

AURELIO GENTILI

## MULTIMEDIALITÀ E CONCORRENZA

**SOMMARIO:** 1. Multimedialità e revisione normativa. — 2. Liberalizzazione e restrizioni nella legislazione sui media. — 3. La fattispecie regolata: a) il mercato di riferimento. — 4. (*Segue*): b) i soggetti. — 5. (*Segue*): c) l'oggetto. — 6. Concorrenza e difesa del pluralismo. — 7. Assorbimento del pluralismo « esterno » nella concorrenza. — 8. Necessità di una politica di liberalizzazione per la concorrenza e di provvedimenti specifici per la difesa del pluralismo « interno ». — 9. Conclusioni.

## 1. MULTIMEDIALITÀ E REVISIONE NORMATIVA.

La ragione di interrogarsi su un'adeguata risposta normativa al fenomeno multimediale non è lo sviluppo della multimedialità: la società multimediale è infatti una realtà non nuova di cui già sussiste un'ampia disciplina legislativa; anche se sono disorganiche e resteranno controverse le forme da essa assunte<sup>1</sup>.

La vicenda nuova, oggi all'esame tanto nell'area nord americana quanto nell'Unione europea, e comunque nel nostro paese, è l'integrazione fra le diverse tecnologie, e fra telecomunicazioni e comunicazioni di massa<sup>2</sup>. Mentre in passato a ciascun tipo di co-

\* Il testo riproduce, con l'aggiunta di riferimenti bibliografici, la relazione tenuta al Convegno « Il diritto delle telecomunicazioni » tenutosi i giorni 20 e 21 settembre 1996 ad Alghero, organizzato dall'Università di Sassari e dal Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei nell'ambito della ricerca CNR « Il diritto delle telecomunicazioni ».

<sup>1</sup> Allo stato attuale (settembre 1996) questa disciplina legislativa è sostanzialmente suddivisa fra leggi sulle telecomunicazioni (per una rassegna A. GENTILI, *La concorrenza nelle telecomunicazioni*, in questa *Rivista*, 1996, p. 207 ss., spec. nel paragrafo 2) e leggi sulla radiotelevisione (v. AA.VV., *Il sistema radiotelevisivo pub-*

*blico e privato*, a cura di V. Roppo e R. Zaccaria, Milano, 1991; AA.VV., *La televisione fra autonomia e controlli*, a cura di V. Roppo, Padova, 1995) e sulla stampa (v. AA.VV., *Commento alla legge 5 agosto 1981 n. 416*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1983, n. 461 ss.; e AA.VV., *Commento alla legge 25 febbraio 1987 n. 67*, *ivi*, 1987, p. 1053 ss).

<sup>2</sup> Per un'informatica di carattere generale v. *Dossier europeo*, n. 14, giugno 1994, a cura della Commissione delle Comunità Europee; sotto il profilo tecnico S. MARCELLI, *Il gran simpatico. Telematica Nuovi Media Multimedialità*, Torino, 1994; per un quadro generale pensato nella prospettiva giuridica v. Senato della Re-

municazione corrispondeva sostanzialmente uno specifico medium, attualmente la stampa, la radiodiffusione, la telefonia fissa, la telefonia mobile, la trasmissione dati e gli altri servizi di telecomunicazioni possono servirsi e di fatto già si servono di media diversi; correlativamente ciascuno di questi può trasmettere tutti i tipi di informazione. Soprattutto, le comunicazioni di massa tendono a valersi dei mezzi tradizionali delle telecomunicazioni come queste degli strumenti tradizionali di quelli, in virtù del fatto che si è ormai generalizzata l'utilizzazione su larga scala di quanto offerto dall'elettronica e dall'informatica.

La convergenza tecnologica porta con sé la convergenza imprenditoriale<sup>3</sup>: gli operatori tradizionali delle telecomunicazioni si rendono presenti nei settori della radiodiffusione, del cinema e della editoria, le grandi società di informatica acquisiscono partecipazioni rilevanti nelle telecomunicazioni, gli operatori delle radiodiffusioni si candidano ad entrare nel mercato della telefonia. E tutti si impegnano nel costituire connessioni tecniche ed economiche con costruttori e detentori delle infrastrutture, ormai largamente promiscue, lungo le quali corrono gli innumerevoli messaggi che animano la « società dell'informazione ».

Questa convergenza tecnologica ed imprenditoriale ha reso rapidamente obsolete le legislazioni nazionali, pensate per gli originari distinti settori del grande mercato dell'informazione. Si è potuta constatare una loro rapida obsolescenza « tecnica », in quanto le nuove forme della comunicazione difficilmente possono essere ben governate da disposizioni e concetti pensati per una realtà in via di superamento<sup>4</sup>. Ma si è potuta constatare anche un'improvvisa loro obsolescenza ideologica; in quanto le nuove realtà hanno esasperato le tensioni fra principi e interessi diversi di cui quelle soluzioni normative erano state un momento di contemporaneo. Si sono così fatte contemporaneamente più strin-

---

pubblica, XII Legislatura, Documento approvato dall'Ottava Commissione Permanente (Lavori Pubblici e Comunicazione), Seduta del 2 febbraio 1995, *Indagine conoscitiva in materia di multimedialità*. Esattamente nella prospettiva propria di questo scritto è il pregevole saggio di M. RICOLFI, *Nuove frontiere del diritto per i media*, in *Mediario '95, Annuario Italiano dei Media*, Torino, 1995, p. 62 ss.

<sup>3</sup> La verità dell'asserto può essere verificata quasi quotidianamente nella cronaca economica. Alle notizie riportate in A. GENTILI, *op. cit.*, p. 31, si possono aggiungere le notizie sull'accordo Microsoft-NBC (La Repubblica 13 luglio 1996), sui progetti di accordo RAI-STET (Corriere

della Sera, 7 luglio 1996), sull'accordo Hewlett-Packard-Microsoft (Repubblica 24 sett. 1996) sull'accordo tra Worldcom (grande compagnia telefonica USA) e MFS Communications (operatore di rete in fibre ottiche) (La Repubblica, 27 agosto 1996); sulla adozione di tecnologie GAM, DCS 1800 e DECT nella telefonia (La Repubblica, Affari e Finanza, 8 luglio 1996) e altre (avvio della TV satellitare e digitale in abbinamento all'accesso ad Internet, Corriere della Sera, 24 agosto 1996; v. anche La Repubblica 12 sett. 1996) e altre.

<sup>4</sup> Si pensi, per esempio, all'impossibilità di applicare alla diffusione *on line* di quotidiani la nostra legislazione sulla stampa fondata sulla nozione di « stampato ».

genti e più contraddittorie tanto le esigenze di regolamentazione, a garanzia di valori politici e sociali potenzialmente pregiudicati da quanto viene accadendo, quanto le esigenze di liberalizzazione, giustificate da vantaggi intrinseci al fenomeno, come da necessità della competizione mondiale.

L'obsolescenza dei sistemi normativi nazionali si manifesta inoltre anche sotto un nuovo profilo: il saldarsi di grandi sistemi integrati di telecomunicazioni e comunicazioni di massa, operanti su scala tendenzialmente mondiale, finisce per trascendere le possibilità sia tecniche che politiche dei singoli legislatori nazionali, anche nei paesi di maggiore influenza<sup>5</sup>.

Sicché non è solo un'abusata formula letteraria constatare che il radicarsi della società dell'informazione propone, fra tante sfide, anche una sfida ai giuristi, e alla loro capacità professionale di risolvere in un ordinamento di regole un ordine di rapporti.

## 2. LIBERALIZZAZIONE E RESTRIZIONI NELLA LEGISLAZIONE SUI MEDIA.

L'interprete del diritto che si ponga all'opera di ricostruire il quadro normativo di un settore importante della vita sociale, in ossequio allo stile della seconda metà del secolo ventesimo dovrebbe subito interrogarsi sui principi costituzionali di riferimento, e sui conseguenti obblighi per il legislatore ordinario; per poi trascorrere all'esame di ciò che questi ha fatto, al fine di stabilire se appaia coerente o illegittimo, e di ciò che questi ha ommesso, al fine di indicare il *ius condendum*.

