
ENRICO ZANELLI

L'ASSETTO DEL SISTEMA TELEVISIVO E DELLE TELECOMUNICAZIONI

Avendo ascoltato questa mattina Roberto Zaccaria definire, giustamente, il proprio intervento come « conservatore », mi sono reso conto che a questo stadio della vita sono evidentemente diventato, senza accorgermene, « progressista ». E non perché non condivida i valori costituzionali evocati in quell'intervento, ma perché ho una diversa concezione dei loro contenuti e dei loro equilibri.

I francesi hanno recentemente coniato l'espressione « *television à la carte* » per riferirsi all'assetto televisivo già realizzato negli Stati Uniti, ossia quella prospettiva ormai non solo virtuale che John Malone ha definito « l'universo a 500 canali », consentito dalla digitalizzazione dei segnali. Cinquecento canali che non trasmettono tutti la stessa telenovela se non nella misura in cui fosse richiesto dal mercato, sia pure in contrasto con Platone, Stalin e alcuni altri che pensano di insegnare alla gente quello che le deve piacere. In realtà, tutto ciò in tanto è vero in quanto si può andare più in là, e parlare globalmente di telecomunicazioni (e non solo di televisione) *à la carte*.

Il Vice Presidente e leader democratico del Senato Al Gore ed il capo dei deputati Repubblicani Newt Gingrich a fronte di un fenomeno così eloquente non hanno neppure tentato di costruire artificialmente opinioni e posizioni in contrasto fra loro, in ossequio a quella che qui qualcuno ha rivendicato come la centralità della politica, e in poche settimane fra il gennaio ed il febbraio di quest'anno hanno fatto approvare dal Congresso il nuovo Telecommunications Act, prendendo di sorpresa gli aspiranti esperti regolatori del settore di tutto il mondo. Hanno così dimostrato che la loro fantasia è di quelle che trasformano la visione della realtà

* Intervento al Convegno « Il diritto delle telecomunicazioni » tenutosi ad Alghero i giorni 20 e 21 settembre 1996, organizzato dall'Università di Sassari e dal Centro

di iniziativa giuridica Piero Calamandrei nell'ambito della ricerca CNR « Il diritto delle telecomunicazioni ».

in decisioni, all'opposto della fantasia perversa spesso dimostrata dalla nostra classe politica, che senza avere la visione della realtà le sostituisce le proprie visioni conflittuali, e quindi l'assenza di decisioni, o peggio l'assunzione di decisioni paralizzanti.

Promulgato l'8 febbraio, il Telecommunications Act assegnava alla FCC il termine di sei mesi per l'emanazione dei primi regolamenti, puntualmente pubblicati alla scadenza dell'8 agosto. Il Presidente di quella che noi chiameremmo l'Authority delle Telecomunicazioni, Reed Hundt, ha sottolineato la tempestività del lavoro svolto, ma tenuto conto della complessità di ciò che restava da fare nei prossimi mesi e anni, si è limitato a dichiarare che per il riassetto globale del sistema si era raggiunto, come si suol dire, se non il mitico « inizio della fine » almeno il punto fermo, la certezza della « fine dell'inizio ».

Per quanto ci riguarda — cosa possiamo dire? — c'è forse oggi l'esile speranza nella tenue probabilità di trovarci alla vigilia dell'« inizio dell'inizio ».

Ma dirò subito che c'è anche qualche motivo positivo per richiamarci comunque all'evoluzione ed al modello della legge americana, su cui mi soffermo quindi con una certa insistenza. Non sarà mai abbastanza sottolineato che quel termine di raffronto deve essere scelto anche perché deve ammonirci, deve soprattutto essere vissuto in termini di organizzazione del processo decisionale legislativo e regolamentare, in termini di efficienza, di pragmatismo, di elasticità, di presunzione di buona fede e trasparenza nella rappresentanza e nell'aggiudicazione degli interessi in gioco, insomma in termini di quel realismo e di quella fantasia — di cui parlavo prima — dei responsabili di fronte ai cittadini di specifiche funzioni normative o esecutive, che riescono però a neutralizzare le tentazioni della fantasia politica deteriore — di cui pure parlavo prima — che è poi nient'altro che la riproposizione o rifondazione (qualche volta appena aggiornata all'americana, appunto, nel linguaggio di taluni) di tutti i pregiudizi del passato, anche quelli ormai più screditati (ed a cui l'autocritica sembra sempre far seguito tardivo e parziale).

