 5, comma 1, lett. a)¹⁶⁷, nonché più specificamente 14 e 15 — norme riprodotte in seguito nel Testo Unico della radiotelevisione, agli artt. 5, comma 1, lett. a), e 43 — ha introdotto un insieme di previsioni in base alle quali l'AGCom, dopo aver individuato il mercato rilevante secondo i principi contemplati nella direttiva « *quadro* »¹⁶⁸, è tenuta a verificare che non si costituiscano, nel cosiddetto « *sistema integrato delle comunicazioni* »¹⁶⁹, nonché nei singoli mercati che lo compongono, « *posizioni dominanti* », ed inoltre che siano rispettati una specifica serie di limiti, ossia in particolare: a) uno stesso fornitore di contenuti non può essere titolare di autorizzazioni che consentano di diffondere più del venti per cento dei programmi televisivi o radiofonici in ambito nazionale su frequenze terrestri; b) nessun soggetto può conseguire ricavi superiori al venti per cento dei ricavi complessivi del suddetto sistema integrato delle comunicazioni; c) le imprese di telecomunicazioni che conseguono ricavi maggiori del quaranta per cento rispetto a quelli complessivi di quel settore non possono conseguire ricavi superiori al dieci per cento del sistema integrato delle comunicazioni; d) sino al 31 dicembre 2010, i soggetti che esercitano l'attività radiotelevisiva non possono acquisire partecipazioni in imprese editrici di giornali quotidiani¹⁷⁰.

Ancora, per quanto riguarda la fase transitoria verso il passaggio al digitale, la legge medesima ha previsto un limite al numero complessivo di programmi trasmissibili da parte di ciascun soggetto pari sempre al venti per cento, da calcolarsi peraltro rispetto

¹⁶⁶ A proposito della *ratio* e dei contenuti del Testo unico, si rinvia a: A. FRIGNANI, E. PODDIGHE, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La televisione digitale: temi e problemi. Commento al D.Lgs. 177/05 T.U. della Radiotelevisione*, op. cit.; O. GRANDINETTI, *Il Testo Unico sulla radiotelevisione*, in *Giorn. dir. ammin.*, 2006, n. 2, p. 121 ss.

¹⁶⁷ Ove è previsto in linea generale che il sistema radiotelevisivo, a garanzia del pluralismo, si conformi al principio della « *tutela della concorrenza nel mercato radiotelevisivo e dei mezzi di comunicazione di massa e nel mercato della pubblicità e tutela del pluralismo dei mezzi di comunicazione radiotelevisiva, vietando a tale fine la costituzione o il mantenimento di posizioni lesive del pluralismo, secondo i cri-*

teri fissati nella presente legge, anche attraverso soggetti controllati o collegati, ed assicurando la massima trasparenza degli assetti societari ».

¹⁶⁸ Direttiva 2002/21/CE, cit., artt. 15 e 16.

¹⁶⁹ O « *SIC* », settore economico che in base alla legge comprende « *stampa quotidiana e periodica; editoria annuaria e elettronica anche per il tramite di Internet; radio e televisione; cinema; pubblicità esterna; iniziative di comunicazione di prodotti e servizi; sponsorizzazioni* » (art. 2, c. 1, lett. g), legge n. 112/04; cfr. anche: artt. 5, c. 1, lett. a), 14 e 15 legge n. 112/2004; artt. 2, c. 1, lett. l), 5, c. 1, lett. a) e 43, T.U. radiotelevisione).

¹⁷⁰ Si veda: legge n. 112/2004, art. 15.

all'insieme dei programmi televisivi autorizzati o irradiati in ambito nazionale su frequenze terrestri, indifferentemente in tecnica analogica o digitale¹⁷¹.

Le disposizioni richiamate, peraltro, hanno sollevato diverse critiche, in particolare a proposito della disciplina relativa alla fase transitoria e, « a regime », di quella sulla verifica delle posizioni dominanti, specie rispetto all'introduzione del SIC¹⁷². In realtà, riguardo a quest'ultimo profilo — senz'altro il più controverso della legge — la critica citata non appare fondata su una interpretazione corretta del testo normativo, in quanto l'inciso « *e nei mercati che lo compongono* » previsto come parametro aggiuntivo rispetto a quello del sistema integrato delle comunicazioni, risulterebbe di per sé, almeno in astratto, uno strumento « *anti-trust* » efficace. All'esito di un simile accertamento, quindi, come del resto già previsto nella legge n. 249/97, è affidato poi all'AGCom il compito di adottare tutti i provvedimenti necessari per eliminare o impedire il formarsi delle « posizioni dominanti » (come sopra individuate), « *o comunque lesive del pluralismo* »¹⁷³.

Peraltro, in concreto, anche l'ultimo parametro cui si è fatto riferimento, oltre a quello sostanzialmente privo di significato normativo del SIC¹⁷⁴, testimonia ancora una volta — ove fosse necessario dopo i decenni di totale vuoto giuridico e gli ultimi anni di cosiddette « leggi-fotografia »¹⁷⁵ — l'assenza di volontà del legislatore rispetto ad una fissazione di parametri specifici a tutela del pluralismo (e non « *antitrust* » come spesso sono impropriamente definiti) nel settore audiovisivo.

¹⁷¹ Cfr.: legge n. 112/2004, art. 25, c. 8.

¹⁷² Si vedano in specie: R. MASTROIANNI, *Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo*, op. cit., e Id., *La disciplina in materia di televisione tra diritto interno e diritto comunitario*, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 92 ss.; O. GRANDINETTI, *La riforma Gasparri del sistema radiotelevisivo*, in *Giorn. dir. ammin.*, 2004, n. 11, p. 1189 ss., e Id., *Il « nodo » televisivo e le « magnifiche sorti e progressive » del digitale terrestre*, in *Giorn. dir. ammin.*, 2004, n. 6, p. 665 ss.

