

CARLO MAGNANI

COMUNICAZIONI ELETTRONICHE
E CONVERGENZA TECNOLOGICA:
CONCORRENZA E PLURALISMO
NELLA SOCIETÀ EUROPEA DELLA INFORMAZIONE

1. La Società europea dell'informazione: la libertà di comunicare e le tecnologie

La libertà di informazione costituisce un aspetto assai significativo della più generale libertà d'espressione, il cui riconoscimento nelle carte dei diritti accompagna l'affermazione del costituzionalismo europeo. Il diritto alla informazione, tuttavia, non riceve sovente una esplicita inclusione nelle carte costituzionali¹, risultando per lo più incluso nella più "classica" libertà d'espressione². Si possono rintracciare comunque significative affermazioni del diritto alla informazione già in occasione della Dichiarazione dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite, dove all'art. 19 si fissa proprio la libertà di scambiare informazioni³.

Per quanto riguarda invece il livello dell'ordinamento europeo⁴, la

¹ Sulla dimensione della informazione nell'ordinamento italiano, A. LOJODICE, *Informazione*, in *Enciclopedia del diritto*; S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975; M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in R. Nania, P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2001. Da ultimo il ponderoso volume, A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero. Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006.

² La Costituzione italiana nell'art. 21 dedicato alla libertà d'espressione, come è noto, non cita mai esplicitamente il termine informazione preferendo quello di libertà di manifestazione del pensiero. Una soluzione diversa si rintraccia nell'art. 5 della (coeva) Costituzione dello Stato tedesco, dove si parla di diritto «di informarsi»; anche la Costituzione spagnola nell'art. 20 garantisce il «diritto a trasmettere e ricevere liberamente informazioni». Già dal 1919 la Costituzione finlandese all'art. 10 afferma il «diritto di divulgare, pubblicare e ricevere informazioni».

³ Lo stesso Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici delle Nazioni Unite (19 dicembre 1966), riconosce altresì all'art. 19 la libertà di informazione.

⁴ Si veda, G. FERRANTI, *L'evoluzione della libertà d'informazione nella giurisprudenza degli organi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, 2004; M. MIGLI-

CEDU all'articolo 10 e successivamente la Carta di Nizza all'art. 11 con una formulazione testuale pressoché analoga, consacrano direttamente il contenuto della libertà di informazione nei suoi profili costitutivi essenziali: cioè la libertà di informare, di essere informati, e di ricercare le informazioni. L'art. 6 del Trattato della Unione europea, prima che la Carta dei diritti esplicitasse⁵ il catalogo europeo dei diritti fondamentali, riferendosi ai diritti fondamentali e alle tradizioni costituzionali comuni degli stati membri già introduceva nell'ordinamento comunitario il rispetto delle articolazioni della libertà d'espressione⁶. La Dichiarazione di Nizza ha comunque innovato la normazione comunitaria sul diritto fondamentale alla informazione, recependo nel paragrafo 2 dell'art. 11 il significativo riferimento alla garanzia del «pluralismo dei media», prima assente nella CEDU⁷.

A partire da questi testi giuridici primari che affermano il riconoscimento dell'informazione quale diritto fondamentale riconosciuto dal diritto europeo, l'Unione europea ha prestato una attenzione sempre crescente all'insieme dei fenomeni che concorrono a definire il bene-giuridico informazione. I processi di socializzazione hanno infatti dimostrato la crescente centralità assunta dalla comunicazione entro l'insieme comples-

AZZA, *Il diritto all'informazione nell'Unione europea*, Milano, 2002. Per una analisi delle principali questioni costituzionali del rapporto tra ordinamento comunitario e diritto interno, si veda il contributo di P. STANCATI, *Il diritto fondamentale comunitario alla libera manifestazione del pensiero: profili critici e ricostruttivi*, Parte I, in *Pol. dir.*, 2, 2005, 171-242; Parte II, in *Pol. dir.*, 3, 2005, 413-449.

⁵ Sulla portata della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, E. PACIOTTI, *La Carta dei diritti fondamentali: una novità istituzionale*, in G. Bonacchi (a cura di), *Una costituzione senza Stato*, Bologna, 2001, 441; L.S. ROSSI, *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'Ue*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2002, 565 ss; A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti e la costituzione italiana*; AA. VV., *Le libertà e i diritti nella prospettiva europea: studi in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2002, 108 ss.; S. BAER, *La Carta dei diritti fondamentali, o dell'ambivalenza*, in *Diritto pubblico*, 3, 2001; S. DELLA VALLE, *I diritti umani e i diritti del cittadino europeo*, Ivi; G. F. FERRARI, L. MONTANARI, *I diritti nel progetto di Costituzione europea*, in *Diritto pubbl. compar. ed eur.*, 4, 2003, 1713; E. PAGANO, *Il valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali e le competenze dell'Unione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2003, 1723 ss.; R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001.

⁶ Si veda, F. DONATI, *Art. 11*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, *L'Europa dei diritti*, cit., 101.

⁷ G. E. VIGEVANI, *Il pluralismo dei mezzi di comunicazione di massa nella Carta dei diritti*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunit.*, 2003, 1247 ss.

sivo della sfera sociale, politica e istituzionale⁸. L'informazione è diventata sempre più un crocevia complesso in cui si incontrano plurime dimensioni e soggettività, che chiamano direttamente in causa il diritto⁹. Muovendo dalla posizione classica dell'individuo, titolare della libertà di esprimersi attraverso l'uso (attivo, passivo o riflessivo) di informazioni, non si può non vedere come tale figura della cittadinanza costituzionale sia diventata rappresentabile giuridicamente solo a patto di tenere conto di un aggregato di fattori ben più complesso rispetto a quanto poteva essere richiesto solo alcuni anni addietro. L'informazione (o meglio, la comunicazione) non può più essere ricondotta infatti ad un determinato mezzo di diffusione: la stampa, la radio, la tv. Si sono moltiplicate le agenzie informative, le tecnologie, i mezzi di comunicazione, con un impatto anche sul contenuto dei messaggi, sulla qualità della libera espressione del pensiero e non solo sugli strumenti¹⁰.

La diffusione delle tecnologie e degli strumenti di comunicazione ha reso il bene informazione una delle principali risorse in circolazione a livello non solo europeo ma mondiale¹¹. Si è modificata la percezione dello spazio e delle modalità della vita di relazione, in virtù della più ampia possibilità di scambiare messaggi in assenza di un latore materialmente presente¹².

La consapevolezza del carattere cruciale per le libertà civili dello sviluppo delle tecnologie della informazione e della comunicazione, si è tra-

⁸ Si ricorda soltanto, in via generale, la centralità dell'agire comunicativo nella elaborazione delle scienze sociali (Habermas, Apel, Luhmann) e nella relativa proiezione istituzionale e giuridica.

⁹ Sulle problematiche poste dalla diffusione delle tecnologie della informazione nel contesto della cittadinanza nella forma di stato democratico, si vedano le osservazioni di S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004. La dimensione delle nuove fenomenologie comunicative impone al diritto una vigilanza particolare, cioè una vera e propria «ricostruzione di libertà e diritti aderente all'ambiente tecnologico nel quale vengono esercitati» i diritti fondamentali stessi. Si veda anche, E. CUCCODORO (a cura di), *Libertà e comunicazione*, Roma, 2002.