Ma quest'opera è stata già compiuta, ed egregiamente, da altri<sup>6</sup>, ciononostante è tuttora diffusa sia la critica alle norme che ab-

<sup>5</sup> La più recente manifestazione di questo fenomeno è offerta dalla pronunzia recente di una Corte di giustizia degli Stati Uniti (District Court for the Eastern District of Pennsylvania, 11 giugno 1996, ACLU v./ J. Reno, e A.L.A. v./ U.S. Dept. of Justice) circa gli impedimenti tecnici e politico-giuridici per il governo USA a disciplinare la pornografia su Internet in base al Communication Decency Act contenuto nel Communication Act 1 febbraio 1996.

Per un profilo più classico si possono ricordare le problematiche sia tecnologiche che politico-giuridiche connesse alle comunicazioni via satellite illustrate nella *Segnalazione al Parlamento* della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, del 31 gen. 1996, in *Supplemento al Boll. n. 3/96*.

<sup>6</sup> Tra i tentativi più recenti, sul versante della televisione e dei valori del pluralismo, L. CARLASSARE, *Cultura e Televisione:*

*i principi costituzionali*, in questa *Rivista*, 1994, p. 7 ss. Cfr. anche P. BARILE e S. GRASSI, *Informazione (libertà di)*, in *App. Nov.-mo Dig. it.*, Torino, 1983, C. CHIOLA, *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. giur.*, XXI, Milano, 1971, p. 472 ss.; A. LOIODICE, *Situazione costituzionale e diritto all'informazione*, in A. Loiodice, A. Brighina, G. Corasaniti, Editoria e Stampa, in *Tratt. di dir. comm.*, diretto da G. Santaniello, XV, Padova, 1990; S. FOIS, *Profili costituzionali e disciplina radiotelevisiva*, in *Giur. cost.*, 1990, p. 2135; E. BOCCHINI, *La prospettiva giuridica istituzionale*, in *Il diritto dell'informazione in Italia*, a cura di E. Zanelli, Roma, 1990; P.A. CAPOTOSTI, *Dalla libertà selvaggia al pluralismo*, in AA.VV., *Verso il diritto all'informazione*, a cura di J. Iacobelli, Bari, 1991, p. 32 ss; R. ZACCARIA, L. CAPECCHI, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Libertà costituzionali e limiti amministrativi*, in *Tratt. di dir. amm.*, di-

biamo sia la convinzione di doverle largamente integrare. E pur con imbarazzo va confessato qualche dubbio sulla possibilità di continuare ad estrarre dalla costituzione e dal suo aggrovigliato equilibrio di valori, indirizzi precisi di legislazione. Eppure la normativa sui media non è né complessivamente scarsa, né specificamente priva di norme, generali e speciali, sulla concorrenza. Quanto a questa poi, si lamentano — singolarmente — allo stesso tempo la mancanza di adeguate misure antimonopolistiche e la necessità di liberalizzare finalmente il mercato. Cosicché il legislatore è continuamente sollecitato ad intervenire in due diversi modi.

Secondo un primo modo, vanno rimosse finalmente le molteplici strozzature che sottraggono alla concorrenza un medium, come il cavo o il satellite, o un servizio, come la telefonia, o magari un «incrocio», come quello fra stampa e televisione, o telefonia e radiodiffusione, lasciando la regolazione del mercato alle norme della legge generale antitrust, ed alla relativa autorità garante.

A questo indirizzo di liberalizzazione si contrappone un secondo modo, sollecitato da chi invece chiede di rafforzare i limiti che già oggi impongono «soglie» e «tetti», divieti di incrocio e condizioni per le concessioni, e che sia il legislatore a disegnare un mercato delle comunicazioni coerente all'utilità sociale ed a conservarlo attraverso un'autorità ad hoc.

Tra i due modi sono possibili naturalmente contaminazioni. Ma non è questo il punto. Il punto è stabilire se e rispetto a che cosa l'ordinaria normativa sulla concorrenza si riveli in questo campo inadeguata, e quale valore essa appaia, se appare, incapace di garantire. Per questo sembra qui più utile un discorso diverso. Che alla tecnica legislativa ed alla giurisprudenza antitrust fornisca una visione più incisiva della fattispecie, perché anche la normativa più rigorista diventa una grida se non si è in condizione di riconoscere, al caso, come stanno effettivamente le cose. E che alla politica legislativa indichi con quali strumenti quali obiettivi siano possibili.

Un compito, questo, sicuramente giuridico: come è stato detto la teoria non conduce necessariamente a stabilire quale soluzione è giusta, ma indica le soluzioni comunque sbagliate.

### 3. LA FATTISPECIE REGOLATA: A) IL MERCATO DI RIFERIMENTO.

La riflessione sulla fattispecie parte necessariamente dalla ricognizione del fatto, e quindi, parlando meno astrattamente e venendo subito al primo dei suoi elementi costitutivi, dell'area feno-

---

retto da G. Santaniello, cit. Per quanto concerne invece la disciplina costituzionale delle Tlc v. V. ZENO ZENCOVICH, *Appunti sulla*

*disciplina costituzionale delle telecomunicazioni*, in questa *Rivista*, 1996, p. 393 ss.

menologica considerata. È questa evidentemente l'area delle comunicazioni; sia interindividuali, come avviene nel settore delle telecomunicazioni, che attingono la dimensione collettiva ma non quella seriale; sia di massa, come avviene invece nel settore detto appunto delle comunicazioni di massa, si tratti di editoria o di radiodiffusione.

La prima preoccupazione del giurista intenzionato a determinare l'area considerata è probabilmente quella definitoria. Ma più che a una definizione ontologica del fenomeno considerato è ragionevole tendere alla sua ricognizione socio-economica in termini di mercato di riferimento. Si tratta del resto di una nozione ben collaudata<sup>7</sup>, comune tanto agli studi economici e giuridici su fenomenologie affini, quanto alle tecniche normative in uso, soprattutto nelle legislazioni a difesa della concorrenza. La scelta di servirsi di questa nozione deve però essere accompagnata dalla consapevolezza che essa presenta, accanto all'inevitabile margine di incertezza di ogni concetto empirico, anche un altro possibile margine di imprecisione derivante dal discorso giuridico. Infatti il mercato di riferimento costituisce sempre nei sistemi di governo della concorrenza una « costruzione »<sup>8</sup>, del legislatore regolatore, o dell'organo di governo del mercato cui il legislatore demanda i compiti di regolazione. La prima, quando c'è, attinge necessariamente una nozione rigida. È invece grazie alla giurisprudenza antimonopolistica che la nozione di mercato di riferimento diviene, per così dire, duplicemente fluida. Da un lato, essa infatti viene articolata, segmentandola in sotto mercati, che consentono di cogliere pratiche restrittive della concorrenza che si dissimulano nel quadro più generale. Dall'altro essa viene ampliata e sfumata nei mercati contigui che consentono di far emergere in un ambito restrizioni la cui causa è altrove.

La nozione di mercato di fonte giurisprudenziale non ha altra regola che la percezione della realtà della concorrenza.

È dunque la stessa concorrenza il suo unico valore<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Sul mercato di riferimento, o mercato rilevante, v. A. FRIGNANI, *Abuso di posizione dominante*, in *Diritto antitrust italiano*, *Commento alla legge 10 ott. 1990*, n. 287, I, Bologna, 1993, p. 309 ss., p. 318 ss (e ivi bibliografia).

Le considerazioni spese nel testo cercano di allinearsi a quanto precisato in materia di mercato di riferimento nel settore delle telecomunicazioni dalle *Linee direttrici sull'applicazione delle regole di concorrenza della CEE nel settore delle telecomunicazioni*, 91/c 233/02, in G.U.C.E., N.C. 233/2 del 6 set. 1991, in cui si legge, tra l'altro, che « in un contesto di tecnologia in rapido sviluppo la definizione del mercato di cui trattasi deve rispondere a criteri variabili » e che « la Commissione può definire

adeguatamente tali mercati solo nei casi concreti » (cfr. nei nn. 25-35).

Sull'argomento v. anche G. BRUZZONE, *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, in *Temi e Problemi*, a cura dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, giugno 1995.

<sup>8</sup> A. FRIGNANI, *op. cit.*, loc. cit.

<sup>9</sup> La moltiplicazione delle Autorità garanti nel nostro ordinamento, e in specie l'esistenza e le separate competenze del Garante per la Radiodiffusione e l'editoria rendono per la verità la realtà italiana più variegata, essendo dal legislatore stato scelto di attribuire a questo Garante, fondamentalmente difensore del pluralismo, anche i poteri di governo della concorrenza

Dal legislatore, per converso, essa viene talora scientemente costruita in funzione di un effetto giuridico, giustificato non dalla pura considerazione della realtà socio economica, ma dalla volontà legislativa di « correggerla » in virtù del perseguimento di un fine.