¹⁷³ Sul punto, v. *amplius*: A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., p. 144 s. Riguardo alla ricostruzione proposta, cfr. anche: V. ZENO-ZENCOVICH, *Motivi ed obiettivi della disciplina della televisione digitale*, op. cit., in specie p. 22 ss.; nonché da: F. BRUNO, G. NAVA, *Il nuovo ordinamento delle*

comunicazioni. Radiotelevisione, comunicazioni elettroniche, editoria, op. cit., p. 912 ss.

¹⁷⁴ In quanto tale mercato di riferimento appare in concreto di ampiezza eccessiva affinché, salvo ipotesi eccezionali, sia possibile individuarvi la sussistenza di una posizione di potere di mercato. Al riguardo, basti ricordare che, sulla base di quanto previsto dalla legge n. 112/2004 e dal T.U. radiotelevisione, l'AGCom, con delibera n. 270/09/CONS, ha quantificato il valore complessivo del SIC nel 2007 in 24.437 milioni di euro.

¹⁷⁵ Ci si riferisce in specie alle leggi nn. 223/1990 e 249/1997 (c.d. rispettivamente « Mammì » e « Maccanico, dai nomi dei Ministri allora competenti), riguardo alle quali v. quanto evidenziato in: A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., p. 75 ss.; nonché, fra gli altri: A. GEFFERT, *Medienkonzentrations- und Medienwettbewerbsrecht in Italien*, Berna, Stämpfli Verlag, 2004, p. 89 ss.

Nella fattispecie della disposizione citata, la soluzione basata di fatto su una valutazione del livello di pluralismo nel mercato rilevante — da individuarsi da parte del medesimo soggetto e secondo gli stessi principi di cui al quadro regolatorio per le analisi dei mercati delle comunicazioni elettroniche, senza peraltro alcun parametro normativo in base al quale l'Autorità preposta sia posta in grado d'individuare « a monte » cos'è il pluralismo — appare in effetti, nella migliore delle ipotesi, una « previsione senza norma », che lascia ancora una volta la tutela del pluralismo nel suo « limbo » di principio ultra-normativo¹⁷⁶.

Ulteriori obblighi specifici di accesso, accanto alle disposizioni contenute nel Codice delle comunicazioni elettroniche che hanno attuato quelle sopra citate previste nelle direttive comunitarie¹⁷⁷, sono contemplati ancora nelle leggi n. 66/2001 e n. 112/2004 e nel Testo Unico della radiotelevisione, a livello essenzialmente di principio, e poi declinati nella disciplina — secondaria, si badi¹⁷⁸ —

¹⁷⁶ Per quanto concerne poi la diffusione radiotelevisiva via satellite, ritenendo che il *framework* regolatorio comunitario, con i relativi obblighi di accesso richiamati, sia suscettibile di applicazione altresì rispetto a questa tecnologia, dovrebbe rilevarsi come una complessa articolazione degli obblighi di accesso ai servizi di rete sia contenuta negli impegni assunti dall'operatore satellitare Sky Italia di fronte all'Autorità *antitrust* comunitaria (cfr.: Commissione europea, decisione 2 aprile 2003, *Newscorp/Telepiù*, caso COMP/M.2876, in G.U.U.E. L 110 del 16 aprile 2004, che ha autorizzato la fusione tra i due operatori televisivi satellitari preesistenti Telepiù e Stream), in tale sede, difatti, si sono regolati anche — o meglio soprattutto — gli obblighi di accesso alla piattaforma interessata. Tali obblighi — dovuti alla presenza di un operatore in posizione ampiamente dominante (di « quasi-monopolio ») e che costituiscono, in sostanza, la vera e propria regolamentazione del mercato di riferimento di tale operatore — sembrano peraltro restare fuori dall'ambito di applicazione del *framework* comunitario relativo a reti e servizi di comunicazione elettronica. Indicazioni in tal senso si rinvencono testualmente nelle stesse direttive: si veda, ad esempio, il consid. 45 della direttiva « servizio universale ». Al riguardo, cfr. ancora: F. GRAZIADEI, G. RIZZO, A. STAZI, *Reti e contenuti nella prospettiva della convergenza: scenari ed opzioni aperte dallo sviluppo del digitale*, cit., p. 549; nonché, anche per un quadro più ampio della questione: Osservatorio di Proprietà Intellettuale, Concorrenza e Comunicazioni - Luiss Guido Carli,

Media Digitali e accesso ai contenuti: Profili problematici, rapporto cit., p. 21 ss.; F. DONATI, *L'accesso alle reti e ai contenuti*, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, op. cit., p. 76 s.; A. GIANNACCARI, *Il caso Stream-Telepiù*, in *Mercato conc. reg.*, 2003, n. 3, p. 557 ss.

¹⁷⁷ Cfr. in particolare: D.Lgs. n. 259/2003, artt. 21, 40 ss. e 81 (il quale prevede che: « Eventuali obblighi di trasmissione per specifici canali e servizi radiofonici e televisivi sono disciplinati dalle disposizioni di legge in materia di radiodiffusione sonora e televisiva »).