¹⁰ Si veda per la irriducibilità della libertà d'espressione alla sola dimensione professionale e imprenditoriale, M. BETZU, *Comunicazione, manifestazione del pensiero e tecnologie polifunzionali*, in *Quad. cost.*, 3, 2006, 510.

¹¹ A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002, 9, nota che con «la rivoluzione multimediale degli anni Novanta, per la quale, grazie all'integrazione in unico sistema tecnologico del telefono, della televisione e del computer, si è realizzata una rete cibernetica capace di permettere a ciascun uomo di avere una comunicazione interattiva (cioè bi- o multi-laterale) potenzialmente estesa all'intero globo terrestre».

¹² A. GIDDENS, *Il mondo che cambia*, Bologna, 2000, 23 ss.

dotta presso le istituzioni europee nell'articolato progetto di creazione di una "Società della informazione" come elemento caratterizzante l'intera società europea. Entro la tematica della Società dell'informazione sono venuti a ricadere una molteplicità di profili strettamente interconnessi tra loro: la politica delle reti e dei servizi di telecomunicazione; l'innovazione e la ricerca nelle tecnologie delle comunicazioni; aspetti della disciplina del settore dei mass media, specie in relazione all'audiovideo; tutela degli utenti e dei consumatori; tutela della privacy e dei dati personali; informazione pubblica delle istituzioni comunitarie.

Il ruolo strategico delle tecnologie delle informazione e della comunicazione è la premessa da cui muovono le politiche dell'Unione in merito alla Società dell'informazione. In questo quadro, la disciplina dei mezzi, cioè delle reti e dei servizi di supporto alla circolazione mediatica dei contenuti informativi, è sicuramente l'aspetto privilegiato dalle normative e dalle politiche comunitarie. Le linee di azione delle politiche europee si sono concentrate soprattutto sui profili economici e tecnologici delle attività di comunicazione e di informazione; pur senza trascurare però il profilo contenutistico dei messaggi veicolati dai media¹³.

Il settore delle tecnologie della comunicazione è diventato ben presto per le istituzioni comunitarie «un terreno di sperimentazione per lo sviluppo di normative e prassi innovative»¹⁴. Il processo di convergenza tecnologica delle reti e dei servizi, che è alla base della multimedialità e della affermazione della "rete delle reti", ha prodotto una radicale innovazione non solo nelle infrastrutture ma anche nella configurazione complessiva del sistema della informazione. Il rapporto tra mezzo e contenuto, assai complesso, fa sì che le trasformazioni del primo elemento (tecnico) determinino conseguenze anche sul secondo sistema (simbolico). Il solo esempio del cavo telefonico è di per sé più che significativo: esso si è evoluto da strumento esclusivo della comunicazione personale a strumento di connessione con una massa enorme di informazioni e di soggetti.

I documenti comunitari che pongono le basi della Società della informazione muovono dall'accostamento tra la realtà della convergenza tecnica e i diversi comparti delle telecomunicazioni, della radiotelevisione e

¹³ M. DI FILIPPO, *Diritto comunitario e pluralismo nei mezzi di comunicazione*, Torino, 2000, 14.

¹⁴ A. TIZZANO, *Intervento*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 2005, 1 ss.

delle tecnologie di comunicazione¹⁵. L'ordinamento delle nuove telecomunicazioni è stato fortemente caratterizzato, per via di incisive riforme in tutti gli stati membri, dalle Direttive che sono state emanate dalla Unione europea. Questo quadro regolamentare si è sviluppato nell'ultimo ventennio indicando nuovi obiettivi strategici e considerando le innovazioni tecnologiche offerte: in particolar modo è emersa una nuova nozione, quella di comunicazione elettronica, che occupa un ruolo essenziale nella disciplina dei mezzi di informazione e di comunicazione. Essa riconduce ad una disciplina unitaria, comprensiva anche delle reti dei segnali radiotelevisivi, tutte le infrastrutture di comunicazioni a distanza, ponendo le basi per il nuovo diritto della comunicazione e dell'informazione nella fase della convergenza multimediale¹⁶.

2. Le telecomunicazioni “divise”: tra messaggio circolare e comunicazione privata

La disciplina giuridica delle telecomunicazioni e quella delle radiodiffusioni hanno conosciuto, per un lungo periodo, una sostanziale estraneità dell'una rispetto all'altra, come se si svolgessero su due binari paralleli. Nonostante le non dissimili premesse tecnologiche, vale a dire la trasmissione di messaggi attraverso ponti radioelettrici, la differenziazione normativa si è innestata su una profonda diversificazione strutturale dell'insieme dei due fenomeni. Le telecomunicazioni sono state concepite come

¹⁵ Cfr. Commissione Europea, *Libro Verde sullo sviluppo del mercato comune dei servizi ed apparati di telecomunicazioni*, COM (87) 290 del 30 giugno 1987; *Libro Verde sul comune orientamento nel campo delle comunicazioni via satellite nella Comunità Europea*, COM (90) 490 del 20 novembre 1990; *Libro Verde relativo ad un comune orientamento nel settore delle comunicazioni mobili e personali*, COM (94) 145 del 27 aprile 1994; *Libro Verde sulle infrastrutture di telecomunicazioni e delle reti televisive via cavo*, COM (94) 440; *Libro Bianco. Crescita, competitività, occupazione. Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo*; sino alla Comunicazione della stessa Commissione, *La società dell'informazione: da Corfù a Dublino, le nuove priorità emergenti*, COM (96) 395 def. del 24 luglio 1996.

¹⁶ E. CHELI, *Verso la comunicazione convergente*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 133 ss., secondo il quale un aspetto centrale di svolta è quello «dell'allargamento della nuova disciplina dall'area delle telecomunicazioni all'area della comunicazione elettronica».

mezzo di comunicazione inter-personale, principalmente fra due soggetti, o comunque tra soggetti (pochi numericamente e infungibili) ben determinati. Un mezzo, quindi, destinato a comunicazioni private e personali, caratterizzate dalla partecipazione attuale di tutti i soggetti partecipanti, i quali condividono il segreto e la riservatezza dei messaggi scambiati. Il medium esemplare è rappresentato dalle conversazioni telefoniche¹⁷.

La radiodiffusione, al contrario, è stata trattata come un mezzo destinato a comunicazioni di carattere pubblico e aperte a tutti, in cui un solo soggetto attivamente (emittente) diffonde messaggi potenzialmente fruibili da una platea indifferenziata di soggetti destinatari del messaggio. La radio, prima, e la televisione successivamente, sono i principali media in questione¹⁸.

A divaricare per tutto il Novecento le telecomunicazioni dalla radiodiffusione è una diversa configurazione strutturale e funzionale dei due settori delle comunicazioni di massa. Una configurazione che comprende non solo il riferimento a fattori tecnologici, ma anche il complessivo inquadramento giuridico.