L'esperienza giuridica italiana è tutt'altro che priva di esempi del genere. E poiché è all'esperienza giuridica italiana che vuol essere dedicata primariamente l'attenzione, non è male soffermarvisi. Il nostro legislatore si è infatti già prodotto nella ricognizione dei confini del settore delle comunicazioni di massa. Sia in una prospettiva penalistica e per finalità che qui meno interessano<sup>10</sup>. Sia, in una prospettiva monopolistica, e dunque per finalità strettamente aderenti al discorso qui svolto, quando nell'ambito della legge n. 223 del 1990 ha dettato una regola per far ricognizione dei confini del settore dal quale nessuno può ottenere ricavi superiori ad una certa percentuale<sup>11</sup>. Quella regola è sembrata a più d'uno arbitraria e sostanzialmente sconnessa, tanto per eccesso quanto per difetto, all'effettiva realtà economica. Cosicché essa costituisce un buon esempio di come la nozione legale del mercato di riferimento possa non coincidere con la nozione economica presumibilmente corretta. Ma soprattutto costituisce un eloquente esempio di come per regolazione giuridica della concorrenza possano intendersi di fatto due cose. La prima, ovvia, consistente nel dettare le regole del gioco della concorrenza. E la seconda, meno ovvia, consistente nell'attribuire le carte ai suoi giocatori.

Rinunciando ad ogni valutazione sul merito, è da chiedersi della ragione che giustificava quella scelta legislativa. Per rendersi conto che — perseguita bene o male — era una ragione ulteriore rispetto alla pura concorrenza: la garanzia del pluralismo. Senza la quale la scelta non sarebbe stata solo (come secondo molti) infelice, ma semplicemente insensata.

#### 4. (SEGUE): B) I SOGGETTI

Di fronte al carattere travolgentemente innovativo che molti credono di ravvisare negli sviluppi dell'informatica applicata

---

*ex lege* n. 287/90. Sul punto, e sul riparto di competenze, v. A. GENTILI, *Disciplina della concorrenza e pluralità di garanti*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, p. 205 ss; P. AQUILANTI, *Commento all'art. 20 L. n. 287/90, Il diritto antitrust italiano*, cit. II, p. 1032 ss.

<sup>10</sup> Cfr. la legge 17 maggio 1991 n. 157, art. 5, comma quinto, sulla divulgazione di notizie false esagerate o tendenziose idonee ad influenzare il prezzo dei valori mobiliari,

realizzata con mezzi di comunicazione di massa.

<sup>11</sup> Cfr. l'art. 15 della legge n. 223, comma terzo; sulla disposizione v. R. LANZILLO, *Commento all'art. 15*, in *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, cit., p. 293 ss, spec. p. 319 ss; A. GENTILI, *Commento all'art. 15*, in *Commento alla legge 6 agosto 1990 n. 223*, cit., in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, p. 740 ss., spec. p. 755.

alle comunicazioni, vedendovi la svolta del terzo millennio, apparirà probabilmente futile che qui si ritorni ad un'analisi del tutto tradizionale degli ulteriori elementi della fattispecie, in termini di soggetti e di oggetto. Il fatto è che per quanto innovativi e rivoluzionari siano i linguaggi elettronici e massmediatici della moderna comunicazione, il diritto è ancora legato al linguaggio comune ed alle sue strutture.

Una considerazione analitica delle figure soggettive che si incontrano nella società dell'informazione risulta d'altronde più ricca di sorprese di quel che a prima vista si poteva pensare. La segmentazione dei mercati e delle attività, le loro interferenze e relazioni di contiguità si riverberano infatti sui modi di condurre la ricognizione del fenomeno soggettivo. Uno di questi è l'individuazione di specifici ruoli. Dei ruoli sono infatti distinguibili sotto quello che il gergo usuale della concorrenza chiama il profilo verticale, per la diversa importanza, e il particolare potere di condizionamento, che hanno singole attività economiche concorrenti nella generale società dell'informazione. Ne è divenuto conscio fra i primi il legislatore europeo, che nelle direttive in materia ha consolidato l'uso di considerare separatamente e di governare con disposizioni ad hoc quanto meno quattro specifici ruoli: quello di installazione e possesso delle infrastrutture, quello di gestore del loro esercizio, quello di erogatore di servizi, e quello di fornitore dei contenuti in alcuni di essi distribuiti<sup>12</sup>. Ma considerazioni simili valgono anche nella prospettiva orizzontale: la telefonia vocale nell'ambito delle telecomunicazioni, la diffusione televisiva via etere terrestre in quella delle comunicazioni di massa, hanno allo stato quegli stessi caratteri di preminenza che la detenzione delle infrastrutture offre nella linea verticale.

Di qui la necessità, considerando un soggetto in uno di questi ruoli, di indagare se e quali altri rivesta contemporaneamente, in via diretta o mediata, per definire realisticamente il suo potere di mercato.

Questa complessità della figura soggettiva sul piano sostanziale non è senza riscontro formale. Anche sotto un profilo di tipo formale il mondo dei soggetti dell'informazione si va infatti articolando ed arricchendo; ed anzi il suo studio costituisce tradizionalmente uno dei punti ardui di qualunque teoria giuridica della concorrenza. Per la complessità economica, l'impegno finanziario, e

---

<sup>12</sup> La posizione delle Autorità Comunitarie sul punto è bene espressa nel *Libro Verde sulla liberalizzazione delle infrastrutture di telecomunicazioni e delle reti di televisione via cavo*, Parte II, *Un approccio comune alla fornitura di infra-*

*strutture di telecomunicazioni in seno all'Unione Europea*, COM (94) 692 fin, del 25 gen. 1995, e, già in precedenza, nelle *Linee direttrici*, cit. nella nota 7 che precede, spec. nn. 79-82.

le difficoltà tecniche, un ruolo attivo nell'ambito delle telecomunicazioni e delle comunicazioni di massa non può appartenere altro che alla grande impresa. Ma anche questa prima approssimazione è largamente inadeguata, posto che l'effettiva attività di telecomunicazione o di comunicazione di massa risulta piuttosto svolta da agglomerati o costellazioni di imprese, tra le quali intercorrono complicati e vari rapporti, di tipo contrattuale, o di tipo personale, o di partecipazione al capitale. Sicché l'agire economico reale non si coglie se non si ricostruisce la complessità del soggetto cui riferirlo. Si aprono qui due tradizionali problematiche del diritto della concorrenza, vale a dire quella sulla trasparenza degli assetti proprietari, e quella sui fenomeni di collegamento e controllo. L'esperienza ci ha avvertiti dell'assoluta inutilità di una legislazione garantista intesa a conformare il mercato, se non corredata da un efficiente sistema di trasparenza e da una acuita capacità di ricognizione dei collegamenti<sup>13</sup>.

Anche in questo campo il fenomeno della convergenza fra telecomunicazioni e comunicazioni di massa non soltanto riproduce nelle forme più articolate e complesse quanto già si conosceva, ma propone anche del nuovo. Infatti secondo una linea logicamente inversa a quella che articola, all'esterno, l'imprenditore nel gruppo, il *trend* legislativo più recente degli atti dell'Unione Europea recepito (d'altro canto non solo in questo settore) nella legislazione approvata o in fieri, conosce un'espansione e moltiplicazione della soggettività giuridica all'interno del soggetto. La rilevanza che lo svolgimento di singole attività acquisisce ai fini di un reale governo della concorrenza — che non può non tener conto della contemporanea presenza di uno stesso soggetto in ruoli del tutto diversificati o in settori dell'attività del tutto distinguibili, e che deve necessariamente tenerne conto se vuole un governo effettivo dei flussi del mercato in vista di una reale efficienza allocativa — richiede che si possano cogliere separatamente mezzi costi e ricavi di ciascuna delle singole attività di impresa svolte da uno stesso imprenditore<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Va qui ricordato che allo stato attuale della legislazione una norma, e relativi criteri individuativi, regge la ricognizione delle forme di collegamento e controllo nella disciplina generale della concorrenza (l'art. 7 L. n. 287/90, sul quale v. C. OSTI, *Commento agli art. 5, 6, 7 della legge 287/90*, in *Diritto antitrust italiano*, cit., p. 524 ss., spec. n. 577 ss.), mentre norme parzialmente diverse sono dettate per riconoscere a fini antimonopolistici le situazioni di collegamento e controllo nella stampa (art. 4, L. n. 416 riformulato ex art. 3 L. n. 67/87 su cui v. A. GENTILI, *Commento all'art. 3 L. n. 67/87*, in *Le Nuove Leggi Ci-*

*vili Commentate*, 1987, p. 1067 ss.) e nella radiotelevisione (art. 37 L. n. 223/90 su cui v. A. GENTILI, *Commento all'art. 37*, in *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, cit., p. 564 ss.; A. GIAMPIERI, *Commento all'art. 37*, in *Commento alla legge n. 223/90*, cit. in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, p. 923 ss; queste ultime due disposizioni sulle comunicazioni di massa sono complementari, tecnicamente e concettualmente, dell'art. 2359 cod. civ.; invece l'art. 7 L. n. 287/90 deriva trasparentemente dal filone legislativo comunitario in materia di concorrenza.