¹⁷⁸ Riguardo alla vigenza in materia del principio della riserva di legge, oramai consolidata nella giurisprudenza costituzionale (v. fra le altre: Corte Cost., sentenza n. 112/1993), cfr.: G. DE VERGOTTINI, *Il digitale terrestre: aspetti di diritto nazionale e comunitario*, in *DRT*, 2001, n. 2/3, p. 263 ss., p. 280; L. BIANCHI, *Profili della disciplina in materia di televisione digitale (a margine del decreto legge 23 gennaio 2001, n. 5, convertito con modificazioni nella legge 20 marzo 2001, n. 66)*, in *DRT*, 2001, n. 2/3, p. 258; nonché: C. CALABRÒ, « Relazione annuale sull'attività svolta e sui programmi di lavoro - 2006 - Presentazione del Presidente Corrado Calabrò », consultabile sul sito web « <http://www.agcom.it> », p. 19. Per ulteriori riflessioni sul tema, può vedersi: A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., p. 88 s., nota 75, e ID., *Concorrenza, pluralismo, incertezze normati-*

adottata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ossia in particolare nel regolamento sulla radiodiffusione digitale di cui alla delibera n. 435/01/CONS e nelle delibere nn. 253/04/CONS, 136/05/CONS, 264/05/CONS, 163/06/CONS, 266/06/CONS, 109/07/CONS e 181/09/CONS¹⁷⁹.

Tali previsioni hanno, *in primis*, condizionato la libertà negoziale dell'operatore di rete nei confronti dei fornitori di contenuti al rispetto dei criteri di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza (in ottemperanza ai principi dettati a livello legislativo)¹⁸⁰.

Al riguardo, le norme regolamentari hanno specificato poi una serie di criteri sui quali deve basarsi la negoziazione dell'accesso alla capacità trasmissiva, precisando in particolare come gli operatori di rete siano tenuti a consentirlo al maggior numero possibile di soggetti, e là dove i richiedenti siano in numero superiore a quello consentito dalla capacità trasmissiva riservata gli operatori non possano assegnare ad un solo soggetto la capacità stessa, o assegnarla interamente ad offerte prive di contenuto informativo, dovendo rispettare nella scelta dei soggetti i principi del pluralismo informativo, della varietà delle tipologie editoriali e della valorizzazione dell'impegno relativo ai programmi autoprodotti e alla promozione di opere europee¹⁸¹.

Inoltre, l'operatore di rete è obbligato altresì a garantire parità di trattamento ai fornitori di contenuti non riconducibili a società collegate e controllate, rendendo disponibili a questi ultimi, ai fini dei necessari accordi, le stesse informazioni tecniche messe a disposizione dei fornitori riconducibili a società collegate e controllate; nonché a non effettuare discriminazioni, nel concludere gli opportuni accordi tecnici in materia di qualità trasmissiva e condizioni di accesso alla rete, tra i fornitori di contenuti appartenenti a società controllanti, controllate o collegate ed i fornitori indipendenti di contenuti e servizi¹⁸². Sul punto, deve rilevarsi peraltro come il legislatore abbia ben presto « temperato » le previsioni citate precisando, nella legge n. 112/2004, che la capacità trasmissiva deve essere offerta « a condizioni di mercato »¹⁸³.

Nei confronti dei fornitori di contenuti, d'altronde, il legislatore ha dettato un principio generale a garanzia dell'accesso ai conte-

ve e rapporti tra Autorità indipendenti e controllo giurisdizionale, cit., p. 122 ss.

¹⁷⁹ Ad esse, sotto il profilo del titolo abilitativo all'attività di radiodiffusione televisiva, si è affiancato l'intervento del legislatore con la legge n. 101/2008, che ha sostituito il precedente regime della licenza di operatore di rete radiotelevisiva (derogatorio a quello vigente per le comunicazioni elettroniche in genere) con il regime dell'autorizzazione generale (assimilabile alla

dichiarazione d'inizio attività), ai sensi dell'art. 25 del Codice delle comunicazioni elettroniche.

¹⁸⁰ Si veda in specie: legge n. 66/2001, art. 2-bis, comma 7, lett. c).

¹⁸¹ Cfr.: delibera n. 435/01/CONS, All. A, artt. 34, c. 4, e 24, c. 5.

¹⁸² Si veda: delibera n. 435/01/CONS, All. A, art. 27.

¹⁸³ Cfr.: legge n. 112/2004, art. 5, comma 1, lett. e), n. 2).

nuti nel contesto della nascente competizione fra piattaforme, in base al quale « *in caso di cessione dei diritti di sfruttamento degli stessi, (i fornitori di contenuti) sono tenuti a farlo senza pratiche discriminatorie tra le diverse piattaforme distributive, alle condizioni di mercato, fermi restando il rispetto dei diritti di esclusiva, le norme in tema di diritto d'autore e la libera negoziazione tra le parti* »¹⁸⁴. Un simile principio generale, onde poter dispiegare effetti realmente incisivi sul mercato, necessiterebbe eventualmente di essere specificato attraverso un apposito intervento regolamentare¹⁸⁵.

Ancora con riferimento agli operatori di rete, poi, le delibere dell'AGCom sopra citate hanno introdotto altresì l'obbligo per gli stessi, ove dispongano di due o più reti digitali, di offrire il quaranta per cento della propria capacità trasmissiva a fornitori di contenuto indipendenti: ciò, secondo i principi indicati a livello legislativo¹⁸⁶, a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie¹⁸⁷; precisando peraltro che, ove la capacità da destinare a terzi risultasse integralmente occupata alla data di entrata in vigore del provvedimento, l'obbligo doveva essere assolto alla prima scadenza contrattuale utile¹⁸⁸.

Da ultimo, a seguito del perdurante inadempimento della previsione, attraverso un insieme di delibere adottate negli ultimi anni l'AGCom ha proceduto a declinare il più possibile i principi a tutela del pluralismo enunciati nelle disposizioni legislative, mediante la definizione di procedure e modalità per l'accesso alla ca-

¹⁸⁴ Legge n. 112/2004, art. 5, comma 1, lett. f).

