
VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

IL SISTEMA INTEGRATO DELLE TELECOMUNICAZIONI: SPUNTI SISTEMATICI E CRITICI SULLA LEGGE 31 LUGLIO 1997, N. 249

SOMMARIO: 1. Il sistema dell'informazione e quello delle telecomunicazioni: l'evoluzione storica. — 2. (segue) Il contenuto quale essenza delle radiodiffusioni. — 3. Le problematiche poste dall'avvento dei sistemi multimediali. — 4. La legge n. 249/1997 sul sistema integrato di telecomunicazioni e radiotelevisioni.

1. IL SISTEMA DELL'INFORMAZIONE E QUELLO DELLE TELECOMUNICAZIONI: L'EVOLUZIONE STORICA.

Le comuni radici tecnologiche di telecomunicazioni e radiotelevisione non hanno determinato una comune disciplina giuridica.

Ciò pare dovuto, essenzialmente, a due fattori. Il primo è di natura storica: i telegrafi cominciano a diffondersi verso la metà dell'800; le trasmissioni radiofoniche iniziano circa 70 anni più tardi. Le telecomunicazioni avevano dunque assunto una precisa fisionomia normativa che si era estesa dal telegrafo alla telefonia.

Il secondo è che si è guardato, nella disciplina, alle funzioni svolte, più che al sostrato tecnologico: le telecomunicazioni sono state viste dunque come un mezzo di comunicazione fra (essenzialmente) due soggetti; le radiodiffusioni come un mezzo, appunto, di diffusione da un soggetto attivo, il trasmittente, ad una pluralità di soggetti passivi, riceventi.

Nelle telecomunicazioni il principale oggetto di disciplina è stata dunque la rete, nelle radiodiffusioni il messaggio. Ciò, con riguardo a queste ultime, è avvenuto in maniera indiretta, assicurando che il soggetto trasmittente dipendesse dall'autorità governativa (l'eccezione significativa, ma pur sempre eccezione, è rap-

* Relazione svolta al convegno « Il sistema dell'informazione nel quadro della liberalizzazione delle telecomunicazioni » organizzato dal Dipartimento di diritto pub-

blico dell'Università di Firenze il 20 e 21 giugno 1997. Il testo è stato aggiornato a seguito dell'approvazione della L. 249/1997.

presentata dagli Stati Uniti), e controllando il commercio e la detenzione degli apparecchi riceventi.

Queste differenziazioni iniziali hanno portato ad una progressiva divaricazione dei due settori, che occorre esaminare, per poi verificare in che misura essa sia riducibile.

Le telecomunicazioni nascono perché i privati possano comunicare fra di loro. Esse si sviluppano con l'avvento del « traffico » privato. Sono delle imprese inizialmente private che vengono successivamente prese in mano dallo Stato, rendendosi profittevoli. Una storia dell'economia pubblica non può non considerare, in parallelo, le vicende del trasporto ferroviario, della distribuzione dell'energia elettrica e della telefonia. Non sfugge che i tre settori sono accomunati da una rete — dotata di fisicità —, dalla natura fortemente innovativa delle tecnologie sottostanti, dai forti investimenti richiesti che diventano remunerativi solo dopo un tempo assai lungo. Ciò influisce rapidamente sugli scenari economici, riducendo fortemente la concorrenza negli stessi ambiti territoriali (per la diseconomicità della duplicazione delle ingenti spese fisse e iniziali rappresentate dalla costituzione della rete) ed inducendo i soggetti ad assicurarsi una esclusiva di lunga durata. La giustificazione ideologica, pur in anni di dominante liberismo, viene agevolmente trovata nel mito del « progresso » e nel suo naturale corollario del « servizio pubblico ».