Dal punto vista tecnologico la diversificazione strutturale ha trovato corrispondenza diretta nella differenza dei sistemi infrastrutturali di rete impiegati per la trasmissione e la ricezione dei messaggi. Il cavo è stato lo strumento principe delle telecomunicazioni, attraverso il quale si è modellata la comunicazione “da punto a punto” escludente nei riguardi di ogni altro terminale della rete non collegato in quel dato istante. Per la radiotelediffusione, invece, sono state le onde dell’etere il mezzo di gran lunga più diffuso, mediante le quali la comunicazione dei messaggi ha assunto la struttura “circolare”, o aperta, tale da consentire a tutti coloro che si trovano entro lo spettro trasmissivo di potere ricevere liberamente il messaggio, senza esclusione alcuna.

¹⁷ M. McLuhan, *Gli strumenti del comunicare*, Milano, 1967, include il telefono nei media «freddi» perché implica un alto grado di partecipazione o di completamento da parte di chi ne usufruisce.

¹⁸ Cfr. G. MENTI, *Elementi di disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Torino, 2002. Secondo autorevole dottrina, «con il termine di “radiodiffusione” si ha riguardo ad una particolare forma di radiocomunicazione, caratterizzata dalla destinazione del messaggio ad una pluralità indeterminata di persone. Di conseguenza esso designa indifferentemente l’emissione “circolare” di onde elettromagnetiche così sonore che visive, diretta a diffondere al pubblico in genere messaggi di contenuto ricreativo, culturale, informativo», M. A. SANDULLI, *Radioaudizioni e televisione*, in *Enc. del diritto*.

Muovendo da questa premessa strutturale si è poi innestata una ulteriore differenziazione, questa volta di tipo funzionale, cioè relativa al profilo sociale e al regime giuridico che si è voluto assegnare ai due settori delle comunicazioni.

2.1. *Due destini diversi: i monopoli pubblici*

Le telecomunicazioni hanno seguito uno sviluppo prevalentemente orientato su paradigmi economici e privatistici¹⁹. La disciplina giuridica si è cioè preoccupata, in primo luogo, di garantire le «economie di scala» utilizzate e ricercate nel settore attraverso la massimizzazione della utilizzazione degli impianti e dell'estensione della rete, sia pure all'interno del generale monopolio pubblico del servizio. In secondo luogo, l'attività di telecomunicazione è stata percepita come strumentale rispetto a interessi di natura prettamente privata, non solo economici ma personali in senso lato, senza conferirle rilevanti scopi pubblicistici da raggiungere con la disciplina del mezzo.

Le reti di telecomunicazione hanno goduto della stessa sorte toccata alle altre grandi reti infrastrutturali della modernità, quali strade ferrate, rete elettrica. Hanno cioè visto iniziali investimenti privati per poi transitare entro l'alveo dell'economia pubblica, sia a causa delle attraenti remuneratività che delle ingenti risorse finanziarie necessarie per lo sviluppo e la gestione delle reti. I servizi della unificazione della rete, condotta viepiù nelle forme del monopolio pubblico in tutti gli stati industriali compresi gli Stati Uniti²⁰, sono andati a costituire una importante risorsa per i soggetti privati, che l'hanno utilizzata quale strumento di attività economica e professionale, o più semplicemente quale mezzo di scambio di informazioni e comunicazioni personali.

Si è prodotta una sintesi particolare nelle telecomunicazioni, quando a partire dal monopolio naturale, giustificato da fattori tecnici e economi-

¹⁹ V. ZENO-ZENCOVICH, *Il sistema integrato delle telecomunicazioni: spunti sistematici e critici sulla l. 31 luglio 1997, n. 249*, in R. Zaccaria, a cura di, *Informazione e telecomunicazione. Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1999, 204 ss.

²⁰ E. BROGI, *Liberalizzazione e servizio universale: l'esperienza statunitense*, in R. Zaccaria (a cura di), *Informazione e telecomunicazione*, cit., 431-468; C. CAMBINI, P. RAVAZZI, T. VALLETTI, *Il mercato delle telecomunicazioni. Dal monopolio alla liberalizzazione negli Stati Uniti e nella UE*, Bologna, 2003, 13 ss.

ci, si è giunti al monopolio pubblico che realizza economie di scala; la libertà dei privati è stata pertanto vista unicamente come libertà di fruizione dei servizi offerti all'interno del quadro giuridico ed economico monopolistico.

Il settore radiotelevisivo, per converso, ha conosciuto, pur entro la forma giuridica del monopolio pubblico, una funzionalizzazione del tutto diversa.

La diversa logica di sviluppo del mezzo è stata determinata dalla differente natura del messaggio, non destinato alle comunicazioni personali tra i privati bensì rivolto al pubblico e alla più ampia diffusione sociale. Il profilo economico-privatistico non ha qui un peso primario, ma passa in secondo piano.

Le linee di sviluppo del settore passano attraverso il dibattito sulla capacità persuasiva del mezzo e dei messaggi; e sulle relative misure di garanzia, controllo e limitazione. La comunicazione diventa libera espressione del pensiero nella sfera pubblica, cioè attività destinata a promuovere identità e idealità²¹ di natura culturale, religiosa o politica. La questione che emerge, nei riguardi della libertà dei privati, non è quella del mero utilizzo del mezzo senza interferenze. Tale facoltà è interdetta dal carattere monodirezionale della comunicazione del messaggio, che consegna alla sola dimensione passiva la libertà dei destinatari. Ad essere posto al centro è invece il problema del pluralismo delle emittenti. Almeno all'inizio della televisione la soluzione prevalente in Europa consiste nel monopolio pubblico²² della emissione, giustificato prevalentemente (come avvenne in Italia con la sentenza n. 59 del 1960 della Corte costituzionale) sulla base di motivi di ordine tecnico rappresentati dalla attribuzione della qualità di bene scarso alle frequenze analogiche terrestri, limitate nel numero e così sottratte alla libera concorrenza privata.

Il sistema ha pertanto conosciuto l'affermazione di un monopolio le-

²¹ Sul significato della libertà di manifestazione del pensiero, V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà d'espressione*, Bologna, 2004, nota come «l'esigenza è quella di poter diffondere, liberamente, idee critiche verso altre idee, verso le istituzioni, le regole, le condizioni politiche, economiche e sociali, le persone e il loro operato». Si veda anche, per la concezione della libertà d'espressione come libertà alla circolazione delle idee, A. Pace, in A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit., 23 ss.

²² Cfr. E. MENDUNI, *La televisione*, Bologna, 2002; A. PERRUCCI, G. RICHERI (a cura di), *Il mercato televisivo italiano nel contesto europeo*, Bologna, 2003; P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, 2005.

gale che si è coniugato, per la sua gestione, con la creazione di un servizio pubblico radiotelevisivo, il quale ha lasciato ai privati la sola dimensione di utenti, con alcuni diritti e libertà di fruizione, e non anche quella di imprenditori emittenti.

A partire da tali differenziazioni strutturali e funzionali, a cui corrispondeva una netta distinzione tecnica tra le reti di trasmissione impiegate, da un lato il cavo e dall'altro l'etere, anche la normazione dei due fenomeni è stata assolutamente diversa²³.