Colti di sorpresa, dicevo, i regolatori di tutto il mondo, dalla rivoluzione copernicana che la nuova cosmogonia del sistema delle telecomunicazioni degli Stati Uniti ha deliberatamente voluto compiere. Procedendo a ritroso prima di giungere alla sorgente, i due regolamenti emanati l'8 agosto dalla Federal Communications Commission si occupano entrambi essenzialmente di rendere applicabile la nuova sezione 251 del Codice delle Telecomunicazioni, al fine di assicurare l'accesso alla telefonia locale offrendo l'interconnessione e l'utilizzabilità dei singoli servizi ai nuovi operatori, con la rimozione inoltre delle barriere tra le reti consolidate in ciascuna area ed i collegamenti *long-distance*; entro l'8 maggio del '97, a questo primo passo riguardante il perno dell'interconnessione seguiranno un secondo passo consistente nella riforma

della gestione e della nozione stessa di servizio universale ed infine un terzo passo relativo allo strumento essenziale del ricalcolo e della riallocazione dei costi di accesso ai servizi liberi nonché dei costi incrementali per il finanziamento del servizio universale in ciascuna area ed in ciascun tipo di servizio. Nei vari passaggi si ruota anche intorno a due principii nuovi: il negoziato diretto tra i soggetti privati interessati prima di un'eventuale mediazione pubblica ed un ruolo più pronunciato dei regolatori locali — Stato per Stato — nel determinare con la FCC il livello ottimale di concorrenza correlato alla storia ed alla struttura delle preesistenti posizioni dominanti.

I regolamenti che ho voluto richiamare per rendere per così dire palpabili i profili a caleidoscopio del nuovo regime sono naturalmente funzionali all'attuazione del Telecommunications Act dell'inizio di questo 1996, un provvedimento epocale e comprensibile solo con un testo collazionato perché si presenta come una serie di centinaia di modifiche ed emendamenti alla precedente legge base, che fra l'altro risale, proprio come il Codice postale italiano, al 1936. Ma sui rapporti tra il *prima* ed il *dopo* del Telecommunications Act del 1996 occorre intendersi. L'apertura alla concorrenza incrociata tra gli operatori grandi e piccoli di tutti i settori della comunicazione e dell'informatica appare un rovesciamento e superficialmente un indebolimento del precedente regime che aveva imposto — contro la formazione di posizioni dominanti — la segregazione dei diversi mercati della telefonia in voce locale, *long distance*, *mobile* o *cellular*, trasmissione dati e così via. Ma se sotto il profilo strutturale la rivoluzione è, come dicevo, copernicana, sotto il profilo filosofico invece non si tratta altro che dell'applicazione pragmatica di nuove soluzioni e nuovi esperimenti a nuove situazioni e, se si vuole, a nuove incognite più o meno anarchiche — ma sempre alla luce di un principio di fondo, quello della tutela e promozione della concorrenza, che da un livello di necessaria e tradizionale regolamentazione si eleva ad un livello — ritenuto ottimale — di più aperta ed innovativa deregolamentazione, parallelamente all'ampliamento del terreno di gioco e cioè del mercato, a sua volta provocato da una fase di innovazione tecnologica senza precedenti, tale da rendere obsolete non tanto le nostre strumentazioni legislative quanto le nostre abitudini mentali.

Vi è dunque, nel cambiamento e nel superamento delle rigidità stratificate, una continuità ideale — come è stato rivendicato dal Commissario della FCC James Quello — tra il Telecommunications Act 1996 ed i due eventi precedenti che, nel 1984, avevano segnato i due primi passaggi dal monopolio naturale secolare dell'intero sistema telefonico alle prospettive, sia pure ancora a mercati settoriali separati, a) dell'ingresso dei nuovi operatori per la prima volta in concorrenza con la AT & T sul mercato *long distance*, e b) dello smembramento finanziario e territoriale delle

Baby Bells con la loro trasformazione in una pluralità di monopoli naturali locali della comunicazione su filo telefonico in attesa dell'irrompere delle nuove tecniche di trasmissione di suoni, dati ed immagini accomunate dalla conversione e riconversione digitale. Non vi sono state e non vi sono, mi sento di affermare, ideologie politiche o teorizzazioni accademiche che possano togliere alla soluzione adottata negli Stati Uniti la sua natura di riassetto delle telecomunicazioni tanto razionale e coraggiosa quanto senza alternative. C'è una sola difficoltà: si tratta di capirlo.