<sup>14</sup> L'allusione contenuta nel testo fa ri-



Anche sotto questo profilo il legislatore europeo è stato promotore di soluzioni nuove, in sostanza riconducibili alla formula della contabilità separata. Ma va detto che tale denominazione appare davvero riduttiva. In una prospettiva teorica è sufficiente considerare che la contabilità separata così come voluta dall'indirizzo legislativo recente porta alla costituzione di separati centri di imputazione giuridica, per comprendere che siamo sostanzialmente di fronte alla moltiplicazione dei soggetti nell'unità di una singola soggettività giuridica<sup>15</sup>.

Come nella rilevazione (in realtà costruzione) del mercato di riferimento, così nella rilevazione del soggetto vi sono due modi, in cui si riproduce oggi l'antico dibattito su forma e realtà della persona giuridica. Nessuna legislazione sulla concorrenza può infatti funzionare senza un capitolo sulla trasparenza. Ma il modo di scriverlo, tanto più privilegia la certezza, con ben delimitati concetti di collegamento e controllo, tanto più rischia di farsi sfug-

ferimento alla formula della separazione contabile. Il principio ha avuto consacrazione nel citato *Libro verde sulla liberalizzazione delle infrastrutture di telecomunicazioni e delle reti di televisione via cavo*, Parte II, VII. 5.6., in cui si afferma che una contabilità trasparente è necessaria alle Autorità nazionali per l'applicazione delle regole di concorrenza, in particolare nel caso di integrazione verticale fra possesso di infrastrutture e fornitura di servizi. In tal caso si richiede separazione contabile per garantire l'adeguatezza dei costi sopportati dai terzi fornitori di servizi per l'accesso alle infrastrutture.

È importante sottolineare che la formula della separazione contabile, ma anche la trasparenza e la parità di trattamento, sono regole vigenti ed operanti nella nostra disciplina legislativa dell'attività di telecomunicazione. La legge 14 nov. 1995 n. 481, Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, nell'art. 2, al primo comma istituisce l'Autorità per la regolazione del servizio pubblico di Tlc, al dodicesimo, nella lett. c), dispone che le condizioni di accesso al servizio siano attuate nel rispetto della concorrenza, e della trasparenza anche in riferimento alle singole voci di costo, e il servizio sia reso a condizioni di uguaglianza; nella lett. e), dispone che le tariffe siano stabilite tenendone separati tributi e oneri impropri; nella lettera f), prevede che siano emanate direttive per la separazione contabile e amministrativa, per la verifica dei costi delle singole prestazioni al fine di assicurare la disaggregazione e la

corretta importazione alle singole funzioni svolte, per categoria di utenti, con separazione degli oneri afferenti all'erogazione del servizio universale.

<sup>15</sup> La formula della contabilità separata ha avuto una significativa applicazione di recente, nell'ambito del procedimento avviato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nei confronti della Telecom Italia S.p.A. per l'operazione di concentrazione Video On Line (acquisizione di ramo d'azienda attivo nella fornitura di accesso alla rete Internet). L'impegno assunto da Telecom di operare nel settore liberalizzato dei servizi di accesso a reti telematiche attraverso la costituzione di una specifica unità, denominata Business Unit Servizi Interattivi (dotata di contabilità separata secondo i principi della contabilità industriale, con separato rendiconto redatto sulla base di criteri contabili di generale accettazione per la redazione di bilanci d'esercizio, riportando i costi e i ricavi con la specifica dei costi di ammortamento, del personale, dell'utilizzo della rete e del margine) non si limita agli aspetti contabili (sufficienti comunque a individuare come autonoma impresa l'attività esercitata da Business Unit) ma s'estende ad un aspetto del tutto estraneo, vale a dire la piena separazione tra Telecom Italia S.p.A. e la sua Business Unit quanto all'accesso alle informazioni relative allo sviluppo ed alle tariffe ISDN della rete pubblica di telecomunicazioni; informazioni che saranno fornite periodicamente ed anticipatamente a tutte le imprese fornitrici di accessi e servizi on line, compresa, a parità di condizioni, la stessa Business Unit.

gire la realtà; e se invece privilegi l'efficacia, ricorrendo a clausole generali largamente flessibili, rischia l'arbitrio interpretativo dell'organo chiamato ad applicarle.

Ad intorbidire la trasparenza nell'area in discorso si aggiunge poi la difficoltà, appena segnalata, di cogliere anche la complessità interna del soggetto, facendo emergere separatamente le diverse imprese dell'unico imprenditore. Il che giova certamente alla percezione della realtà, ma fa anche del soggetto una costruzione del regolatore<sup>16</sup>.

##### 5. (SEGUE): C) L'OGGETTO.

Riflessioni non meno complesse, e quindi non qui esauribili, merita il profilo oggettivo. Per pervenire (con piena coscienza del suo carattere empirico e limitato, ma per inevitabili esigenze di economia del discorso) ad un approccio rapido, piuttosto che considerare le singole attività conviene considerare nella loro globalità i due fondamentali tipi di attività, originariamente separati, che il fenomeno accennato della convergenza e dell'integrazione oggi rende parti di un tutto: telecomunicazioni e comunicazioni di massa. È il loro saldarsi infatti che genera quella società della comunicazione o dell'informazione in cui taluno vede addirittura una svolta epocale. E anche spogliandosi dell'enfasi è innegabile che gli sviluppi della loro integrazione abbiano già iniziato a caratterizzare la trasformazione della società.

I lineamenti di questa nuova realtà possono essere colti sotto diversi profili. Un profilo di indubbia importanza, e che deve dunque qui essere ricordato, ma meno vicino ai problemi della concorrenza, che dunque può qui non essere approfondito, è quello culturale e sociale: è convinzione di alcuni, e deve in una certa misura essere condivisa, l'idea che il possesso di una cultura informatica e la disponibilità delle più avanzate tecnologie di telecomunicazioni e comunicazioni di massa da un lato modificheranno

<sup>16</sup> L'opinione espressa nel testo sembra giustificata dal più recente orientamento legislativo. Nel disegno di legge governativo sulle Tlc e sulle comunicazioni di massa si prevede (art. 3, comma 11) che «le società che installano o esercitano le reti di telecomunicazioni e gli operatori che in tali reti forniscono servizi, sono obbligate dal 1 gennaio 1998, a tenere separata contabilità delle attività riguardanti rispettivamente l'installazione e l'esercizio delle reti nonché la fornitura di servizi. Le società concessionarie di telecomunicazioni sono altresì obbligate a tenere sepa-

rata contabilità delle attività svolte in ordine alla fornitura del servizio universale». Si noti poi che l'Istituzione Autorità è competente (comma 11, parte finale) a definire i criteri per la separazione contabile. A chi scrive non riesce chiaro quale sarebbe il coordinamento con le disposizioni della Legge n. 481/1995 citate nella nota 14.