Pur con il dato comune del monopolio pubblico (previsto per il nostro paese dalla Costituzione all'art. 43) le legislazioni dei due settori si sono dispiegate lungo direttrici e linee evolutive ben distinte. Da un lato, per le telecomunicazioni, la disciplina ha avuto come oggetto privilegiato le reti e le infrastrutture, rimanendo sostanzialmente indifferente verso ogni disciplina del contenuto dei messaggi. Dall'altro lato, per la radiotelevisione, sono proprio i profili relativi al contenuto delle comunicazioni che hanno costituito, oltre alle regole sull'uso dei mezzi, l'oggetto privilegiato delle normative. Lo stesso processo di trasformazione dei monopoli pubblici ha risentito di questa distinzione, collegandosi nei due settori con esigenze e interessi diversi. Se le telecomunicazioni si sono coniugate con la concorrenza, cioè con l'apertura ai privati della gestione di reti e servizi, la radiotelevisione ha battuto la strada del pluralismo, cioè l'apertura del sistema ai più ampi contenuti provenienti dalle varie espressioni soggettive della società.

3. La convergenza multimediale: la crisi del modello separato e monopolistico

Il quadro generale, sommariamente descritto, è entrato in crisi nel corso degli anni '80 del secolo scorso allorché le innovazioni tecnologiche nel settore della comunicazione hanno prodotto forti discontinuità rispetto allo stato dei mezzi di informazione. Le trasformazioni delle reti e dei servizi hanno infatti radicalmente posto in discussione la netta bipartizio-

²³ V. ZENO-ZENCOVICH, *Il sistema integrato delle telecomunicazioni: spunti sistematici e critici sulla l. 31 luglio 1997, n. 249*, cit.; G. MENTI, *Elementi di disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, cit.

ne tra telecomunicazioni e radiotelevisione, favorendo piuttosto quella intersezione tra i due settori denominata «convergenza tecnologica»²⁴.

Tali processi sono stati ben colti al livello normativo comunitario. Si è cominciato infatti a ragionare di Società dell'informazione proprio in relazione alle nuove possibilità offerte dalle tecnologie delle comunicazioni a distanza.

L'avvento della multimedialità ha ridefinito, tanto dal punto di vista strutturale che funzionale, non solo il rapporto tra telecomunicazioni e radiotelevisione, ma anche l'intero panorama dei servizi di informazione e comunicazione offerti sul mercato. La convergenza tecnologica indica proprio l'inedita integrazione tra sistemi e reti di trasmissione, segnando una tendenza al superamento del modello tradizionale delle comunicazioni a distanza, tutto strutturato sulla corrispondenza tra un determinato servizio e una apposita rete infrastrutturale di comunicazione²⁵.

La portata della rivoluzione tecnologica non ha potuto non modificare la disciplina giuridica ed orientare i processi normativi di regolazione del settore delle comunicazioni di massa, specie a partire dalla fine degli

²⁴ A. VALASTRO, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, Milano, 2001, 15 ss.; R. ESPOSITO, *La risposta normativa all'evoluzione tecnologica*, in R. Zaccaria (a cura di), *Informazione e telecomunicazione. Trattato di diritto amministrativo*, cit., 231 ss.; G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza*, Torino, 2003; P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 180 ss.; S. LUBERTI, *Il mercato delle telecomunicazioni: aspetti tecnico-economici*, in F. Bonelli, S. Cassese (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999, 23 ss. Dal punto di vista tecnico abbiamo registrato alcune significative applicazioni che hanno modificato i mezzi trasmissivi mutandone capacità, modalità, velocità, e ne hanno favorito l'integrazione nella cosiddetta "multimedialità". Si devono così segnalare la telematica, cioè l'applicazione della informatica alle reti di telecomunicazione, che ha consentito oltre alla trasmissione dei dati anche la loro elaborazione; il cavo a fibra ottica e il satellite a diffusione diretta, che hanno soppiantato il cavo coassiale e le tradizionali tecniche meno veloci e potenti; le tecniche di codifica dei messaggi, che consentono la selezione dei destinatari dei segnali attraverso l'accesso condizionato e segreto; infine, la tecnica digitale di trasmissione dei segnali, che ha soppiantato il vecchio sistema analogico, sintetizzando ogni segnale (dato, immagine, suono) in bit che ne riproduce i tratti essenziali privi di ridondanza.

²⁵ La rete ISDN aveva già inaugurato una integrazione fra segnali fonici, dati e video a frequenza bassa. Ma è soprattutto con la rete INTERNET che, grazie alla dimensioni globali del fenomeno, troviamo una gamma di servizi convergenti su un unico mezzo di diffusione, il cavo in questo caso. Le innovazioni, poi, riguardano anche i sistemi di rete mobile di telecomunicazione, che hanno dato via al mercato della telefonia mobile (analogica TACS, digitale GSM), sino alla tecnologia UMTS che consente al monitor del telefono mobile di ricevere ogni tipo di segnale e comunicazione digitale (internet, televisione, radio, dati, immagini, suoni). Per una analisi delle tecniche e dei soggetti della convergenza nelle telecomunicazioni, si veda, V. FRANCESCHELLI, *Convergenza*, Milano, 2009.

anni '90. Anzi, proprio a partire dalle nuove capacità trasmissive offerte dalle tecnologie si è accelerato il dibattito politico verso il superamento del modello imperniato sul monopolio pubblico, fondato sulla gestione statale diretta o sull'affidamento ad un unico concessionario rientrante nel sistema della economia pubblica.

Il diritto delle comunicazioni e della informazione ha subito così una intensa trasformazione qualitativa, coniugandosi con lo sviluppo tecnologico pure in relazione alla riforma della natura giuridica dei mercati dei servizi. Da questo punto di vista, si fa ovviamente riferimento al processo normativo che ha transitato il settore delle telecomunicazioni dal regime del monopolio pubblico a quello della concorrenza.

Il modello tradizionale di disciplina è stato soppiantato non solo nei profili tecnologici ma anche nella normazione relativa alla imprenditorialità e al mercato dei servizi, grazie alle liberalizzazioni che hanno poi interessato tutti gli stati europei, rompendo la solida alleanza tra monopolio naturale e monopolio pubblico dei servizi e delle reti infrastrutturali²⁶.

4. La liberalizzazione delle telecomunicazioni

Mentre negli Stati Uniti, già negli anni '70, era iniziato il dibattito sulle trasformazioni del mercato delle comunicazioni nel senso si abbandonare il modello concessorio e ultra-regolato per favorire la concorrenza, in Europa il processo è stato avviato successivamente²⁷. La liberalizzazione delle telecomunicazioni sul suolo europeo ha vissuto la sua fase iniziale solo nella seconda metà degli anni '90, ed ha visto come soggetto promotore la Comunità europea²⁸ che ha ispirato le legislazioni dei sin-

²⁶ F. MACALUSO, P. BERTONI, *La liberalizzazione dei servizi e delle infrastrutture: principi generali*, in F. Bonelli, S. Cassese (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, cit., 64 ss.; L. RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni. Un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico*, Torino, 1999; P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 183 ss.

²⁷ C. CAMBINI, P. RAVAZZI, T. VALLETTI, *Il mercato delle telecomunicazioni. Dal monopolio alla liberalizzazione negli Stati Uniti e nella UE*, cit.