¹⁸⁵ Cfr., in tal senso: A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., p. 344 s., nota 143; L. DI FELICANTONIO, *Competizione tra piattaforme nel mercato televisivo digitale*, in *Mercato conc. reg.*, 2005, n. 3, p. 551 ss., in specie p. 560; F. GRAZIADEI, G. RIZZO, A. STAZI, *Reti e contenuti nella prospettiva della convergenza: scenari ed opzioni aperte dallo sviluppo del digitale*, cit., p. 551 s.; nonché da ultimo: F. BAZZANTI, *Il diritto di accesso ai contenuti nel mercato radiotelevisivo digitale e multi-piattaforma*, op. cit., p. 51 ss. Per maggiori approfondimenti sul tema dell'accesso ai contenuti, si vedano altresì: G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, op. cit., p. 208 ss.; A. MUSSO, *Diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche (Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, a cura di Francesco Galgano. Art. 2575-2583)*, Bologna, Zanichelli, 2008, pp. 157 ss. e 438 ss.; R.H. WEBER, S. OSTERWALDER, *Zugang*

zu Premium Content, op. cit.; V. ZENOVENCOVICH, *I rapporti fra gestori di reti e fornitori di contenuti nel contesto europeo*, op. cit., p. 445 ss.; D. GERADIN, *Access to content by new media platforms: a review of the competition law problems*, op. cit., p. 68 ss.

¹⁸⁶ Si veda: legge n. 66/01, art. 2-bis, comma 1.

¹⁸⁷ Per approfondimenti su questi temi, può vedersi ancora: A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., p. 92 ss. e 123 ss.

¹⁸⁸ Si vedano: delibera n. 253/04/CONS, art. 6, comma 4, delibera n. 136/05/CONS, art. 2, c. 2. Si è già evidenziato come in virtù della situazione di saturazione che caratterizza nel nostro Paese lo spettro frequenziale tale previsione comportasse la possibile conseguenza, in concreto, di posticipare ulteriormente di diversi anni l'effettiva attuazione della previsione (cfr.: A. STAZI, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., p. 148, nota 234).

pacità trasmissiva degli operatori di rete da parte dei fornitori di contenuti indipendenti.

In particolare, con la delibera n. 109/07/CONS l'Autorità ha previsto una procedura competitiva — le cui graduatorie sono state approvate con delibera n. 449/08/CONS — per l'assegnazione del quaranta per cento della capacità trasmissiva dei *multi-plex* digitali degli operatori Rai, Mediaset e Telecom Italia Media ai fornitori di contenuti indipendenti, alle emittenti nazionali per il completamento della copertura delle proprie reti, e alle emittenti locali prive di impianti in digitale.

Inoltre, anche alla luce degli esiti della Conferenza di Ginevra del 2006 sulla suddivisione delle risorse frequenziali tra i vari Stati europei, l'AGCom ed il Ministero dello sviluppo economico-comunicazioni hanno raggiunto un'intesa con gli operatori del settore sulla configurazione e sul numero delle reti digitali terrestri da realizzare da parte delle televisioni nazionali e locali in vista dello *switch-off* della televisione analogica, dapprima nelle regioni « pilota » Sardegna e Valle d'Aosta ed in seguito nel resto del territorio nazionale¹⁸⁹.

Quindi, con delibera n. 181/09/CONS, l'AGCom ha indicato i criteri che saranno applicati nel nostro Paese per il definitivo spegnimento delle reti televisive analogiche e la conversione delle reti digitali esistenti (pianificati progressivamente nelle singole regioni con termine ultimo posto nel 2012), a seguito della razionalizzazione dell'attuale assetto frequenziale.

In particolare, la delibera stabilisce che vi saranno ventuno reti nazionali in tecnica digitale terrestre, che risulteranno così suddivise: *a)* otto reti destinate alla conversione delle attuali reti analogiche, con capacità trasmissiva sufficiente per la trasmissione dei programmi a definizione standard e ad alta definizione; *b)* otto reti dedicate alla conversione in tecnica singola frequenza delle attuali reti digitali esistenti (che finora utilizzavano il sistema meno efficiente della multifrequenza); *c)* un dividendo nazionale di cinque reti, disponibile all'esito della conversione dell'attuale sistema televisivo nazionale.

Il dividendo digitale sarà assegnato mediante gara, con criteri basati sulla massima apertura alla concorrenza, alla valorizzazione di nuovi programmi, e alla partecipazione di tutti i soggetti operanti nello spazio economico europeo.

Sono previste, poi, una serie di misure asimmetriche volte ad aumentare il livello di concorrenza del sistema televisivo nazionale. I cinque lotti messi a gara (corrispondenti a cinque reti tele-

¹⁸⁹ Si vedano in specie le delibere AGCom n. 603/07/CONS e 53/08/CONS per la Sardegna e n. 506/08/CONS per la Valle

d'Aosta, e la delibera n. 200/08/CONS sui criteri di assegnazione delle frequenze a livello regionale.

visive nazionali) saranno suddivisi in due parti: 1) tre lotti riservati ai nuovi entranti, per i quali non potranno presentare offerte gli operatori che hanno la disponibilità di due o più reti televisive nazionali in tecnica analogica; 2) due lotti aperti a qualsiasi offerente.

Le eventuali offerte saranno soggette a un tetto massimo (*cap*), fissato in modo da impedire che, in esito alla gara, un operatore possa ottenere più di cinque *multiplex* nazionali¹⁹⁰.

Infine, nell'ottica di agevolare la realizzazione delle reti digitali terrestri da parte degli operatori nuovi entranti e di rendere effettivo in tempi ragionevoli lo sviluppo di tali reti, si pone in capo agli operatori esistenti che già dispongono di reti di estesa copertura sul territorio nazionale l'obbligo di offerta di servizi di trasmissione a prezzi orientati ai costi, per un periodo di cinque anni dalla stipula dei relativi accordi¹⁹¹.

Questi ultimi interventi da parte dell'AGCom risultano in effetti il primo tentativo concreto, nel nostro ordinamento, di delineare criteri di accesso al mercato radiotelevisivo che tutelino il più possibile il pluralismo.