Infine, il comma 12° impone la separazione contabile fra attività di telecomunicazioni e attività di diffusione radiotelevisiva, e addirittura la costituzione di società separate per la gestione degli impianti.

la nostra cultura, dall'altro ristruttureranno i ceti della nostra società. Indubbiamente l'utilizzazione dell'informatica modifica i tradizionali schemi del pensare e del comunicare. Indubbiamente la massiva diffusione di messaggi e contenuti attraverso i media influenza il costume e le opinioni su ciò che è normale, ciò che è desiderabile, ciò che è moralmente lecito. Indubbiamente l'utilizzazione di una coiné linguistica e comunicativa rende marginali le altre lingue, le altre culture, gli altri modelli mentali<sup>17</sup>. E se non è altrettanto indubbio, è quanto meno verosimile che anche i ceti finiscano per ristrutturarsi: in una classe dominante che possiede e soprattutto produce il sapere informatico di base, in una classe media che non possiede quel sapere ma almeno dispone dell'uso attivo e passivo degli strumenti, e in un nuovo basso ceto escluso dal sapere come dall'utilizzazione<sup>18</sup>.

In un ottica più prossima ai problemi della concorrenza la riflessione da condurre sull'oggetto della fattispecie è però un'altra. Essendo noto che la disciplina giuridica delle telecomunicazioni e la disciplina giuridica delle comunicazioni di massa in una certa misura già esistono, e dunque esprimono una loro filosofia, bisogna ora domandarsi se la progressiva integrazione fra questi due settori richiede soltanto un aggiornamento delle antiche disposizioni, o chiede di ripensarle radicalmente. Perché, mentre è ovvio che la convergenza e l'integrazione tecnologica giustifichino anche una convergenza legislativa e che sia insomma ragionevole ed opportuna una legislazione unica di una unitaria concorrenza nell'ambito di telecomunicazioni e comunicazioni di massa<sup>19</sup>, è verosimilmente da escludere che il valore, il principio, in base al quale governarle, sia unitario.

Poiché la risposta muove da premesse economiche politiche e culturali, è preferibile che il giurista non tenti di darla in via auto-

<sup>17</sup> Sono caratteristiche ben note e ampiamente esplorate del fenomeno delle comunicazioni di massa la capacità di esercitare un rilevante potere di influenza, e di innescare un processo di massificazione bilaterale, adeguando il linguaggio delle comunicazioni alla massa e unificando questa nel modo di pensare e di esprimersi (sul tema v. gli scritti raccolti in *Comunicazioni e cultura di massa. Testi e documenti*, a cura di M. Livolsi, Milano, 1969).

L'integrazione e soprattutto lo sviluppo della telematica e delle tecnologie informatiche vi aggiungono però una nuova dimensione, e qualcuno vi vede una tendenza al ripristino di differenze culturali ed alla conservazione dell'identità di gruppi sociali, etnici, linguistici; mentre altri vi vedono un fattore di reintroduzione di diseguglianze sociali.

<sup>18</sup> L'opinione è stata espressa da U. Eco in una intervista che può leggersi in *Corriere della Sera*, 22 aprile 1996.

<sup>19</sup> È questo l'approccio delle ultime iniziative legislative, approdate ai due d.d.l. governativi (cui si è accennato nella nota 16 che precede), in cui si consente agli operatori di intervenire contemporaneamente nei due settori, e si tiene conto a fini antimonopolistici di tale eventuale compresenza.

Si tratta di un completo rovesciamento dell'indirizzo proprio invece del precedente disegno di legge (XII Legislatura, n. 3180, 28 settembre 1995) che regolava Tlc e TV nell'ottica di mantenerle separate. Sul punto v. A. GENTILI, *La concorrenza nelle telecomunicazioni*, cit.

noma. È constatazione condivisa da tutti che nel *genus commune* della comunicazione il settore delle telecomunicazioni si contraddistingua per il carattere interindividuale dello scambio di messaggi e per il fatto che l'organizzazione dell'attività di impresa è concentrata sulle infrastrutture e sui servizi, mentre è estranea ai contenuti del messaggio. Nelle comunicazioni di massa invece, da un lato è finora mancata qualunque bidirezionalità, rimanendo rigido e fisso il rapporto fra un diffusore di messaggi ed una massa indifferenziata e a priori non determinabile, in ruolo puramente passivo; dall'altro il contenuto dei messaggi è fondamentale per la caratterizzazione dell'attività.

L'integrazione tecnologica, e la convergenza che ne consegue, non annullano questa differenziazione.

Che le stesse infrastrutture possano ormai servire indiscriminatamente all'uno o all'altro tipo di attività evidentemente non modifica i tipi delle attività. Che l'interattività caratterizzerà probabilmente nel prossimo futuro anche le comunicazioni di massa, non incide profondamente — come invece si potrebbe a prima vista pensare — sui loro elementi caratterizzanti: l'utente del pay per view o del video on demand, o degli altri servizi (di televendita e simili) nei quali si progetta di introdurre l'interattività non perderà il suo ruolo per questo. Egli continuerà ad essere utente, cioè solo destinatario passivo di messaggi formulati e diffusi da altri, e se anche potrà esprimersi attivamente, rimarrà confinato in un ruolo così marginale da non modificare la logica del sistema.

Non serve di più a comprendere due cose: la prima è che nella prospettiva che qui interessa l'integrazione si realizza in rapporto al fatto che imprese di telecomunicazioni e imprese di comunicazioni di massa concorreranno ormai indiscriminatamente nell'utilizzo delle stesse tecnologie e degli stessi strumenti e nell'offerta globale di servizi dell'uno o dell'altro tipo. Dunque una disciplina unitaria ha qui certamente senso, in quanto una generale concorrenza, e allora un generale diritto della concorrenza, ed allora una autorità di governo della generale concorrenza, si creeranno e legittimeranno rispetto alle infrastrutture alle tecnologie ed ai servizi e soprattutto alla contemporanea presenza di grandi operatori nell'uno e nell'altro settore. La seconda cosa che si rende evidente è che totalmente diversi sono invece i valori coinvolti: la concorrenza e quindi la libertà di iniziativa economica in contemperamento con l'utilità sociale per la parte in cui per il comune utilizzo di infrastrutture e di tecnologie comunicazioni di massa e telecomunicazioni effettivamente convergono. La manifestazione del pensiero, e quindi il pluralismo, nel solo ambito in cui ancora si verifica la diffusione alla massa di messaggi capaci di influenzare cultura costume politica e comportamenti economici; rispetto al quale, per quanto si sia aperti al nuovo, la tradizionale filosofia delle legislazioni antimopolistiche, ed anche della nostra, che distingue profilo della

concorrenza e profilo del pluralismo, tutto sommato non sembra ancora superata.

Anche rispetto al profilo oggettivo il legislatore può disporsi in due modi.

Può limitarsi a fissare le regole del gioco, sia pure rendendole più incisive rispetto al caso particolare. È quel che in sostanza ha fatto finora il legislatore europeo. Che consapevole delle specificità del settore delle comunicazioni, al fine di rendere realmente operative le norme in materia di abusi, intese, concentrazioni, vi ha aggiunto regole strumentali particolari; come quelle che vincolano gli organismi di telecomunicazioni già titolari di diritti speciali ed esclusivi sulle infrastrutture e sul servizio universale di telefonia vocale, a consentire l'accesso agli erogatori di servizi, a praticare condizioni non discriminatorie, a rispettare specifici standard tecnici<sup>20</sup>.

Oppure il legislatore può alterare certe possibilità del gioco della concorrenza, come finora hanno fatto in sostanza molti paesi membri dell'Unione, favorendo di fatto la conservazione degli originari monopoli, non consentendo l'accesso dei terzi alle infrastrutture alternative, subordinando a concessione determinate attività o l'uso di specifici media, vietando alcuni incroci. E così disegnando esso stesso il mercato, in modo presumibilmente diverso da quel che avrebbe fatto la necessità economica, ma coerente (o creduto tale) a ciò che chiede la necessità politica e sociale.

## 6. CONCORRENZA E DIFESA DEL PLURALISMO.

Fatta ricognizione della fattispecie, del suo ambito generale, dei suoi elementi soggettivi, dei suoi elementi oggettivi resta da do-

<sup>20</sup> L'onestà intellettuale impone di chiarire che se questo è l'indirizzo complessivamente prevalso sinora nella legislazione della U.E., non è però assente un approccio diverso. Soprattutto, naturalmente, quando invece che di tlc si tratta di comunicazioni di massa. In questo campo la tesi è esposta nel *Libro verde su Pluralismo e concentrazione dei mezzi di comunicazione di massa nel mercato interno*, COM (92) 480 def. del 23 dic. 1992 (sul quale v. G.M.R. MANGIONE, *Pluralismo e concentrazione dei mezzi di comunicazione di massa nel mercato interno e valutazione della necessità di un'azione comunitaria - Il Libro verde della Commissione delle Comunità Europee del 23 dicembre 1992*, in questa Rivista, 1995, p. 157 ss.