²⁸ P. COSTANZO, *Profili costituzionali delle telecomunicazioni*, in F. Bonelli, S. Cassese (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, cit., 5, nota come «l'abbandono del modello in questione nel settore delle telecomunicazioni non sia stato l'effetto di un meditato mutamento di rotta nel perseguimento di determinate politiche pubbliche, ma sia divenuto ineludibile solo a seguito della progressiva erosione della discrezionalità parlamentare da parte dell'ordinamento comunitario».

goli stati. Se il settore radiotelevisivo è stato riformato e liberalizzato secondo strategie e politiche quasi del tutto interne agli stati²⁹, per le telecomunicazioni sono state le istituzioni comunitarie a svolgere un ruolo determinante.

Visti i risultati delle liberalizzazioni statunitensi³⁰, la Comunità europea ha orientato le proprie scelte di politica industriale verso la modernizzazione del sistema delle comunicazioni a distanza, per ridurre i costi e favorire gli investimenti privati diretti a finanziare l'innovazione tecnologica. Si tratta di interventi su situazioni consolidate all'interno degli stati membri, i quali prevedono tutti la risalente e consolidata forma di gestione del monopolio pubblico o della concessione a enti del comparto pubblico dell'economia. Il passaggio è rappresentato dalla applicazione dei principi fondamentali dei Trattati comunitari, ispirati alla concorrenza³¹, anche al settore delle telecomunicazioni.

La sentenza della Corte di Giustizia sul caso *British Telecom* (Italia vs. Commissione) del 20 marzo 1985 (*Raccolta*, p. 873 ss.) afferma che il principio della libera concorrenza può riguardare anche l'attività di predisposizione di una rete di trasmissione di telecomunicazione comunitaria, la quale va a rappresentare un servizio economico a tutti gli effetti assoggettabile alle regole del libero mercato che ispirano il Trattato CE (artt. 2,3 lett. g, 3 A)³².

Nel 1987 la Commissione europea pubblica il *Libro verde* sullo sviluppo del mercato comune dei servizi e apparati di telecomunicazione, a cui seguiranno altri rapporti che testimoniano la rilevanza che le comunicazioni assumono per le politiche della Comunità europea³³. Il processo di liberalizzazione così avviato segue un andamento progressivo, concen-

²⁹ R. MASTROIANNI, *Il Protocollo sul sistema di radiodiffusione pubblica*, in AA.Vv., *Il Trattato di Amsterdam*, Milano, 1999, 279 ss.; J. N. DIBIE, *La sfida della televisione*, Milano, 2004.

³⁰ B. TONOLETTI, *Convergenza tecnologica e pluralismo informativo nelle comunicazioni elettroniche*, in AA.Vv., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2006, 328.

³¹ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998; S. CASSESE, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, in F. Bonelli, S. Cassese (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, cit., 53 ss.

³² A. LOJODICE, *Libertà di comunicazione e principi costituzionali*, in R. Zaccaria (a cura di), *Informazione e telecomunicazione. Trattato di diritto amministrativo*, cit., 4 ss.; G. GARDINI, *Le regole dell'informazione*, Milano, 2005, 180 ss.

³³ Cfr. A. VALASTRO, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, cit., 21; F. MACALUSO, P. BERTONI, *La liberalizzazione dei servizi e delle infrastrutture: principi generali*, in F. Bonelli, S. Cassese (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, cit.

trandosi in una prima fase su alcuni segmenti particolari del mercato delle telecomunicazioni. Le politiche comunitarie, pur ispirandosi a fini complessi³⁴, si orientano prevalentemente in due direzioni, da un lato, la disciplina degli operatori economici protagonisti della concorrenza, dall'altro lato, l'attenzione al nuovo tema delle esigenze degli utenti verso i nuovi servizi di comunicazione³⁵.

La prima fase della liberalizzazione europea si apre allora con alcune Direttive della Commissione che liberalizzano, attraverso l'abolizione dei diritti speciali ed esclusivi, rispettivamente il mercato dei terminali (Dir. 88/301) e quello della fornitura di servizi di telecomunicazione (Dir. 90/388)³⁶. Tali Direttive vengono accompagnate da altri interventi volti ad armonizzare le legislazioni degli stati membri per ciò che riguarda le condizioni di fornitura di reti aperte e pubbliche di telecomunicazione, e, per l'uso e l'accesso. Abbiamo così la Direttiva 90/387, detta anche *Open Network Provision*, la quale fissa principi per le imprese a tutela della accessibilità delle reti (principio di obiettività, trasparenza, non discriminazione, parità di accesso), nonché norme in materia di privacy e sicurezza per gli utenti. L'obiettivo evidente è quello di promuovere la formazione di uno spazio pubblico europeo attraverso reti aperte di telecomunicazione.

Questa prima fase di provvedimenti liberalizzatori si rivolge essenzialmente ad un segmento particolare delle telecomunicazioni, cioè a quei

³⁴ A. VALASTRO, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, cit., 25, dove si nota che «la politica comunitaria si fonda su un insieme composito di questioni che mal si presterebbero ad una sintesi schematica, ma che comunque si dispongono su due assi fondamentali», cioè la posizione delle imprese in concorrenza, e, quella degli utenti.

³⁵ G. NAPOLITANO, *I rapporti tra organismi di telecomunicazioni e utenti*, in F. Bonelli, S. Cassese (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, cit., 275 ss.; A. BESI, *Il Consiglio nazionale degli utenti*, in R. Zaccaria (a cura di), *Informazione e telecomunicazione. Trattato di diritto amministrativo*, cit., 174 ss.; F. CARDARELLI, V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto delle telecomunicazioni*, Roma-Bari, 1997, 127-145.

³⁶ F. MACALUSO, P. BERTONI, *La liberalizzazione dei servizi e delle infrastrutture: principi generali*, in F. Bonelli, S. Cassese (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, cit., 66. D. SENZANI, *Liberalizzazione e modelli di regolamentazione delle telecomunicazioni*, Padova, 2003, 106, dove: «La scelta, ovviamente, non fu casuale: il mercato dei terminali era quello meno controllato dagli operatori pubblici di telecomunicazioni, i quali, in buona sostanza agivano come monopsonisti rispetto ai produttori e come monopolisti nella vendita all'utenza finale degli impianti. Certamente essi non potevano addurre pretese di naturalità di un simile monopolio, né richiamarsi a ragioni di natura tecnica (esigenze di omologazione e standardizzazione)».

servizi cosiddetti “a valore aggiunto” (V.A.S.)³⁷ tra i quali si segnala soprattutto la trasmissione di dati: si tratta di un obiettivo di politica industriale indispensabile per porre le basi della digitalizzazione dell'intero settore, anticipando strutturalmente l'avvento della rete Internet.

Rispetto a queste prime liberalizzazioni altre Direttive integrative sono emanate per ampliare lo spettro dei servizi per i quali abolire il regime dei diritti speciali o esclusivi. Questi provvedimenti riguardano il settore delle apparecchiature e dei servizi per le comunicazioni via satelliti (Dir. 94/46); l'uso e l'accesso delle reti via cavo televisive per la fornitura dei servizi a valore aggiunto già liberalizzati (video on demand) (Dir. 95/51); l'offerta di servizi di comunicazione mobile e relative infrastrutture, con diritto di interconnessione per gli operatori con reti fisse o mobili (Dir. 96/2). Grazie alla Direttiva 96/19, detta “full competition”, si conclude poi il processo di liberalizzazione dell'intero settore attraverso l'apertura alla concorrenza di tutti i servizi di comunicazione vocali, sia di rete fissa che di rete mobile³⁸.