D'altronde questi criteri, da un lato, sono dettati attraverso una normativa di fonte secondaria, dall'altro, sono stati comunque oggetto di critiche in quanto potrebbero non risultare sufficienti ad impedire una replica delle attuali condizioni di potere di mercato concentrato nella disponibilità dei *broadcaster* « già » analogici, che restano di fatto *gatekeeper* anche rispetto alle reti digitali terrestri.

Ad ogni modo, appare innegabile che — grazie alle opportunità d'incremento delle risorse trasmissive offerte dalla tecnica digitale terrestre (unita alle altre già esistenti nell'odierno mercato integrato dell'audiovisivo: satellite, cavo, mobile, *etc.*) — il nuovo scenario tecnologico-regolamentare condurrà « quasi inevitabilmente » ad una situazione di maggiore pluralismo dei *media*.

5. CONCLUSIONE. L'INESISTENZA NELLO *IUS POSITUM* DI UN DIRITTO DI « ACCESSO PLURALISTICO » AI *MEDIA*.

In conclusione, sulla base di quanto fin qui evidenziato, l'« accesso pluralistico » ai *media* risulta un principio di riferimento

¹⁹⁰ Qualora in esito alla gara uno degli operatori che attualmente gestisce tre reti nazionali analogiche risulti aggiudicatario di un *multiplex*, o l'operatore che attualmente ha la disponibilità di due reti nazionali analogiche sia vincitore di due *multiplex*, questi sarà obbligato a cedere il quaranta per cento della capacità trasmissiva di un *multiplex* a terzi fornitori di contenuti indipendenti, per un periodo di cinque

anni dopo la data dello *switch-off* nazionale.

¹⁹¹ I criteri suddetti sono in via d'implementazione attraverso un insieme di provvedimenti di attuazione, incentrati su una procedura competitiva per l'assegnazione delle frequenze indetta dal Ministero dello sviluppo economico-comunicazioni sulla base di regole stabilite dall'AGCom.

espresso in diverse normative, su ambedue le sponde dell'Atlantico¹⁹². Tra queste, a prescindere dalla confusione sul punto spesso presente in dottrina¹⁹³, rientrano tutte quelle disposizioni volte a tutelare appunto il pluralismo nelle fonti d'informazione, anche ove ciò avvenga mediante la fissazione di limiti percentuali di controllo o di espansione delle imprese sul mercato, ovvero di vincoli rispetto alla *cross-media ownership*.

Peraltro, sebbene in linea di principio il pluralismo sia da più parti indicato come valore costituzionale¹⁹⁴, le norme che vanno ad attuarlo nella pratica debbono poi confrontarsi con altri valori costituzionali altrettanto rilevanti, quali in specie quello della libertà di espressione — che ha ad esempio spinto i *Länder* tedeschi dall'emanazione di regole stringenti sul punto — nonché della libertà d'iniziativa economica privata¹⁹⁵.

Ad ogni modo, le misure anti-concentrazione a tutela del pluralismo a livello europeo sono assai diffuse¹⁹⁶. Esse sono volte, fra l'altro, a limitare la partecipazione in aziende radiotelevisive, a prevenire l'accumulo di autorizzazioni o licenze sia in ciascun settore dei *media* audiovisivi — radio, televisione analogica, televisione digitale terrestre, cavo, satellite, *etc.* — e sia fra i diversi settori stessi, nonché a controllare il fenomeno crescente della *cross-media ownership*.

Tradizionalmente, si è affermato che vi sarebbe un diritto costituzionale di accesso all'uso dei mezzi radiofonici e televisivi sulla base della libertà di espressione: l'argomento in tal senso è quello secondo cui, poiché questi *media* sono disciplinati sulla base di principi costituzionali per servire gli interessi degli utenti, così come dei *broadcaster*, è ragionevole assicurare che le opinioni minoritarie beneficino di opportunità d'accesso agli stessi.

Secondo una visione palesemente criticabile, questa ricostruzione sarebbe valida altresì nei confronti degli utenti, i quali avrebbero un « diritto di ascoltare » (*right to hear*), o di essere informati, su determinate tematiche « controverse » o « d'interesse pubblico », che giustificerebbe interventi dei poteri pubblici rispetto ai comportamenti delle emittenti private¹⁹⁷.

¹⁹² A differenza di quanto avviene per la stampa, tradizionalmente libera da questi vincoli in quanto maggiormente ancorata al diritto costituzionale alla libertà d'informazione.

¹⁹³ Ad esempio in: E. BARENDT, *Access to the Media in Western Europe*, op. cit., p. 116 ss., dove le regole a tutela del pluralismo vengono classificate come « diritto della concorrenza e delle concentrazioni ».

¹⁹⁴ Si pensi, ad esempio, alle decisioni del Conseil Constitutionnel francese

nn. 84/181 dell'11 ottobre 1984 e 86/210 del 29 luglio 1986 (in Rec. 110), o della nostra Corte Costituzionale nn. 153/1987, 826/1988 e 420/1994.

¹⁹⁵ Riguardo alla quale si rinvia, *amplius*, *infra*.

¹⁹⁶ Misure simili si riscontrano, ad esempio, in Germania, nel Regno Unito, in Francia e in Italia.

¹⁹⁷ Si veda: Corte Suprema U.S.A., decisione *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969).

Già nella dottrina statunitense¹⁹⁸, peraltro, mentre il correlato « diritto di essere ascoltati » (*right to be heard*) dei produttori di programmi e messaggi è stato ritenuto un sinonimo del diritto di accesso, nella sua interpretazione preferibile si è posta da subito in rilievo l'erroneità dell'individuazione del « diritto di ascoltare » appunto come diritto pieno.