Esprimendosi a proposito di tale *Libro Verde*, il Comitato Economico e Sociale nel Parere 93/C 304/07 in GUCE del 10

nov. 1993 (ma con sette voti contrari e quindici astenuti) ha giudicato che il pluralismo debba essere garantito dalla normativa europea e non rimesso al legislatore nazionale; che il diritto della concorrenza è strumento utile ma non adeguato; che sono necessarie norme relative ai gruppi nazionali e multinazionali nel settore dei media; che bisogna prevedere concreti limiti alla concentrazione specifica nel settore dei media, per consentire l'accesso alle frequenze via satellite che permettono diffusione ben più ampia; e che occorre garantire con norme la libertà interna nelle emittenti radiotelevisive e dar direttive per i programmi, a garanzia della diversità delle opinioni e della libertà di informazione.

Per una ricognizione dello stato attuale della legislazione europea in materia televisiva v. V. SALVATORE, *Concorrenza televisiva e diritto comunitario*, Padova, 1993.

mandarsi dei valori in funzione dei quali quella fattispecie potrebbe essere regolata nel nuovo disegno legislativo. E l'analisi ha in parte già risposto perché ha mostrato che quei valori sono ancora quelli della concorrenza e del pluralismo.

Quando l'attenzione si sposta sui valori le domande da proporsi sono, si direbbe, essenzialmente due: una è quella che concerne il modello di concorrenza ed il modello di pluralismo a cui indirizzare la disciplina legislativa; l'altra è il rapporto fra pluralismo e concorrenza.

Ma se si vuole essere realisti, schivando una certa retorica che facilmente si insinua in questo tipo di discorsi, bisogna dar voce a parecchi dubbi, tanto sulla concorrenza quanto sul pluralismo.

Anzitutto occorre dire che nel generale consenso sulla assoluta necessità di governare la concorrenza manca poi un modello di concorrenza da tutti ritenuto preferibile e auspicabile<sup>21</sup>. Con una sintesi che non conviene alla complessità del discorso si può dire che si sa cosa è pericoloso e non si vuole: le intese, le concentrazioni, quando restrittive, e comunque gli abusi; ma non si sa cosa si vuole<sup>22</sup>. Dietro formule apparentemente chiare, a favore del mantenimento della competizione, contro la concorrenza inefficiente, si scontrano nell'idea di un mercato retto da un'effettiva concorrenza principi ed esigenze diversi. Alla base restano oscuri e controversi i motivi stessi per i quali la concorrenza deve essere preferita, tutelata, salvaguardata. Motivi economici secondo alcuni, ma difficilmente afferrabili; motivi politici e giuridici per altri, e quindi legati a valori esterni al mercato e connessi invece all'utilità sociale, al benessere generale, all'interesse pubblico, da determinare caso per caso.

Non meglio si va dal lato del pluralismo. Ferma la necessità in moderne società che conoscono pluralità sociale, razziale, sessuale, culturale, di trasformare la pluralità di fatto in ideologia pluralistica, non è altrettanto semplice dire cosa il pluralismo sia e soprattutto come si possa e debba assicurare<sup>23</sup>. Se poi si

<sup>21</sup> V. per tutti R. VAN DEN BERGH, *L'analisi economica del diritto della concorrenza*, *Introduzione a Diritto antitrust italiano*, cit., p. 1 ss, spec. p. 4 ss.

Sui fini non economici del diritto della concorrenza v. anche C. OSTI, *op. cit.*, p. 531 ss.

<sup>22</sup> Quanto affermato nel testo non vuol alludere solo all'aspetto tecnico del governo della concorrenza ma anche alle sue implicazioni politiche. Sotto l'aspetto tecnico è stato messo in luce che « dal punto di vista economico non si può mai affermare che il monopolio sia in sé un bene,

né che sia un male. Il male e il bene dipendono dalle nostre opinioni sul bene pubblico » (così M. FRANZOSI, *Monopolio Oligopolio Concentrazioni (opinioni dissenzienti)*, Milano, 1989, p. 11 e *passim*). Sotto l'aspetto più strettamente politico si scontra l'idea di lasciar fare al mercato con l'idea dell'iniquità sociale del mercato, l'idea di limitare le concentrazioni per difendere il pluralismo con l'idea di favorirle per consentire la competizione mondiale, e simili.

<sup>23</sup> Non sono neppure incontrovertibili i suoi fondamenti costituzionali.

scende in particolare al campo della comunicazione di massa, e (lungi dall'inerpicarsi sulle asprezze di una sterminata letteratura) ci si ferma alle codificate certezze di cui disponiamo, non è che si trovi né molto né molto chiaro. La disposizione costituzionale (art. 2) nella quale dai più si riconosce il fondamento del pluralismo nel nostro sistema giuridico, per il suo stesso approccio «alto» offre anche un riferimento abbastanza vago, non fosse altro per il difficile e delicato bilanciamento fra tutele individuali e tutele sociali, diritti del singolo e doveri della solidarietà. Altrettanto è a dirsi della disposizione (art. 21) su cui viene fondato il pluralismo nell'informazione. La legislazione in materia (si veda l'art. 1 della legge n. 223 del 1990 ma anche le disposizioni della legge 416 del 1981 sull'editoria) sottende o esplicita l'importanza del pluralismo, ma si guarda bene dal definirlo. Di più si ricava da una faticosa e meritoria elaborazione della nostra Corte Costituzionale<sup>24</sup>. Che ha finito per fissare un'articolazione del pluralismo nelle comunicazioni di massa su due versanti. Un pluralismo interno, più aderente ai problemi di contenuto; che però potrebbe essere imposto soltanto alla concessionaria del servizio pubblico, ed anche in essa assicurato non già dall'attribuzione di specifici diritti agli utenti<sup>25</sup>. Bensì soltanto con l'attribuzione al gestore del servizio pubblico del dovere assicurare un adeguato pluralismo nell'ambito della diffusione. Accanto a questo pluralismo interno un pluralismo esterno, l'unico operante nei confronti dei privati attivi nel campo delle comunicazioni di massa; consistente in sostanza nella pura e semplice pluralità degli operatori, che fa sperare che tutti gli interessi siano rappresentati.

Per queste ragioni non vi è, ad orientare l'azione legislativa, alcun modello di concorrenza o di pluralismo. Un modello vi è se mai in negativo, in quanto la mancanza di adeguata concorrenza fa ritenere di per sé che vi sia pregiudizio all'istanza pluralistica, e taluni fenomeni capaci di restringerla o alterarla sono di per sé ritenuti comunque non aderenti ad un modello di libera competizione. A meno che — come per decenni è accaduto del monopolio «naturale» delle telecomunicazioni, o del monopolio dell'e-

<sup>24</sup> Vanno ricordate quantomeno le sentenze Corte Cost. 7 dic. 1994 n. 420, in *Foro amm.*, 1994, 2667; Corte Cost. 26 marzo 1993 n. 112, in *Foro it.*, 1993, I, 1339; Corte Cost. 14 luglio 1988, n. 836, in *Foro it.*, 1988, I, 2477 con note di R. PARDOLESI, *Etere misto e pluralismo (annunciato)*; Corte Cost. 13 maggio 1987 n. 153, in *Foro it.*, 1987, I, 1, c 1965; Corte Cost. 17 ottobre 1985 n. 231, *ivi*, 1995, I, 1, c 2829.

In tema R. ZACCARIA, *La giurisprudenza della Corte Cost. in materia di libertà di*

*espressione radiotelevisiva*, in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà*, in *Scritti in onore di P. Barile*, Padova, 1990.

<sup>25</sup> Sulla posizione dell'utente v. L. BIANCHI, *Tra interesse e diritto del cittadino-utente ad un'informazione pluralistica nel settore radiotelevisivo*, in questa *Rivista*, 1993, p. 285 ss.; C. DE MARTINI, *Diritti interni ed aspettative dell'utente televisivo nel contratto normativo costituzionale e ordinario*, *ivi*, 1993, p. 79 ss.; G. ALPA, *Gli utenti della tv: da oggetti a soggetti*, in questa *Rivista*, 1996, p. 383 ss.

tere, e come ancora da taluno si ritiene del monopolio delle infrastrutture del cavo o del satellite — essi non siano invece ritenuti espressione di « garanzia » di quello stesso interesse generale che la concorrenza dovrebbe assicurare.