Le economie di scala portano quindi, quasi inevitabilmente, alla selezione di un unico soggetto, inizialmente privato, ma progressivamente sempre più pubblico, concessionario dell'attività. Ma mentre l'energia elettrica non necessariamente deve « circolare » e può benissimo essere prodotta e consumata vicino al luogo di produzione, e la marcata fisicità dei veicoli ferroviari consente — risolte le questioni di uniformazione degli scartamenti — di distinguere (e dunque ripartire) i costi gravanti su ciascun segmento della rete, la immaterialità degli impulsi elettromagnetici che percorrono la rete telefonica e la tendenza degli utenti a far « viaggiare » il più possibile i propri messaggi, porta inevitabilmente a unificare la rete, abbattendo così taluni costi che la frammentazione invece impone (si pensi, alle origini, al ruolo dell'operatore cui era affidata, manualmente, la connessione).

Le telecomunicazioni nascono dunque nell'economia e si sviluppano secondo un disegno economico che è dominante rispetto ad altri fattori, anche perché esse svolgono un ruolo strumentale assai importante per l'attività economica.

Si spiega in tal modo il modesto interesse destato dal *contenuto* delle telecomunicazioni, al quale si estendono, in larga misura, previsioni già dettate per la corrispondenza epistolare. Ciò peraltro è dettato dalla realistica constatazione dell'impossibilità di verificare migliaia o milioni di comunicazioni e dunque della scarsa efficienza di prescrizioni contenutistiche.

Se esse emergono, ciò avviene quando la comunicazione telefonica ha assunto, socialmente, una dimensione di tale spessore

da rendere inevitabile la presa d'atto della sua insostituibilità nei rapporti umani. Ma questo porta, a ben vedere, ad interventi esterni al contenuto, volti a tutelarne la integrità. Il primo profilo è quello della segretezza delle comunicazioni telefoniche, che può essere infranta solo ad opera di pubbliche autorità nello svolgimento di indagini su fatti di rilevanza penale, e comunque nel rispetto di dettagliate previsioni procedimentali.

Dunque non si vuole — e non si deve — interloquire sul contenuto; esso non interessa e pertanto non vi è una funzionalizzazione della disciplina normativa in relazione alla tipologia dei messaggi trasmessi. Gli è che nelle telecomunicazioni vi è una *imitatio naturae*: attraverso di esse i singoli si integrano in una comunità oppure ne creano di nuove. E come una comunità si può formare attraverso la presenza fisica stabile (gli abitanti di un villaggio), occasionale (i partecipanti ad una festa), selettiva (gli iscritti a un club), così essa si può formare attraverso una presenza solo vocale o di messaggi. Manca il corpo ma vi è la parola o lo scritto.

Questa giustapposizione con le forme più naturali e basilari di aggregazione sociale fa emergere il secondo profilo giuridico, ovvero quella della libertà. Se gli umani si esprimono, comunicano, interagiscono attraverso i mezzi di telecomunicazione, è necessario assicurare la libertà di uso di tali mezzi. Si tratta di una esigenza insopprimibile come circolare, associarsi, parlare e parlarsi. La dimensione di libertà è accentuata dal fatto che nelle comunicazioni l'esercizio del diritto non comporta obblighi a carico di terzi (come avviene invece nello schema proprietario: il diritto di uno comporta la soggezione di tutti gli altri).

Peraltro la immaterialità delle comunicazioni riduce drasticamente quei « costi sociali » che si rinvengono nell'esercizio di altre libertà, in particolare quella di circolazione di persone e di veicoli.

La premessa pregiuridica viene ipostatizzata poi in un dato normativo estremamente forte: la previsione nei principali atti internazionali — mondiali o regionali — sui diritti umani di una specifica tutela della libertà di comunicazione attraverso « qualsiasi mezzo »; cui si accompagnano analoghe disposizioni nelle Costituzioni post-belliche.

Tutto ciò non rimane però a livello di principi generali, ma ha delle assai pregnanti ricadute sul piano della concreta regolamentazione. Se, infatti, si esaminano i presupposti della vasta opera di liberalizzazione in atto a livello sia di Comunità europea che mondiale, ci si avvede che essi per un verso contemplan la libertà di installare reti e prestare servizi di telecomunicazioni — e dunque la libertà di avvalersene — per altro verso necessariamente prescindono dal (o contemplan solo marginalmente il) contenuto di quanto veicolato. Non importa cosa viene trasmesso, l'importante è che venga trasmesso il maggior numero possibile di messaggi.