Ricordando allora, in sintesi, che di questa operazione — ovviamente non asimmetrica — è stato anche detto che è stata guidata dal criterio « della tutela della concorrenza, non della tutela dei concorrenti » (e notare l'eleganza con cui si omette qui addirittura ogni riferimento al corollario — in quanto tale pleonastico, abusato e noioso — della tutela dei consumatori), ricordando questo abbiamo completato il principale scenario di riferimento su cui parametrare i cambiamenti strutturali e normativi, relativi alla globalità delle telecomunicazioni in Italia. Come si presentano, allora, gli Spaghetti Telecommunications Acts predisposti dal Ministero delle Poste?

Televisione da un lato e telecomunicazioni dall'altro lato sono rappresentativi di due mercati ritenuti diversi, rispettivamente il mercato delle idee ed il mercato dei beni o servizi (o beni in senso lato), che sembrano volta a volta rincorrersi e allontanarsi, ma che mai come oggi sono maturi, pur con qualche passo indietro o in diagonale, per avvicinarsi e, in prospettiva, per fondersi. La linea di demarcazione tra il mercato delle idee ed il mercato dei beni economici è tracciata da una specie di lungo filo rosso che corre nella scienza politica ed in quella economica da John Milton a Ronald Coase. Il principio chiave che sembra non riuscire mai ad imporsi contemporaneamente nei due mercati è quello della libertà in contrapposizione ad una regolamentazione oppressiva o quanto meno umiliante per queste che sono entrambe espressioni della personalità e dell'operosità umana. Tuttavia è con riguardo alle idee che abbiamo la priorità temporale e che troviamo nell'*Areopagica* di John Milton, del 1643, il primo « discorso », il primo saggio specifico a difesa della libertà di stampa, che secondo Milton non può recare danno alla società poiché chiunque può discernere la forza irresistibile della verità dalla menzogna quando il confronto è aperto e l'offerta delle opinioni pluralistica, come si direbbe oggi (ma si dice male, come chiarirò più avanti). Questa dottrina ha poi trionfato negli ultimi due o tre secoli nelle società democratiche, essenzialmente perché basata sulla concezione, o il pregiudizio, diciamo il postulato che le idee e la loro circolazione rappresentino un valore intrinseco superiore a quello dei beni materiali e della loro circolazione. Ne è derivato il corollario, ancora strisciante, che mentre la li-

bertà del mercato delle idee non debba in alcun modo essere regolata (e proprio per questo, forse, si è finito per regolarla più delle altre), la libertà del mercato dei beni e servizi possa essere opportunamente limitata con interventi pubblici di regolamentazione, ipotesi contemplata come plausibile ancora da un illuminista come John Stuart Mill.

Questa sintesi per la verità dovrebbe essere sfrondata da un paio di equivoci su cui non posso soffermarmi molto ma che riguardano il rapporto tra libertà e regolamentazione, nella misura in cui si può anche conversamente immaginare che la libertà sia garantita dalla regolamentazione e si contrabbandi quindi anche la regolamentazione illiberale come intesa al perseguimento del bene della collettività, come avviene oggi con le giaculatorie sul pluralismo e la centralità del servizio pubblico televisivo.

Sta di fatto che, a cominciare da Adam Smith la lotta per la libertà di mercato ha preso come punto di riferimento esplicito la parità di trattamento del mercato dei beni rispetto al trattamento già privilegiato ed entrato nella coscienza liberale riservato alle idee e quindi al loro mercato. Per finire poi con una estremizzazione di questo concetto, paradossale ma già adombrata dallo stesso Smith, e teorizzata da Aaron Director e infine da Ronald Coase (in una elaborazione svolta a Chicago ormai da quattro o cinque decenni) per cui non vi è alcun motivo di non rovesciare la base del trattamento paritario, e ove si ritenga di non prescindere dall'opportunità di una regolamentazione del mercato dei beni non vi sia alcun motivo per cui uguale regolamentazione non debba allora ritenersi altrettanto benefica per il mercato delle idee. Insomma, o nessuno dei due mercati, o l'uno e l'altro soggetti a regolamentazione.

Si tratta non di alcune buone ragioni per sopprimere la libertà di stampa, come potrebbe pensare l'amico Zencovich, ma di una provocazione intellettuale. Sono in sostanza gli uomini dell'economia a ricordare agli uomini della cultura come non sia corretto rivendicare la libertà propria se non si riconosce nella stessa identica misura la libertà altrui nei vari settori in cui ciascun individuo desidera esprimere la propria personalità. E l'apparente conflitto tra libertà e regolamentazione nell'interesse generale si scioglie tutto in una *deregulation* da cui residuano soltanto quelle regole che servono a mantenere la libertà e così a promuovere la concorrenza, non a porle lacci, recinti, steccati, quote, tetti o letti di Procuste.