#### **7. ASSORBIMENTO DEL PLURALISMO « ESTERNO » NELLA CONCORRENZA.**

Queste considerazioni sulla prima domanda (quale concorrenza? quale pluralismo?) ci conducono direttamente alla risposta che per il momento è possibile dare alla seconda, relativa al rapporto fra pluralismo e concorrenza. Perché se si considera che al di fuori del caso del servizio pubblico il pluralismo assicurato dalla legislazione è il solo pluralismo esterno, dato dall'esistenza di una pluralità di competitori, si constata che in definitiva il rapporto fra l'uno e l'altro valore è di fatto trasceso: è la concorrenza che assorbe il pluralismo, in quanto strumento ritenuto atto direttamente o indirettamente a garantirlo.

Ma la concorrenza è effettivamente atta per se stessa a garantire il pluralismo?

I dubbi che su ciò sono stati sollevati forse non impongono la risposta negativa ma certamente appaiono ragionevoli: la legge dell'audience, la necessità cioè di catturare l'attenzione e compiacere le inclinazioni della massa non induce a tener conto né delle esigenze delle minoranze marginali né di élites culturali.

Certo, la concorrenza se non è condizione sufficiente è comunque condizione necessaria di un'informazione pluralistica. Quanto meno se non si ritenga di poter assicurare, e comunque di voler perseguire, un pluralismo interno. Un tentativo mai percorso realmente dal nostro legislatore, e addirittura escluso nei confronti dell'impresa privata, motivando l'esclusione con il dovuto rispetto della libertà di iniziativa economica e della libertà di manifestazione del pensiero. Un'obiezione che certamente ha il suo peso, ma che forse non risponde al dubbio; perché la libertà di iniziativa economica secondo la volontà costituzionale non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, ed è difficile negare che il pluralismo sia socialmente utile; e perché la libertà di manifestazione del pensiero sembra avere scarse parentele con la formazione del palinsesto da parte non di un autore inteso ad esercitare la propria libertà intellettuale, ma di un'organizzazione economica intesa a perseguire un profitto<sup>26</sup>. Senza contare che nella gerarchia logica dei valori costituzionali essa comunque sembra venire pur sempre dopo i principi fondamentali dell'art. 2.

---

<sup>26</sup> È utile ricordare qui il parere del Comitato economico e sociale citato nella nota 20 che precede.



La difesa del pluralismo resta così agganciata, ad esclusione di ogni intervento sui contenuti, al solo profilo strutturale rilevante in queste pagine, offerto dalla normazione sulla concorrenza<sup>27</sup>. Ma, come si è visto, il fenomeno della convergenza tra telecomunicazioni e comunicazioni di massa non è destinato a generare una concorrenza indiscriminata. Poiché la concorrenza generale si verifica ai soli livelli delle tecnologie e delle infrastrutture questa sarà l'area di un'effettiva comune concorrenza. Quanto invece ai servizi, le posizioni forti destinate a perpetuarsi nella telefonia e nei servizi connessi ovvero nella produzione e distribuzione di contenuti avranno indubbiamente rilevanza, ma per quanto si può prevedere soltanto nel settore direttamente interessato e nei mercati contigui. Da questo punto di vista ciò che veramente unifica, almeno tendenzialmente, l'intera area di cui qui ci si occupa, e ne fa un unico mercato aperto a un'effettiva competizione, anche al di là di tecnologie e strutture, è piuttosto il fatto che gli operatori tendono ad espandersi in tutti i settori, e che pertanto è prevedibile che chi oggi si occupa di telecomunicazioni domani si renda presente nelle comunicazioni di massa e viceversa, così invadendo campi originariamente riservati ai monopolisti e oligopolisti di un tempo.

Questo fenomeno, quello cioè degli incroci, in passati ma recenti progetti era stato visto con tale sfavore da dettare norme intese a bloccarlo, e certamente vi sono per questo delle ragioni: basta tener conto della contiguità ormai di tutti i mercati e delle posizioni dominanti sussistenti, per intuire che queste tenderanno ad estendersi stroncando sul nascere la competizione. Ma sotto certi aspetti deve essere invece valutato positivamente: la preoccupazione accennata fa infatti sorridere quando si immagina che i nuovi competitori possano essere i giganti mondiali del broadcasting, delle telecomunicazioni o dell'informatica. E uno scrupolo di difesa della concorrenza rischia di rivelarsi un espediente protezionistico di difesa degli attuali monopoli e duopoli di fatto.

#### **8. NECESSITÀ DI UNA POLITICA DI LIBERALIZZAZIONE PER LA CONCORRENZA E DI PROVVEDIMENTI SPECIFICI PER LA DIFESA DEL PLURALISMO «INTERNO».**

Resta allora soltanto da domandarsi, ma con la consapevolezza delle possibilità piuttosto circoscritte che si offrono oggi ad un legislatore, derivanti sia dai limiti degli strumenti disponibili, sia dalla natura stessa degli obiettivi perseguiti, quali scelte concrete

---

<sup>27</sup> Che così sia, e quali ne siano limiti *op. cit.*, 2480.  
ed equivoci lo segnalava già R. PARDOLESI,

siano possibili, e quali tecniche normative appaiono razionali rispetto alle singole scelte possibili.

Se la scelta di politica legislativa è davvero la concorrenza allora il primo strumento di cui servirsi è la liberalizzazione. Al governo del mercato bastano infatti (salvo quanto subito si dirà) le regole ordinarie della legislazione generale, ed ogni ulteriore intervento normativo che invece che a liberalizzare fosse inteso a conformare il mercato delle comunicazioni non potrebbe invocare con sincerità il valore della concorrenza, anche se potrebbe forse invocarne altri. Il limite della sufficienza della legislazione ordinaria e quindi la ragione di un intervento ad hoc non è infatti in una situazione strutturale di carattere permanente che possa giustificare un legislatore intenzionato a ridisegnare la mappa del potere, bensì in una situazione funzionale di carattere contingente, che giustifica soltanto interventi temporanei per il trapasso dagli attuali monopoli ed oligopoli, quanto meno di fatto, ad un mercato effettivamente aperto. Ma per un simile intervento temporaneo si offrono strumenti che non soltanto sono già indicati dalla logica delle cose e dalla teoria economica, ma prima ancora imposti da specifici obblighi di fonte comunitaria. Ad evitare infatti che gli organismi di telecomunicazioni che hanno tuttora il monopolio, talvolta ancora di diritto, e comunque di fatto, delle infrastrutture e dei servizi di base facciano riflettere questa loro preponderanza sugli altri servizi e stronchino sul nascere l'ingresso di competitori si richiede semplicemente l'adempimento del vincolante programma di liberalizzazione approvato con ripetute direttive in materia di servizi, di rete aperta, di terminali, di comunicazioni satellitari da parte dell'Unione Europea<sup>28</sup>. Sia la logica che quelle direttive accompagnano i provvedimenti di liberalizzazione con misure intese a precludere nel caso specifico l'abuso delle perduranti posizioni dominanti. A questi fini si fa obbligo di consentire l'accesso alle infrastrutture, di rendere disponibili anche ai terzi l'utilizzo della capacità eccedente delle infrastrutture alternative, si introducono quanto meno a carico dei monopolisti delle strutture obblighi di negoziazione, principi di parità di trattamento, e una politica delle tariffe orientata ai costi e soprattutto capace di far emergere in rapporto a ciascun servizio i costi effettivi, precludendo sussidi incrociati. Alla stessa stregua, per quanto concerne il comparto delle comunicazioni di massa, il ripristino di un'effettiva concorrenza passa molto meno per l'in-

---

<sup>28</sup> Vanno ricordate essenzialmente le Direttive 90/387 (direttiva ONP); 90/388 e succ. agg. e modif. sulla concorrenza nei servizi di tlc; 92/44 sull'apertura delle linee affittate; 95/51 sulla apertura delle

reti via cavo alle tlc; 95/62 sull'apertura delle linee di telefonia vocale; 96/2 sulla liberalizzazione della telefonia mobile; 96/19 sulla completa liberalizzazione dei servizi di tlc.

sistenza su chi può avere quante reti di diffusione via etere terrestre, o per il divieto di incrocio con altri media, e molto più per l'apertura ad una nuova emittenza di efficaci media alternativi, come il cavo o il satellite. Ma anche qui, ben inteso, accompagnando la liberalizzazione con quelle misure temporanee che impediscano a chi detiene una posizione dominante di estenderla, e quindi di rafforzarla, stroncando sul nascere i nuovi competitori. Come richiede a giudizio di chi scrive tanto la razionalità del sistema quanto, comunque, il programma delineato nei documenti dell'Unione Europea.