Da ciò emerge la sostanziale neutralità delle reti di telecomunicazioni in quanto idonee a fornire una molteplicità di servizi, di cui è inopportuna una aprioristica determinazione. Occorre invece assicurare che di esse ci si possa avvalere.

2. (SEGUE) IL CONTENUTO QUALE ESSENZA DELLE RADIODIFFUSIONI.

La radiodiffusione nasce invece compenetrata con il suo contenuto. È sempre esso ad essere — esplicitamente o tacitamente — al centro della regolamentazione. La radio, prima, e la televisione, poi, vengono subito individuati come potenti strumenti di persuasione, sia essa ideologica o commerciale. Superano le barriere — assai importanti quando vengono introdotte — dall'analfabetismo; hanno una immediatezza negata alla carta stampata; si aggiungerà poi il potere dell'immagine in movimento, il colore. Non qualsiasi cosa può essere veicolata dalle radiodiffusioni: occorre assicurarsi che vi sia ascolto e, dunque, un messaggio non personalizzato, bensì generalizzato ed adeguato alla media dei percettori. Ci si porrà subito il problema dei reati commessi attraverso la diffusione dei messaggi nell'etere: la reputazione ed il buon costume, ma anche il sentimento religioso, le istituzioni ed il prestigio nazionale.

I messaggi per loro natura non sono segreti, ma rivolti al pubblico il quale non ha strumenti di difesa o di replica e comunque quelli disponibili intervengono *ex post factum*.

Le radiodiffusioni sono dunque uno strumento di manifestazione del pensiero e godono dunque delle garanzie, ma anche di tutti i limiti, a questa imposti.

La disciplina è funzionale all'uso che si fa del mezzo, la cui tecnica rileva marginalmente. L'affidamento del servizio in via esclusiva ad unico soggetto, controllato dalla mano pubblica, serve ad assicurare la conformità a prescrizioni — esplicite o auto-imposte — sul contenuto della programmazione.

Fin dalla antesignana decisione *NBC v. US* resa dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel 1943 — ripresa un po' ovunque anche inconsapevolmente — la restrizione alla libertà di diffondere via etere viene giustificata con la limitatezza delle frequenze che ridurrebbe il numero dei possibili operatori. Per evitare una Babele e per assicurare che la diffusione venga affidata a soggetti « responsabili », la soluzione è quella del monopolio o della restrizione nelle concessioni.

Il connubio — a dire il vero piuttosto tolemaico — fra teoria della scarsità delle frequenze e libertà controllata di diffusione del pensiero via etere marca gran parte di questo ultimo mezzo secolo e ne è espressione — con una coerenza che rasenta la tetragonia — la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, dalla sentenza 59/1960 fino a quella n. 420/1994. Che non si tratti,

peraltro, di una peculiarità nazionale è confermata dalla copiosissima normativa comunitaria che giustifica il suo intervento su considerazioni che tutte poggiano sulla premessa della non neutralità del contenuto radiotelevisivo: dalle quote « europee » di programmazione televisiva, alla tutela dell'identità culturale e linguistica, dalla repressione della pubblicità vietata e ingannevole alla qualificazione di servizio essenziale di talune trasmissioni (fra le quali non si esita a collocare lo sport).

Ovviamente non è questa la sede per addentrarsi in una analisi sulla razionalità di scelte ormai consolidate. Ciò che preme sottolineare, ancora una volta, è la marcata distinzione fra telecomunicazioni e radiotelevisione e che mentre le prime si qualificano per le funzioni (o, meglio, per la multifunzionalità) le seconde si qualificano per il loro contenuto, in relazione al quali si costruisce la disciplina del settore.