Prende così avvio la seconda fase della liberalizzazione³⁹ che punta non più su una gamma limitata di servizi da sottrarre al monopolista pubblico, ma mira ad una organizzazione nuova del settore attraverso l'estensione della concorrenza a tutti i servizi, favorendo anche lo sviluppo e il consolidamento di reti alternative di comunicazione.

Conseguentemente alla Direttiva “full competition” la Commissione predispone una serie di interventi volti a stabilire le premesse normative per attuare la concorrenza tra servizi e tra reti: perché occorre guidare la trasformazioni dei mercati affidati ai monopoli pubblici o alle concessionarie dei servizi. Vengono emanate tutta una serie di direttive che hanno lo scopo di armonizzare talune situazioni dei singoli mercati nazionali. Così la normativa sui titoli abilitativi per le imprese (autorizzazioni gene-

³⁷ Si tratta di servizi di telecomunicazione diversi dalla telefonia vocale tradizionale (teletext, videotel), cfr. A. VALASTRO, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, cit., 43 ss.

³⁸ La Commissione con questa Direttiva, in virtù dei poteri conferiti dal Trattato all'art. 86 par. 3 (già art. 90), completa definitivamente la liberalizzazione dei servizi di telecomunicazione, attraverso l'abolizione dei diritti speciali e esclusivi degli stati sulla telefonia vocale e sulle reti pubbliche di telecomunicazione. Cfr., D. SENZANI, *Liberalizzazione e modelli di regolamentazione delle telecomunicazioni*, cit., 138 ss.

³⁹ B. TONOLETTI, *Convergenza tecnologica e pluralismo informativo nelle comunicazioni elettroniche*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, 330 ss.; D. SENZANI, *Liberalizzazione e modelli di regolamentazione delle telecomunicazioni*, cit., 111 ss.

rali e licenze individuali) (Dir. 97/33); sul diritto di interconnessione dei singoli operatori e di interoperabilità delle reti, come previsto già dalla *Open Network Provision* (Dir. 97/51); sui diritti degli utenti nella telefonia vocale e servizio universale (Dir. 98/10).

Vi sono tuttavia alcune differenze negli obiettivi che ispirano le due fasi di interventi, sia pure senza che ciò comporti veri e propri elementi di netta discontinuità o rottura. Il sistema previsto dalla Direttiva *Open Network Provision* era centrato tutto sulla concorrenza tra operatori nei vari servizi, da realizzare attraverso l'obbligo gravante sul proprietario delle reti, vale a dire il gestore del servizio pubblico in regime di concessione, di garantire il diritto di accesso ai concorrenti "new comers" in maniera non discriminatoria e trasparente.

La direttiva "full competition", e soprattutto gli interventi di armonizzazione, invece, puntano a disegnare un sistema concorrenziale basato anche su reti, fisse o mobili, alternative a quelle tradizionali del sistema pubblico. A tale scopo, più che sul diritto di accesso alle reti per i nuovi operatori si punta, come strumento principale per realizzare un mercato aperto, sul diritto di questi alla interconnessione degli apparati di rete. Senza una interconnessione⁴⁰ tra strumenti di comunicazione diversi sarebbe stata necessaria una duplicazione completa delle infrastrutture ad ogni livello, sia locale che a lunga distanza. Attraverso il diritto alla interconnessione ogni operatore può invece installare solo una rete a lunga distanza o reti locali in zone di intenso traffico, e così consentire ai propri clienti la comunicazione con tutti i terminali allacciati alla rete complessiva, nazionale e internazionale.

5. Una nuova nozione di servizio di telecomunicazione

La convergenza tecnologica e la multimedialità non hanno solo avuto l'effetto di modificare la nozione del servizio di telecomunicazione, integrando settori prima separati. Il superamento del modello pubblicistico

⁴⁰ B. TONOLETTI, *Convergenza tecnologica e pluralismo informativo nelle comunicazioni elettroniche*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, cit. Sui profili della interconnessione alle reti in questa fase delle liberalizzazioni, R. PEREZ, *La negoziazione dell'interconnessione*, in F. Bonelli, S. Cassese (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, cit., 169 ss.; E. DIAMANTI, *Accesso e interconnessione alle reti di telecomunicazioni*, in *Ivi*, 182 ss.

verso la concorrenza tra più gestori dei servizi si è giovato, quale premessa essenziale dal punto di vista tecnologico, di una nuova definizione del concetto stesso di servizio di telecomunicazione o di comunicazione elettronica.

La definizione più risalente e tradizionale del sistema dei servizi di comunicazione a distanza è rappresentata dalla Convenzione di Madrid del 1932, che intendeva per telecomunicazione «ogni emissione, trasmissione o ricezione di segni, di segnali, di scritti, di immagini, di suoni o di informazioni di qualsiasi natura, per filo, radioelettrica, ottica o a mezzo di altri sistemi elettromagnetici»⁴¹. Tale definizione dei servizi di telecomunicazione, che venne tenuta in debito conto nel Codice postale del 1973 (d.p.r. 29 marzo 1973, n. 156), oltre ad indicare i tre momenti in cui si struttura l'attività di comunicazione a distanza, cioè emissione trasmissione e ricezione, contiene una analitica indicazione dei vari tipi di messaggi che possono essere trasmessi (scritti, immagini, suoni). A questa tipizzazione corrisponde poi, a sua volta, l'indicazione dello strumento e della modalità trasmissive, stabilendo una stretta correlazione tra messaggio, medium e servizio. Si tratta di un approccio tipico della fase che precede l'avvento della multimedialità e della convergenza tecnologica, quando a dominare è la separazione tra i vari servizi di comunicazione a distanza: ad ogni mezzo è associato un determinato servizio che si regge su una rete infrastrutturale autonoma e distinta. Così il telefono è distinto dal telegrafo, come la trasmissione dei dati è distinta da quella vocale.

Il quadro normativo che definisce i servizi di telecomunicazione si presenta sensibilmente diverso, ma neppure troppo, nella definizione che troviamo nel Regolamento attuativo della normativa comunitaria in materia di telecomunicazioni che viene approvato in esecuzione della legge Meccanico (legge n. 249 del 1997).

La nozione di rete di telecomunicazione ricalca ancora la vecchia concezione della disciplina postale: ad eccezione della mancata menzione della elencazione delle varie tipologie dei segnali trasmissibili; a favore quindi di una maggiore indeterminatezza. L'art. 1, comma 1, lettera h), del d.p.r. 318 del 1997 afferma infatti che per rete di telecomunicazione

⁴¹ Questa stessa formula nel suo tenore letterale è stata poi adottata quale definizione elaborata dalla Unione Internazionale delle telecomunicazioni (UIT) nel 1952 a Buenos Aires. Si veda sul punto, F. CHIAPPETTA, *Telecomunicazioni*, in *Enc. del diritto*.

si deve intendere «un sistema di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o le altre risorse che permettono la trasmissione di segnali tra punti terminali di rete definiti con mezzi a filo, radio, ottici o altri mezzi elettromagnetici»⁴².