Poiché sia quest'ultimo sia il « diritto di essere ascoltati » rientrano nella libertà di espressione, l'intervento istituzionale che implichi l'esercizio dell'uno rischierebbe seriamente di pregiudicare l'esercizio dell'altro, andando contro l'essenza stessa della libertà di espressione, che risiede appunto nell'assenza di controlli pubblici sul suo esercizio.

Potrebbe dirsi, dunque, che risulta necessario procedere ad una sorta di « selezione per valore » — peraltro anche in considerazione degli altri valori costituzionalmente tutelati, quale in specie la libertà d'iniziativa economica privata — ritenendo incluso nella libertà di espressione il diritto di « essere ascoltati » e solo indirettamente, come riflesso dell'esercizio di questo, quello di « ascoltare ».

Ma un simile argomento è stato espressamente respinto, negli Stati Uniti, dalla Corte Suprema¹⁹⁹, essenzialmente sulla base della motivazione per cui i *media* radiotelevisivi sono titolati ad esercitare la medesima « libertà editoriale » degli editori di carta stampata, nella loro programmazione delle trasmissioni²⁰⁰.

Su entrambi i lati dell'Atlantico, le corti hanno ritenuto che i pubblici poteri abbiano il dovere di consentire al pubblico la conoscenza di una pluralità di punti di vista, ma hanno rigettato l'ipotesi che sussista un diritto privato di accesso ai *media*²⁰¹.

Anche la sentenza della nostra Corte Costituzionale del 1974²⁰², in cui si è richiesto al Parlamento di emanare norme per consentire opportunità di accesso a gruppi politici, religiosi e sociali rappresentativi di correnti di pensiero rilevanti, peraltro sovrappo-
nendolo al diritto di replica parimenti richiesto nella decisione stessa, alla luce delle sentenze sia precedenti che successive della Corte non risulta affatto indicare che questa volesse affermare alcun diritto costituzionale azionabile individualmente²⁰³.

¹⁹⁸ In tal senso, v. in specie: B.M. OWEN, *Economics and Freedom of Expression. Media Structure and the First Amendment*, op. cit., p. 25.

¹⁹⁹ Si veda, in particolare: *CBS v. Democratic National Comm.*, 412 US 94 (1973).

²⁰⁰ Per un approfondimento sull'analogia esclusione della teoria del « *public forum* », v. anche: C.R. SUNSTEIN, *Republic.com*, Bologna, Il Mulino, 2003 (Princeton,

New Jersey, U.S.A., Princeton University Press, 2001), p. 42 ss.

²⁰¹ Cfr.: B.M. OWEN, *Economics and Freedom of Expression. Media Structure and the First Amendment*, op. cit., p. 20.

²⁰² Sentenza n. 225/1974.

²⁰³ Si veda: A. PACE, M. MANETTI, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero. Art. 21*, op. cit., in specie pp. 359 ss. e 738 ss.; nonché quanto si dirà *infra*.

Tali considerazioni, qualora ve ne fosse bisogno, acquistano evidenza ancora maggiore al giorno d'oggi, alla luce delle innovazioni tecnologiche che consentono agli utenti, con modalità e prezzi differenziati, di accedere ai programmi e alle informazioni attraverso una molteplicità di piattaforme, che spesso trasmettono contenuti analoghi, sia pure ciascuna con le proprie peculiarità.

Per quanto concerne, d'altronde, ipotesi particolari di accesso sulla base di normative specifiche, come accennato, queste riguardano essenzialmente l'accesso garantito a determinati gruppi sociali, territoriali, religiosi, culturali, ai partiti politici, comitati referendari, sindacati, *etc.* (oltre che il diritto di replica).

Fra queste tipologie di accesso, che in Italia traggono origine dalla sentenza della Corte costituzionale n. 59 del 1960, ove si sono ritenute correttivi costituzionalmente necessari al monopolio pubblico radiotelevisivo, le uniche che restano vitali oggi sono quelle relative alla comunicazione politica, disciplinate dalla legge n. 28/2000 (in quanto per le altre ipotesi l'applicazione delle norme che individuano i gruppi abilitati a richiedere accesso è affidata ad organi parlamentari — in particolare alla Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi — senza che la legge indichi i rimedi relativi).

La peculiarità di questo tipo di accesso appare risiedere nel fatto che esso non è richiesto dagli interessati né gestito dagli stessi, ma scaturisce dall'invito a partecipare ai programmi predisposti dalla concessionaria pubblica. In generale, comunque, i cosiddetti « programmi dell'accesso », sia trasmessi di diritto che su concessione dell'emittente, si sono dimostrati raramente di successo. La ragione potrebbe risiedere nel fatto che sono spesso realizzati con limitate capacità professionali, o che sono programmati in orari di ascolto minore.

Ad ogni modo, le tipologie di accesso da ultimo richiamate, in considerazione delle loro accennate peculiarità, non rappresentano un tema rilevante ai fini della presente ricerca²⁰⁴.

Una recente opera di autorevole dottrina²⁰⁵, d'altro canto, ha ribadito come dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale risulti evidente sin dall'inizio²⁰⁶, a fronte della garanzia della libertà di manifestazione del pensiero ed altresì del libero uso dei mezzi di divulgazione dello stesso ai sensi dell'art. 21 della Costituzione, la inesistenza di una libertà di utilizzare a piacimento qualsiasi

²⁰⁴ Sul tema, pertanto, in questa sede ci si limita a rinviare alle considerazioni e ai riferimenti contenuti in: A. PACE, M. MANETTI, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero. Art. 21*, op. cit., p. 738 ss.

²⁰⁵ A. PACE, M. MANETTI, *Rapporti ci-*

vili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero. Art. 21, op. cit., in specie pp. 359 ss. e 738 ss.