Anche a livello dei principi generali non mancano — ovviamente — distinzioni di rilievo. Assente, per forza di cose, la dimensione della segretezza e della riservatezza delle trasmissioni che sono destinate al pubblico, il profilo della libertà si atteggia in modo diverso. Sotto un primo aspetto si tratta della libertà delle imprese di trasmettere. Ma sono esse a decidere ciò che viene trasmesso. Non vi è un « diritto di accesso » e la diffusione di messaggi altrui è limitata alla pubblicità commerciale. Sotto un secondo aspetto la libertà di ricevere radiotrasmissioni vede come interlocutore non l'emittente bensì lo Stato autoritario, il quale vieta o ostacola la ricezione di taluni messaggi. Una volta che sia affermato e radicato un sistema istituzionale democratico tali limitazioni vengono sostanzialmente meno (anche se non del tutto: si veda la sconcertante previsione di sanzioni amministrative e del sequestro per chi installi antenne satellitari per la ricezione di altro che trasmissioni radiotelevisive, contenuta nell'art. 20 del d.lgs. 11 febbraio 1997, n. 55).

Si tratta, purtuttavia, sotto questo aspetto, di una libertà « passiva », giacché ci si limita a ricevere quanto da altri predisposto, senza possibilità di interloquire, tranne che spegnendo l'apparecchio ricevente o sintonizzandolo su altra emittente.

3. LE PROBLEMATICHE POSTE DALL'AVVENTO DEI SISTEMI MULTIMEDIALI.

Le nette diversità che si sono evidenziate — e che trovano riconoscimento nella separazione della normativa di ciascun settore — hanno cominciato ad essere offuscate dall'apparire del fenomeno comunemente denominato « multimedialità », che è caratterizzato dalla trasmissione/ricezione attraverso reti comuni e apparecchiature polifunzionali di messaggi comprensivi sia di quelli tradizionalmente rientranti nell'ambito delle telecomunicazioni,

sia di quelli tradizionalmente rientranti nell'ambito delle radiodiffusioni. Nell'esempio più banale uno stesso apparecchio dotato di uno schermo, di una tastiera e di una stampante è in grado di ricevere emissioni televisive e radiofoniche e nel contempo di trasmettere e ricevere messaggi verbali e scritti, fungendo dunque da televisione, radio, telefono telex, facsimile.

Il presupposto tecnologico di questa evoluzione è l'esistenza di una rete — solitamente via cavo, ma che può anche combinare segnali via satellite e via etere — che veicoli una molteplicità di messaggi della natura più varia.

In altre parole la novità è rappresentata dal fatto che mentre storicamente i mezzi trasmissivi di telecomunicazioni e di televisione erano sufficientemente ben distinti (via cavo i primi e via etere i secondi); e anche quando la televisione era (ed è) trasmessa via cavo ciò richiede un diverso cavo con peculiarità tecniche differenti rispetto a quello ordinario utilizzato per la telefonia (che è il servizio di base nelle telecomunicazioni); ora la situazione cambia. Su uno stesso cavo o su uno stesso fascio di cavi posati contemporaneamente viaggerebbero segnali audio e video, dati e immagini.

Quali le conseguenze sul piano normativo? Esse parrebbero di grande importanza, in quanto sembrerebbe cessare la lunga separazione fra i due settori, con l'esigenza di una loro integrazione o, comunque, di uno stretto coordinamento. Le reti, oltre che essere globali, veicolerebbero tutto. Di qui la necessità di disciplinarle tenendo conto della loro multifunzionalità, giacché regolamentando le telecomunicazioni si regolamentano anche le radiodiffusioni.

La constatazione, che indubbiamente poggia su una realtà tecnologica che non può essere ignorata, richiede tuttavia alcune precisazioni:

a) la integrazione fra tlc e radiodiffusioni costituisce un fenomeno importante ed in progressiva espansione. Esso tuttavia non è affatto globale: ove si considerino il totale dei « consumi » radiotelevisivi si constata che un po' ovunque quelli usufruiti attraverso trasmissioni via etere costituiscono ancora una percentuale maggioritaria.

b) seppure si mira a che le reti di telecomunicazioni possano veicolare ogni sorta di trasmissione radiotelevisiva, attualmente, e nel prevedibile futuro, i programmi fruiti via cavo non sono (e non saranno) gli stessi fruiti via etere, in quanto vengono confezionati specificamente per quel mezzo: la *pay-tv* oggi e il *video-on-demand* domani costituiscono servizi riservati a soggetti paganti, e dunque ad un pubblico più ristretto di quello generale cui si rivolge la radiodiffusione via etere ed in tale differenziazione ed esclusività essi trovano la loro giustificazione economica. Le problematiche che si pongono con riguardo alle radiodiffusioni via etere non si ripropongono (o non si trasferiscono *sic et simpliciter*) quando programmi televisivi vengono irradiati via cavo.