Lo stesso Regolamento, però, presenta anche un importante riconoscimento della multimedialità nella definizione dei servizi di trasmissione e telecomunicazione. Si legge infatti che per servizio di telecomunicazione si deve intendere, come precisa l'art. 1, comma 1, lettera q), «un servizio la cui fornitura consiste, in tutto o in parte, nell'instradamento di segnali su reti di telecomunicazioni, ivi compreso qualunque servizio interattivo anche se relativo a prodotti audiovisivi, esclusa la diffusione circolare dei programmi radiofonici e televisivi».

Come si vede rientrano finalmente nell'ambito dei servizi di telecomunicazione anche il prodotto audiovisivo ed ogni tipo di servizio interattivo, riconoscendo così aspetti decisivi della multimedialità quali la possibilità di nuove forme di comunicazione in cui si integrano diverse tipologie di messaggi, tecnologie e servizi⁴³. L'assunzione delle innovazioni prodotte dalla convergenza tecnologica è ancora solo parzialmente accolta, visto che permane la distinzione strutturale di fondo su cui si è imperniata tutta la disciplina delle telecomunicazioni, cioè la divisione tra rete e servizio di telecomunicazione (contrassegnato dalla congiunzione di punti chiusi), e, la emissione radiotelevisiva (contrassegnata dalla circolarità del messaggio). È il risalente dualismo grazie al quale per tutto un secolo si sono separate le radiocomunicazioni a distanza: da un lato, il servizio che collega punti stabiliti, sia attraverso il filo o le onde radio; dall'altro lato, la diffusione cosiddetta circolare, quella radiofonica o televisiva più tardi, raggiungibile potenzialmente da ogni apparecchio posto nello spettro di trasmissione.

⁴² Rispetto alla definizione legislativa precedente, contenuta nel D. Lgs. n. 103 del 17 marzo 1995, di recepimento della Direttiva 90/388, scompare il riferimento al carattere necessariamente pubblico della rete di telecomunicazione (art. 1, lett. e).

⁴³ Il confronto con la normativa che recepisce la Direttiva 90/388, cioè il D. Lgs. n. 103 del 1995, è a proposito molto interessante. Si segnala infatti un progresso nella integrazione normativa tra telecomunicazioni e settore dell'audiovisivo. Nell'art. 1 lett. d), si leggeva infatti che per servizio di telecomunicazione si doveva intendere «un servizio la cui fornitura consiste totalmente o parzialmente nella trasmissione o nell'instradamento di segnali sulla *rete pubblica* di telecomunicazioni mediante procedimenti di telecomunicazioni, ad eccezione della radiodiffusione e della televisione».

6. Le comunicazioni elettroniche: integrazione tra media e servizi di telecomunicazione

Ancora alla fine degli anni '90 dunque persiste il dualismo tra legislazione per l'audiovisivo e per le telecomunicazioni, al cui superamento contribuisce in maniera decisiva la nuova regolazione comunitaria dei servizi di telecomunicazione prodotta dalle istituzioni europee agli inizi del XXI secolo. I principi giuridici delle nuove comunicazioni a distanza spostano l'attenzione sul concetto di «servizio di comunicazione elettronica» che integra al proprio interno servizi diversi di telecomunicazione. Ciò che prima era separato ora tende a integrarsi per effetto di quella «convergenza tecnologica» che riunisce in sé mezzi e applicazioni tecnologiche prima separate⁴⁴. La rivoluzione digitale e la creazione di una rete universale di comunicazione rende obsoleto il vecchio dualismo tra trasmissioni chiuse e diffusione circolare⁴⁵.

Il Codice delle comunicazioni elettroniche, D. Lgs. n. 259 del 1 agosto 2003, recepisce integralmente questa novità nella definizione di servizio di comunicazione elettronica, con il quale dobbiamo intendere, come recita l'art. 1, comma 1, lett. gg): «i servizi, forniti di norma a pagamento, consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica, *compresi* i servizi di telecomunicazioni e i servizi di trasmissione nelle reti utilizzate per la diffusione circolare radiotelevisiva, ad *esclusione* dei servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti».

L'integrazione tra radiodiffusione e telecomunicazioni avviene entro lo spazio tecnologico e normativo delle reti di comunicazione elettronica. Secondo l'art. 2 lett. dd) dello stesso Codice delle comunicazioni elet-

⁴⁴ M. OROFINO, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Milano, 2008, 28, nota come la «separazione creata precedentemente tra disciplina della radiotelevisione e disciplina delle telecomunicazioni entra definitivamente in crisi all'inizio del nuovo secolo. Se fino a pochi anni prima appariva come necessaria, per la specificità del contenuto radiotelevisivo, una disciplina *ad hoc* del mezzo radio-televisivo, oggi le innovazioni tecnologiche la rendono recessiva».

⁴⁵ E. CHELI, *Verso la comunicazione convergente*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 135, dove si segnala che un fondamentale punto di svolta è rappresentato dalla nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche: «inizialmente non veniva colto fino in fondo il senso di questa trasformazione che, invece, rappresenta, a mio giudizio, un'autentica rivoluzione».

troniche, per rete di comunicazione elettronica dobbiamo intendere un insieme decisamente ampio di modalità trasmissive dei messaggi, cioè tutti «i sistemi di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o di instradamento e altre risorse che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo di fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici, comprese le reti satellitari, le reti terrestri mobili e fisse, a commutazione di circuito e a commutazione di pacchetto, compresa Internet, le reti utilizzate per la diffusione circolare dei programmi sonori e televisivi, i sistemi per il trasporto della corrente elettrica, nella misura in cui siano utilizzati per trasmettere i segnali, le reti televisive via cavo, indipendentemente dal tipo di informazione trasportato».

Radiotelevisione e telecomunicazioni cessano di appartenere a due settori radicalmente separati della disciplina delle comunicazioni e della informazione, per ritrovarsi, almeno dal punto di vista delle reti infrastrutturali e dei servizi di trasmissione, ricompresi entro la nozione più ampia di servizio di comunicazione elettronica. Si tratta di una significativa novità che si accompagna però, nello stesso testo della normativa comunitaria e nazionale, al mantenimento di uno spazio di autonomia e di specificità della radiotelevisione, rappresentato dalla disciplina dei «contenuti» dei programmi delle trasmissioni audiovisive. Per essi viene fatta valere la peculiarità del prodotto informazione, con le implicazioni relative alla responsabilità editoriale, sancendo così una disciplina necessariamente diversificata rispetto a quanto previsto per tutti i restanti servizi di comunicazione elettronica. Rimane, come si vede, una particolare attenzione al messaggio che passa attraverso il medium-rete di comunicazione elettronica audiovisiva, il quale, per gli altri profili, riceve invece una sostanziale assimilazione alle telecomunicazioni.

7. La Società dell'informazione tra pluralismo e concorrenza

L'integrazione mediale tra telecomunicazioni e audiovisivo costituisce uno dei principi cardine attorno a cui si è sviluppata non solo la disciplina delle telecomunicazioni, ma tutta la produzione normativa e documentale della Unione europea che promuove la cosiddetta Società della informazione.