²⁰⁶ Già nella sentenza n. 1 del 1956; cfr. anche, fra le altre, le sentenze nn. 38/1961, 139/1977 e 194/1987.

mezzo di divulgazione, in quanto «l'essenza di questa libertà non è che il singolo abbia possibilità di uso dei mezzi di diffusione del pensiero, ma che egli possa liberamente manifestare ciò che pensa, con i mezzi a propria disposizione»²⁰⁷.

Pertanto, benché l'art. 21 Cost. affermi che tutti hanno il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, con lo scritto e «con ogni altro mezzo di diffusione», secondo l'interpretazione pressoché unanimemente condivisa in dottrina nessuno, per disposto costituzionale, ha diritto al libero uso dei mezzi di diffusione²⁰⁸.

Il disposto costituzionale significa quindi, come ribadito a più riprese dalla Corte²⁰⁹, che al singolo è garantito il diritto di libera manifestazione del pensiero con i mezzi di cui egli abbia la disponibilità giuridica. Viceversa, non esiste alcun diritto di libera utilizzazione dei mezzi di diffusione considerato in sé e per sé, ed i presupposti oggettivi e soggettivi per l'uso dei mezzi stessi trovano la loro disciplina nelle specifiche disposizioni che le riguardano: dunque, l'art. 21 Cost. proclama la libertà di manifestazione del pensiero quanto al suo contenuto, e non con riferimento ai «mezzi» o ai «presupposti» oggettivi o soggettivi di esso.

Questa impostazione non esclude peraltro, aggiunge l'autorevole dottrina richiamata, che «il legislatore ordinario — a cui com-

²⁰⁷ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 27, nota 38 (richiamato in A. PACE, M. MANETTI, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*. Art. 21, op. cit., p. 359). Cfr. anche, per uno svolgimento della riflessione: V. CRISAFULLI, *Problematica della libertà d'informazione, in Il politico*, 1964, p. 297 (citato *ibidem*), il quale affermava: «Vero è... che la libertà di espressione si confonde in pratica con quella dell'uso dei mezzi cui è necessariamente legata (Terrou et Solal): così che il problema, messo a fuoco in termini molto precisi nella recente dottrina italiana (Esposito, Temolo, Pierandrei, Cuomo, Fois, Tesauro P.), diventa quello dei rapporti tra garanzia della libertà di espressione (libertà del contenuto delle manifestazioni, e garanzia del mezzo, e più esattamente del libero uso dei mezzi di diffusione. Naturalmente, si tratta di problema da risolvere alla stregua di quel che dispongono i diversi ordinamenti positivi: nei quali, di solito, si rinviene una specifica garanzia della stampa (quando addirittura... la stessa libertà di espressione non risulti implicitamente riconosciuta attraverso la garanzia della libertà di stampa). Ma, in linea di massima, è lecito affermare

che, anche nel silenzio dei testi costituzionali, la garanzia della libertà di espressione deve comprendere quella del libero uso dei mezzi, non già nel senso di escluderne una disciplina differenziata, e meno che mai di imporne l'appartenenza e la gestione privata, quanto nel senso che debba esserne assicurata la libera utilizzazione in condizioni di eguaglianza». Nel medesimo senso cfr. anche, fra i molti: R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, op. cit., p. 71 ss.

²⁰⁸ Cfr. ancora, *ex multis*: A. PACE, M. MANETTI, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*. Art. 21, op. cit., p. 360. *Contra*, peraltro in un diverso scenario regolamentare e del settore: S. FOIS, *Libertà di diffusione del pensiero e monopolio radiotelevisivo*, in *Giur. cost.*, 1960, p. 1168 ss., secondo il quale qualunque soggetto privato dovrebbe «essere ammesso all'utilizzazione degli impianti radiotelevisivi anche in mancanza di regolamentazione del mezzo suddetto», ritenendo le trasmissioni radiotelevisive assimilabili ai luoghi pubblici sotto il profilo della libertà di riunione.

²⁰⁹ Si vedano in specie: Corte Cost., sentenze nn. 59/1960, 38 e 46/1961, 48/1964, 105/1972, 225/1974, 202/1976, 94/1977, 148/1981, 826/1988 e 102/1990.

pete, almeno in via di principio (stante la riserva relativa di legge prevista negli artt. 41, comma 2°, e 42, comma 2°, Cost.), di disciplinare i presupposti oggettivi e i mezzi per l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero — debba preoccuparsi del pregiudizio che subirebbe, nel suo contenuto, la stessa libertà di manifestare il pensiero, qualora la disciplina dei presupposti oggettivi e dei mezzi ingiustificatamente ridondasse in violazione dello stesso contenuto del diritto di libera manifestazione»²¹⁰.

In tal senso, ponendo l'accento sul principio pluralistico sotteso al 1° comma dell'art. 21²¹¹, si ribadisce la tesi secondo cui la norma medesima pone un « vincolo finalistico » alla disciplina legislativa dei mezzi di diffusione, in base al quale tale disciplina dovrebbe, a pena d'illegittimità, essere volta « essenzialmente » a rendere possibile l'utilizzo dei mezzi di diffusione da parte del maggior numero possibile di soggetti, a beneficio dell'interesse generale all'informazione²¹².

Peraltro questa ricostruzione, in linea di principio condivisibile, si scontra sul piano concreto con una realtà normativa la quale, come si è rilevato, contempla un insieme assai limitato di disposizioni sul tema, consistenti in mere petizioni di principio o in previsioni di natura secondaria, per lo più carenti di piena ed effettiva cogenza. Ciò, come detto, essenzialmente in virtù del notevole impatto di misure simili a livello politico e democratico, al quale contribuisce altresì, evidentemente, la loro incidenza su altri diritti costituzionalmente garantiti quale in specie quello d'iniziativa economica privata.