c) occorre pertanto precisare che la integrazione dei mezzi di comunicazione/diffusione non dà vita ad una sorta di media aritmetica delle peculiarità dei due sistemi. Sono le trasmissioni televisive ad adeguarsi, nella struttura e nelle modalità di fruizione, alle caratteristiche delle telecomunicazioni. Ciò è particolarmente evidente se si osserva l'evoluzione (in atto) dalla *pay-tv* al *video-on-demand*. Con riguardo alla prima si individuano delle trasmissioni (solitamente sportive o cinematografiche) che hanno sicuramente un pubblico disposto a pagare; esse vengono sottratte alla diffusione al pubblico in generale e riservate a coloro che versano un corrispettivo. Ciò che cambia è, dunque, il sistema di trasmissione (via cavo) e le modalità di trasmissione (assenza di pubblicità). Nel *video-on-demand* la programmazione — che non necessariamente è esclusiva — viene vista come l'accesso ad un archivio audiovisivo dal quale è possibile estrarre le immagini, le trasmissioni, i programmi che si desiderano. Con ciò siamo molto lontani dalla tradizionale nozione di radiodiffusione e ci troviamo di fronte ad un servizio telematico che accede ad una banca di immagini, anziché di dati.

d) ma il trasferimento della programmazione *lato sensu* televisiva in un sistema di telecomunicazioni arreca un colpo demolitore al postulato — lo si ripete, tolemaico — della scarsità delle frequenze. Se mai esso ha potuto in passato trovare qualche appiglio di giustificazione, con riguardo alle telecomunicazioni esso è insostenibile. Le reti di tlc sono congegnate per trasportare una molteplicità di segnali, fra i quali, ovviamente, si possono inserire anche quelli originariamente televisivi. Ma se viene meno il postulato, cadono anche i suoi corollari, miranti, nel loro complesso, a selezionare autoritativamente gli operatori del settore e a determinare i contenuti trasmissivi.

Si applicheranno dunque per le reti di tlc le regole comuni (in primo luogo la libertà di accesso alle medesime) e per i servizi da essa veicolati quelle sul rispetto delle norme volte a tutelare la morale, la personalità, il patrimonio.

Quanto agli operatori varrà la generale disciplina in materia concorrenziale, ovviamente adeguata alla specificità di ciascun mercato interessato.

4. LA LEGGE N. 249/1997 SUL SISTEMA INTEGRATO DI TELECOMUNICAZIONI E RADIOTELEVISIONI.

Sono queste le ragioni che inducono ad esprimere un giudizio fortemente critico nei confronti della recente legge 31 luglio 1997, n. 249 («Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo») approvata dopo un travagliato *iter* parlamentare. Infatti essa si fonda sul postulato che l'integrazione tecnologica

fra tlc e radiodiffusione imponga una disciplina comune dei due settori, con una preminenza peraltro del secondo, le cui logiche peraltro assai discutibili — vengono estese alle forme trasmissive che si avvalgono di reti di telecomunicazioni.

Questa visione si concretizza nella costituzione di una unica autorità indipendente con due commissioni, una per « le infrastrutture e le reti », l'altra per « i servizi e i prodotti ». Le competenze attribuite sono fra le più varie: dalla assegnazione delle frequenze alle misure di sicurezza, dalle tariffe per le interconnessioni ai piani di numerazione, dalla diffusione della pubblicità all'utilizzo di opere audiovisive, dal diritto di rettifica all'informazione politica, dalle convenzioni con il servizio pubblico radiotelevisivo agli indici di ascolto, dai sondaggi di opinione ai criteri per il rilascio di concessioni, licenze ed autorizzazioni, dalla verifica dei bilanci al controllo su posizioni dominanti.