Se invece la scelta da compiere non ha come unico valore la concorrenza, ma si ispira anche ad altri, e segnatamente al pluralismo ideologico, culturale, sociale, religioso, etnico, affinché sia data una voce anche alle tendenze minoritarie che difficilmente dispongono dei mezzi patrimoniali sufficienti a intervenire in un mercato cui non si accede senza disponibilità ingenti di capitali, allora bisogna domandarsi se non sia ormai fuorviante affidarne la realizzazione al cosiddetto pluralismo esterno nei confronti della generalità dei competitori, e ad un pluralismo interno relativo alla sola concessionaria del servizio pubblico<sup>29</sup>.

Intanto noteremo che almeno allo stato attuale delle cose e per il prevedibile futuro eventuali linee di politica legislativa intese a tutelare valori diversi dalla concorrenza non hanno giustificazione alcuna al di fuori di quelle parti del generale mercato in formazione delle comunicazioni che restano tuttora caratterizzate dalla rilevanza dei contenuti. E questo dovrebbe denunciare l'irrazionalità dell'applicare invece un simile approccio anche alle telecomunicazioni in senso proprio.

Poi noteremo che scegliere di affidare la difesa del pluralismo al cosiddetto pluralismo esterno significa nei fatti scegliere di coprire con una formula e una dichiarazione di principio l'inerzia. Perché pluralismo esterno non significa altro che concorrenza, e la concorrenza come visto è condizione necessaria ma insufficiente del pluralismo. Sicché le legislazioni sui mezzi di comunicazione di massa che dichiarano di garantire il pluralismo attraverso la concorrenza vanno riconosciute per quello che sono: legislazioni che garantiscono appunto la concorrenza ma non il pluralismo. Bisognerà allora chiedersi finalmente che senso e che direttrici potrebbe avere un intervento normativo inteso a garantire un pluralismo interno. Si tratta forse della risposta più difficile da dare. Ma soltanto sgombrando il terreno da quelle apparenze fuorvianti il problema può finalmente essere messo a fuoco. Né qui si pre-

<sup>29</sup> Considerazioni simili si leggono nel *Libro verde sulle concentrazioni dei mezzi di comunicazione di massa*, citato nella no-

ta 20 che precede, spec. nel Cap. II, Sez. 1, Sottosezione 2.

tende di far di più. Si constata allora che per quanto riguarda l'applicazione di un pluralismo interno all'impresa privata le resistenze e le obiezioni rilevanti sul piano giuridico non derivano tanto dalla libertà di manifestazione del pensiero, che certamente non può servire a tutelare la mancanza di obiettività e di completezza dell'informazione, quanto dalla libertà di iniziativa economica, perché è indubbiamente anti economica e restrittiva della libertà imprenditoriale qualunque linea normativa che non consenta all'imprenditore privato di programmare inseguendo gusti tendenze e financo debolezze della massa. E poiché il limite di utilità sociale all'iniziativa privata voluto dall'art. 41 della Costituzione secondo l'opinione prevalente può avere un contenuto negativo, ma non uno stringente e analitico contenuto positivo<sup>30</sup>, pur con lo sgomento suscitato dall'alluvione di TV spazzatura non si può escludere, ma riesce difficile vedere in qual modo si potrebbe legittimamente chiedere all'emittenza privata di dare maggiore spazio ad istanze culturali sociali o ideali magari di migliore qualità ma certamente di minore resa economica.

Per quanto concerne poi il pluralismo interno alla concessionaria del servizio pubblico non si può non notare la tendenziale contraddittorietà fra le ragioni che furono poste alla base del servizio pubblico, oggi in gran parte venute meno, e una posizione concorrenziale della concessionaria nel mercato. Ma qui il discorso dovrebbe aprire un altro e diverso capitolo di riflessione, quello, di grande attualità, delle privatizzazioni, che sfugge agli intenti di queste pagine, legati alla concorrenza.

Sicché non resta che conformarsi a quella massima di esperienza per cui un'impetosa diagnosi è sempre condizione di un'efficace terapia. E riconoscere da un lato che il pluralismo interno della concessionaria pubblica non va oltre le platoniche dichiarazioni di principio e dall'altro, quanto al pluralismo esterno, che in realtà la concorrenza o meglio la pluralità degli operatori di per sé non è affatto mezzo di garanzia della completezza ed obiettività di un'informazione in cui tutte le componenti sociali siano rappresentate.

Resta allora solo da chiedersi se la concorrenza che per le vie indicate non offre affatto un'informazione pluralista non possa in realtà offrirla almeno in parte per altra via. Le scienze economiche insegnano che nel mercato operano efficacemente solo le forze e le logiche del mercato. Un pluralismo paternalistico imposto dal legislatore o rimane lettera morta o è travolto. Ma le logiche del mercato non lasciano trascurata alcuna minoranza se in

---

<sup>30</sup> Rinvio per brevità a A. GENTILI, *L'iniziativa economica privata*, in *I rapporti economici nella costituzione*, III, *Impresa*

*Proprietà Credito*, Milano, 1989, p. 1 ss., spec. p. 57-58, p. 87 ss.

essa un operatore economico può trovare una sua « nicchia » da cui ricavare un adeguato tornaconto. Solo che le condizioni perché ciò possa accadere non si verificheranno mai fino a che la situazione dei media rimarrà quella monomediata e bloccata della realtà attuale. La liberalizzazione e l'integrazione sembrano dunque gli strumenti perché dalle logiche stesse della concorrenza possa nascere un effettivo maggiore pluralismo dei contenuti sia pure marginale nell'ambito di quelle che chiamiamo, anche in questo senso, comunicazioni di massa.

## 9. CONCLUSIONI.

Vi sono, come si è detto, almeno due modi in cui può atteggiarsi un legislatore intenzionato a regolare la concorrenza. Ma vi è, come ormai appare chiaro, un solo modo, almeno ad opinione di chi scrive, se quel legislatore è intenzionato a regolare la concorrenza nel solo interesse della concorrenza. In questo caso la razionalità del sistema normativo impone che la conformazione del mercato, la distribuzione del potere economico, gli esiti della competizione dipendano esclusivamente dal mercato, dalle forze economiche, dalla competizione. Senza altre regole che le regole tradizionali di una leale concorrenza. Che però includono severità e rigore contro tutte le pratiche che quella concorrenza distorcono, e pertanto escludono, per scendere nel concreto del nostro caso, l'abuso di situazioni di monopolio, l'ingiustificato rifiuto di contrattare, la scarsa trasparenza sui legami societari, la confusione delle plurime imprese all'interno dell'unico formale imprenditore, le disparità di trattamento, il monopolio delle infrastrutture, l'impossibilità di ricorrere a quelle alternative, gli steccati insuperabili tra le diverse provincie, l'impossibilità di concorrere in un servizio valendosi di altri mezzi di trasmissione, le tariffe irrazionali e non orientate ai costi, la scarsa trasparenza sui costi effettivi, i sussidi incrociati, la monopolizzazione delle fonti di finanziamento pubblicitarie, l'irrazionale distribuzione delle frequenze, l'irrazionale attribuzione delle frequenze e quant'altro l'astuzia escogita ai danni di una razionale applicazione delle regole della concorrenza.

Beninteso, sarebbe ingenuo attendersi anche da una razionale organizzazione legislativa del mercato integrato delle telecomunicazioni e delle comunicazioni di massa più di quanto essa per natura possa dare: come il mercato non conosce altra logica che la propria, così non esprime altri valori che quelli del mercato.

Se perciò il legislatore intende tutelare altri valori, in una complessiva considerazione dell'interesse sociale, non è alla concorrenza che deve affidarli. Ma allora deve anche dichiararli e soprattutto adottare gli strumenti per assicurarne una garanzia effettiva. Consentendo oltretutto agli interpreti di riconoscere quali

sono i valori perseguiti anche a detrimento della concorrenza e quali gli strumenti per perseguirli; e di controllare l'effettiva coerenza di quegli strumenti rispetto a quei valori. Per evitare, quantomeno, che l'interesse di parte si faccia beffe della ragione con la complicità della retorica.