Quali i riflessi di questo *excursus* sul nostro quadro attuale, sui due disegni di legge Maccanico, che in quanto appunto progetti parziali e soggetti ad un *iter* parlamentare non sempre politicamente limpido e tecnicamente impeccabile, consigliano per ora qualche commento più di filosofia che di dettaglio?

Si potrebbe forse dire, con una valutazione che riconosco non priva di ambiguità, che il governo sembra essersi soprattutto atte-

nuto alla regola che già Amleto implorava la madre, regina colpevole e incestuosa, di osservare: « Assumi la sembianza della virtù, seppur non ne possiedi l'essenza ».

Intendiamoci: tutta questa materia è dominata, vorrei dire sovrappiatta, dalla questione della necessaria rivisitazione — paralizzante ogni effettivo progresso concettuale finché non compiutamente realizzata — di tre nozioni che sotto diverse spoglie hanno segnato i vari ordinamenti giuridici (non solo quello italiano, ma certo tipicamente quello italiano): le nozioni di servizio pubblico, di concessione, di servizio universale. Questa problematica è abissale, comunque centrale: se non sarà rivoluzionata impedirà o ritarderà da noi la stessa rivoluzione tecnologica e sociale delle telecomunicazioni e dell'informazione multimediale. È ovvio che devo limitarmi a questo accenno, ma lasciatemi indicare tre spunti per ciascuna di queste nozioni.

L'espressione *servizio pubblico* ha due significati distinti, quasi sempre però equivocati e sovrapposti: un servizio si dice pubblico se prestato da un soggetto pubblico, ma lo si è detto pubblico anche in quanto rivolto al pubblico, il che invece in realtà non lo distinguerebbe affatto dal mercato di tutti i beni e servizi anch'essi per definizione destinati al pubblico; e d'altronde ormai troppo arbitrarie ed elastiche sono oggettivamente diventate le specificazioni centrate, anche costituzionalmente, sulla caratteristica della necessità, dell'essenzialità, dell'interesse generale, della pubblica utilità.

Una più o meno discutibile, anche se di rilevanza costituzionale, riserva pubblica di dominio eminente o di prestazione di attività è alla base anche della nozione di *concessione*: i fondamentali bisogni della vita come i più frivoli intrattenimenti sembrano essere oggetto, in Italia, di magnanima concessione dello Stato ai cittadini, direttamente o tramite dei sostituti privilegiati che sono appunto i concessionari, con i possibili arbitrii che tutti sappiamo; di qui in sostanza una concezione demaniale persino dell'etere avvalorata per decenni dalla Corte Costituzionale con argomenti che erano insostenibili già allora, non soltanto oggi.

Infine il *servizio universale*, rispetto al quale occorre evitare quanto meno che si trasformi in un alibi per sussidi incrociati e surrettizi; è probabile a mio avviso che si debba riconoscere una residua validità alle nozioni di servizio pubblico e servizio universale proprio in quanto finiscano per essere coincidenti. E in tal caso nei prossimi anni si tratterà comunque di fissarne i limiti, evitando di elevare indefinitamente la soglia dei bisogni essenziali da assicurare a tutti mentre sull'altro versante si gonfia l'identificazione della soglia della povertà, ed in America il tipico abbonato ad una dozzina di *pay tv* si colloca intorno a quella soglia. Un fine costituzionalista, Pasquale Costanzo, ci ha già avvertiti con incerta ironia che « verrà il giorno in cui Internet sarà un diritto come il pane ». Eppure, stranamente, i fornai, diversa-

mente dalle emittenti televisive e dalle reti telefoniche, non sono mai stati soggetti a concessione.