L'elencazione serve ad evidenziare la commistione fra disciplina del mezzo e disciplina del contenuto e a ribadire che la caratteristica delle tlc è di essere, sostanzialmente, indifferenti rispetto al contenuto. Quale la conseguenza della sovrapposizione? Non si considera il mezzo in quanto neutrale ma lo si disciplina in relazione al valore (o disvalore) che si attribuisce a taluni contenuti.

Ma vi è un ulteriore rilievo critico che va mosso su un piano di politica del diritto. Con riferimento ad una tecnologia in evoluzione il legislatore, anziché affidare agli operatori il compito di realizzare ciò che meglio si attaglia alle esigenze e alle richieste del mercato, disegna un quadro di sviluppo *a priori* al fine di incanalare il settore in schemi predeterminati.

L'intento dirigistico è accentuato dalla vastità di poteri attribuiti all'Autorità la quale assume le funzioni non tanto di controllore, quanto di regolatore del mercato. Il che — al di là di considerazioni empiriche in ordine alla difficoltà e lentezza nella costituzione di organismi amministrativi efficienti, con tutte le conseguenti prevedibili lunghe paralisi — fa sorgere seri dubbi in ordine alla congruità dell'istituto dell'Autorità (così come configurato) con gli obiettivi di liberalizzazione e dinamizzazione dei settori interessati.

A tal proposito non sarà inutile ricordare che l'Autorità per i servizi di telecomunicazione era stata già istituita con la legge 14 novembre 1995, n. 481, la quale proprio nell'intento di favorire la liberalizzazione nei settori dell'energia e delle telecomunicazioni aveva istituito l'Autorità individuandone le competenze e i poteri. Solo una deliberata inottemperanza della legge (era infatti sufficiente che il Presidente del Consiglio nominasse i componenti per rendere operativa l'Autorità) ha impedito che, con almeno due anni di anticipo, vi fosse quel soggetto indipendente che l'ordinamento comunitario impone al fine di evitare pericolose commistioni fra gestori e regolatori. Non occorrono doti machiavellistiche per individuare le ragioni di tale ostruzionismo: la più evi-

dente è contenuta nella legge 30 luglio 1994, n. 474 sull'alienazione delle partecipazioni detenute dallo Stato in società per azioni, la quale subordina tali dismissioni alla costituzione delle Autorità di controllo. Dunque se non si costituisce l'Autorità non si privatizza e così puntualmente è avvenuto.

Ma non solo si è ritardata la istituzione dell'Autorità di un biennio, non solo si accorpano telecomunicazioni e radiotelevisione, ma si muta radicalmente la composizione e i criteri di nomina dei membri dell'Autorità che passano da tre, nominati dal Governo (art. 2, comma 7, legge n. 481/1995), a nove, otto nominati dal Parlamento e il Presidente nominato dal Governo con il gradimento del Parlamento (art. 1, comma 3, legge n. 249/1997). Chi abbia anche una modesta conoscenza della storia istituzionale dell'Italia repubblicana si rende conto che l'attribuzione del potere di nomina al Parlamento — a dispetto delle ipocrite proclamazioni sulla pretesa « democraticità » e « rappresentatività » del procedimento — equivale (soprattutto se, come nel caso di specie, il numero degli eleggibili sia elevato) al conferimento ai gruppi politici della designazione (*vulgo*: lottizzazione) in proporzione alla rispettiva forza.

Il che è un ulteriore frutto avvelenato della commistione delle tlc con il settore delle radiodiffusioni, da sempre oggetto di diretto controllo dei partiti.

In conclusione, la disciplina integrata delle telecomunicazioni e delle radiotelevisioni contenuta nella legge n. 249/1997 appare in larga misura ispirato a ideologie politiche (per non dire pregiudizi partitici) proprie dell'attuale momento italiano. Come tale, la sua concreta applicazione dipenderà dal grado di adesione e condivisione dei soggetti regolamentati al disegno legislativo. Quale questa manchi esso finirà per fare la stessa e poco gloriosa fine della legge 6 agosto 1990, n. 223, nata in un diverso clima politico ma con presupposti non dissimili. Per ripetere una considerazione ricorrente oltr'alpe: « *Plus ça change, plus c'est la même chose* ».