In conclusione, con riferimento all'accesso al mezzo audiovisivo, anzitutto si è visto che — a parte le previsioni relative all'impegno degli Stati membri a garantire l'accesso del pubblico a brevi estratti dell'attualità ed alla possibilità che tale garanzia sia prevista altresì per i maggiori eventi, norme il cui scopo peraltro non è quello di promuovere direttamente a livello comunitario una fornitura essenziale di contenuti informativi bensì quello di predisporre un quadro armonizzato in cui ogni S.M. possa attivarsi per realizzare i fini politico-sociali rilevanti in materia²¹³ — il diritto comunitario non contempla alcuna disposizione settoriale effettivamente vincolante che sia volta ad assicurare l'accesso alla

²¹⁰ Così: A. PACE, M. MANETTI, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero. Art. 21*, op. cit., p. 364 s.

²¹¹ Cfr. ancora: Corte Cost., sentenze nn. 153/1987, 826/1988 e 420/1994.

²¹² In tal senso, v. ancora: A. PACE, M. MANETTI, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero. Art. 21*, op. cit., p. 365, ove si richiamano: V. CRISA-

FULLI, *Problematica della libertà d'informazione*, op. cit., p. 297; L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà d'informazione*, in AA.VV., *Libertà di pensiero e mezzi di diffusione*, Padova, Cedam, 1992, p. 17.

²¹³ Cfr.: M. HOLOUBEK, D. DAMJANOVIC, M. TRAIMER, *Regulating Content - European Regulatory Framework for the Media and Related Creative Sectors*, op. cit., p. 112.

programmazione audiovisiva; questa situazione è stata ampiamente criticata in dottrina, in quanto suscettibile di mettere in pericolo il pluralismo e la libertà d'informazione²¹⁴.

In particolare, con riferimento all'«accesso pluralistico» cui si è fatto riferimento nell'ambito della presente ricerca, per quanto oramai come detto il principio del pluralismo possa essere sempre più considerato un principio fondamentale dell'ordinamento comunitario e le iniziative delle istituzioni dell'Unione europea al riguardo tendano ad essere sempre più frequenti e puntuali, a livello di normativa primaria, sia comunitaria che nazionale, esso è ben lontano dall'aver ricevuto una effettiva e cogente attuazione, per tutte le ragioni essenzialmente politiche e di bilanciamento di valori richiamate in precedenza.

In questo senso, basti ricordare soltanto come la direttiva «quadro» nell'affrontare la questione, in virtù appunto della tradizionale limitata ingerenza dell'ordinamento comunitario nelle politiche nazionali in materia, abbia adottato un approccio palesemente «cauto» prevedendo soltanto, con riguardo al ruolo delle ANR sul tema, che: «*Le autorità nazionali di regolamentazione possono contribuire nell'ambito delle loro competenze a garantire l'attuazione delle politiche volte a promuovere la diversità culturale e linguistica e il pluralismo dei mezzi di comunicazione*»²¹⁵. Peraltro, poi, il legislatore italiano, restando comunque fermo al piano delle petizioni di principio, nel Codice delle comunicazioni elettroniche ha previsto che: «*Il Ministero e l'Autorità contribuiscono nell'ambito delle loro competenze a promuovere la diversità culturale e linguistica e il pluralismo dei mezzi di comunicazione*»²¹⁶.

Si è visto, così, che l'accesso quale espressione della libertà di manifestazione del pensiero tutelata dall'art. 21 della nostra Carta Costituzionale, che si è definito «accesso pluralistico», non risulta avere nel nostro ordinamento una rilevanza specifica quale diritto soggettivo pieno ed effettivamente cogente.

Ciò, in quanto, a livello europeo gli interventi sul tema sono stati finora posti in essere — a causa del tradizionale stretto vincolo fra la disciplina della radiotelevisione e la politica (dei singoli Stati membri) — essenzialmente attraverso misure di «soft law» relative a strumenti di finanziamento o clausole di esenzione dalla regolazione del mercato, le quali essenzialmente si limitano a prevedere la possibilità per gli S.M. di attivarsi al fine di realizzare ta-

²¹⁴ Si vedano, in tal senso: M. HOLOUBEK, D. DAMJANOVIC, M. TRAIMER, *Regulating Content - European Regulatory Framework for the Media and Related Creative Sectors*, op. cit., p. 109; N. HELBERGER, *Controlling Access to Content - Regulating Conditional Access in Digital Broadcasting*, op. cit., p. 70; B. HOLZNAGEL, *Der Zugang zu*

Premium-Inhalten: Grenzen einer Exklusivvermarktung nach Europäischen Recht, in Kommunik. & Recht, 2005, p. 385 ss.

²¹⁵ Direttiva «quadro», art. 8, c. 1. Riguardo alla vigenza in materia del principio della riserva di legge, v. *supra*, alla nota 178.

²¹⁶ D.Lgs. n. 259/2003, art. 13, c. 3.

luni fini politico-sociali o culturali, indicati peraltro in modo generale e la cui selezione, integrazione e declinazione sono lasciate di fatto alla pressoché totale discrezionalità degli Stati.

Sul piano nazionale, poi, tali fini sono in genere perseguiti attraverso mere petizioni di principio, dato appunto il notevole impatto a livello politico e democratico di simili misure, al quale contribuisce fra l'altro l'incidenza delle stesse su altre libertà costituzionalmente garantite, in specie quella d'iniziativa economica privata.

Dunque, allo stato attuale nel nostro ordinamento — pur con l'«ottimismo della ragione» che ispira come detto il nuovo scenario tecnologico-regolamentare del digitale terrestre — l'«accesso pluralistico» può essere ritenuto, piuttosto che un diritto soggettivo pieno ed effettivamente cogente, un «principio generale ultra-normativo».