Nell'ambito dei due disegni di legge del luglio scorso sull'Authority e sul sistema globale delle telecomunicazioni, nonché del decreto-legge del 28 agosto, quanto all'assetto televisivo ed in particolare della Rai — diciamo pure il fenomeno Rai in quanto servizio pubblico — preciserò qualcosa quasi subito in chiusura. Quanto all'assetto delle telecomunicazioni era stata precedentemente ventilata un'ipotesi apparentemente ragionevole ma pericolosa, cioè con una fase di passaggio ancora contraddistinta dalla separazione dei diversi mercati multimediali; è prevalsa, credo correttamente, un'ipotesi di liberalizzazione aperta — anche se non garantita sufficientemente dal supporto di una filosofia e di una strumentazione genuinamente antitrust, perché sempre ispirata invece dal modello burocratico italiano che fa perno su tetti predeterminati di quote di mercato e di risorse e sulla gestione della concorrenza da parte dell'Autorità di settore, anziché riferirsi ad una normativa generale di valutazione caso per caso delle restrizioni della concorrenza affidata non tanto ad una Autorità Garante quanto al giudice ordinario, secondo l'unico modello antitrust che si è dimostrato efficace negli ultimi centosei anni, e cioè lo Sherman Act del 1890. Le esigenze del servizio universale devono ancora tutte essere misurate, come accennavo, e mai come in questo caso sarebbe opportuna una riflessione in termini rigorosi di costi e benefici, secondo i principi d'altronde additati già molto tempo fa dagli utilitaristi illuministi. A proposito dei quali osservo incidentalmente, con una sfumatura personale, che coloro i quali sono oggi responsabili di realizzare la privatizzazione e liberalizzazione del sistema telefonico, e cioè gli amministratori della Stet e dell'Iri, anche sotto questo profilo si trovano — di buon grado, devo dire — a dover rifarsi ad Adam Smith, che naturalmente fu il più convinto assertore del *free trade*, o libero commercio internazionale, pur ricoprendo nella vita proprio l'incarico di sovrintendente alle dogane, oltre che di docente universitario.

E veniamo da ultimo alla televisione, agli equivoci retorici sul pluralismo, sulla centralità del servizio pubblico, su di un inesistente diritto passivo all'informazione (che in realtà la Costituzione vive solo considerandone, per così dire a rovescio, l'unica effettiva fonte esistente che è un diritto attivo, e cioè la libertà di manifestazione del pensiero). Sappiamo tutti che il pluralismo in concreto significa lottizzazione partitica e una sorta di *affirmative action* a favore di soggetti ed idee preselezionate in quanto gradite al Palazzo ed a quegli intellettuali che abitano nell'attico abusivo del Palazzo.

Quale preciso significato ha parlare di servizio pubblico con riferimento alla televisione? Come si concilia la prospettiva della privatizzazione della Rai, determinata da un referendum e previ-

sta sia pure con quote minoritarie dallo stesso disegno di legge Maccanico, con il mantenimento o persino il rilancio (in quanto tale auspicato) della specificità del servizio pubblico? Comincia, molto faticosamente, a farsi strada l'idea che una forte specificità, e quindi una radicale differenziazione rispetto alla tv commerciale, siano l'imprevedibile giustificazione della funzione di una qualsiasi tv pubblica. Allora troppo timido, anzi irrealistico appare il discorso proposto ritualmente da tutti i Consigli di amministrazione Rai, mirato alla migliore qualità dei programmi, quando globalmente i palinsesti continuano ad essere omogenei ed in diretta concorrenza rispetto a quelli dell'emittenza privata. D'altronde se per la Rai si procedesse, come si dovrebbe, ad una privatizzazione, che sarebbe in diretto contrasto con la residua (a maggior ragione se rafforzata) funzione pubblica dogmaticamente attribuita alle sue reti, continuerebbero ovviamente e necessariamente a prevalere le ragioni dell'intrattenimento da avanspettacolo. Per motivi esclusivamente e squisitamente storici e politici la questione non è del tutto matura né in Italia né in Europa, ma la verità è che la soluzione non può essere quella di razionare nel numero o riqualificare nella qualità le reti generaliste attribuite sia alla Rai che ai privati, bensì quella da un lato di trasferire ai privati una o più reti dell'attuale azienda Rai, essenzialmente commerciale, dall'altro lato non dimenticare neppure per un momento che la nostra camera con vista sull'universo sarà presto a 500 canali, e infine attribuire al settore pubblico (ad esempio, con un'apposita fondazione) quelle sole reti e quelle sole funzioni di interesse generale per le quali il mercato sembra non fornire remunerazione, il che non sarà neppure del tutto vero in un prossimo futuro, nel quale si moltiplicheranno gli stimoli culturali e la loro sponsorizzazione anche in sede di mecenatismo, quando cioè anche le grandi dinastie imprenditoriali italiane avranno imparato a finanziare musei e teatri anziché squadre di calcio.

Allora a fronte della domanda finale, e cioè se i disegni di legge considerati siano « virtuosi », si comprende che nella proposta globale del governo sono commisti il bene ed il male, sicché anche per questa proposta possiamo forse evocare il seguito dell'esortazione di Amleto alla madre con il cuore spezzato in due, di gettarne via la parte peggiore, « che tu possa vivere più pura con l'altra metà ».