Questo particolare profilo delle politiche comunitarie, a cui è dedicato un rilievo autonomo dalle istituzioni europee, rappresenta un punto di convergenza di più tematiche distinte.

Vi confluiscono infatti, in primo luogo, le questioni relative allo svi-

luppo tecnologico ed economico del settore delle comunicazioni e della informazione, con una attenzione alle politiche di occupazione, di crescita economica e di apertura dei mercati dei servizi alle imprese. In secondo luogo, troviamo anche la prospettiva della disciplina giuridica del mercato dei servizi di comunicazione e di informazione, con l'attenzione ai diritti degli utenti e dei consumatori, alla riservatezza, al diritto di accesso alle tecnologie come risorsa per la cittadinanza europea. Sin dalla inaugurazione della prospettiva politica della Società dell'informazione questi due aspetti, il primo economico-tecnologico, il secondo giuridico-garantista, sono presenti nella elaborazione comunitaria.

Il Rapporto Bangemann del 1994⁴⁶ rappresenta il primo documento comunitario nel quale si pongono le linee fondamentali⁴⁷ per l'intervento

⁴⁶ Nell'incontro di Bruxelles del dicembre 1993, il Consiglio d'Europa chiese che per la successiva riunione, da tenere a Corfù il 24 e 25 giugno, venisse preparata una relazione da un gruppo di eminenti personalità sulle misure specifiche che la Comunità e gli Stati Membri avrebbero dovuto prendere in considerazione riguardo alle infrastrutture inerenti alla sfera dell'informazione. Sulla base di tale rapporto, il Consiglio intendeva adottare un programma operativo per definire precise procedure d'azione ed i mezzi necessari. Nasce così il Libro Bianco, elaborato da un gruppo di "Alto livello sulla Società dell'informatica" coordinati dal commissario Martin Bangemann, dal titolo "L'Europa e la società dell'informazione globale", presentato a Bruxelles il 26 maggio del 1994 in vista del vertice del Consiglio d'Europa di Corfù.

⁴⁷ Questa la sintesi delle principali raccomandazioni contenute nel capitolo VI del Rapporto Bangemann.

Evolgere il settore della regolamentazione. Gli Stati Membri dovrebbero accelerare il processo di liberalizzazione in atto nel settore delle Telecomunicazioni tramite: -apertura alla competizione delle infrastrutture e dei servizi ancora nel settore monopolistico; -rimozione dei pesi politici non commerciali e dei vincoli di bilancio imposti agli operatori delle telecomunicazioni; -messa a punto di tabelle di marcia e scadenze chiare, finalizzate alla realizzazione di misure pratiche, idonee a raggiungere i suddetti obiettivi. Dovrebbe essere istituita un'autorità il cui mandato richiedere un pronta attenzione.

Interconnessione ed interoperabilità. L'interconnessione delle reti e l'interoperabilità dei servizi e delle applicazioni dovrebbero essere obiettivi primari dell'Unione. Il processo di standardizzazione europea dovrebbe essere rivisto, in ordine ad aumentarne la rapidità e la rispondenza ai mercati. *Tariffe.* Dovrebbe essere considerata questione urgente la revisione delle tariffe relative alle linee e in affitto, alle linee di lunga distanza ed a quelle internazionali, al fine di abbassarle in conformità con quanto avviene nelle altre regioni di industrializzazione avanzata. La revisione delle tariffe dovrebbe essere accompagnata da una giusta condivisione tra gli operatori, degli obblighi di pubblico servizio.

Massa Critica. A tale riguardo dovrebbe essere promossa un'opera di sensibilizzazione pubblica. Un'attenzione particolare dovrebbe essere prestata al settore delle piccole e medie imprese, alle amministrazioni pubbliche e alle generazioni più giovani.

Dimensione mondiale. L'apertura del mercato europeo dovrebbe trovare il suo equiva-

lente in mercati e reti di altre regioni del mondo. È di somma importanza per l'Europa l'adozione di misure idonee a garantire uguali condizioni di accesso.

Completare l'agenda. La società dell'informazione ha dimensione globale. L'azione dell'Unione dovrebbe dunque puntare all'istituzione di una struttura regolamentare comune ed accettata per la protezione dei diritti della proprietà intellettuale, della riservatezza e della sicurezza dell'informazione in Europa e, dove ci sia appropriato, anche a livello internazionale.

Protezione dei diritti della proprietà intellettuale (IPR). La protezione della proprietà intellettuale deve aumentare di fronte alle nuove sfide della globalizzazione e dei multimedia e deve continuare ad essere altamente prioritaria sia a livello europeo che internazionale.

Riservatezza. Senza la sicurezza legale di un approccio unitario, l'insufficienza di fiducia da parte dei consumatori, comprometterà certamente un rapido sviluppo della società dell'informazione. Data l'importanza e la delicatezza del problema riservatezza, si richiede una rapida decisione da parte degli Stati Membri, in merito alla Direttiva proposta dalla Commissione, che enuncia i principi generali inerenti alla protezione dei dati.

Protezione elettronica, protezione legale e sicurezza. Dovrebbero essere accelerati i lavori a livello europeo, sia sulla protezione legale ed elettronica che sulla sicurezza.

Proprietà dei Mezzi di comunicazione. Un'attenzione urgente dovrebbe essere prestata alla questione di come poter evitare che differenti orientamenti legislativi nazionali sulla proprietà dei mezzi di comunicazione, possano indebolire il mercato interno. Devono emergere regole efficaci atte a proteggere il pluralismo e la competizione.

Concorrenza. La concorrenza un elemento chiave nella strategia dell'Europa. L'applicazione delle regole della competizione dovrebbe riflettere la realtà dei mercati mondiali emergenti recentemente e la velocità di cambiamento dell'ambiente. *I fondamenti della società dell'informazione*

Reti. Deve essere data priorità all'estensione della disponibilità di EURO-ISDN, in linea con le attuali proposte della Commissione, nonché alle riduzioni tariffarie atte ad incoraggiare il mercato. Il Consiglio dovrebbe sostenere la realizzazione della infrastruttura europea della banda larga ed assicurare l'interconnettività di questa con l'intero sistema europeo di telecomunicazioni, televisione via cavo e reti satellitari. Dovrebbe inoltre essere istituito un Comitato Direttivo della Banda Larga che coinvolga tutti i soggetti rilevanti, nell'intento di sviluppare una visione comune e di controllare e facilitare la comprensione del concetto generale, attraverso, in particolare, dimostrazioni e scelta e definizione degli standard. Relativamente alle comunicazioni mobili e satellitari sono necessarie le seguenti misure: – una riduzione delle tariffe delle comunicazioni mobili; – la promozione del GSM in Europa e a livello internazionale; – l'istituzione di una struttura di regole per le comunicazioni satellitari; – spingere l'industria europea dei satelliti a sviluppare progetti a priorità comune ed a partecipare attivamente allo sviluppo dei sistemi mondiali. *Servizi di base.* La fornitura e l'uso diffuso di servizi di base standard trans-europei, compresi la posta elettronica, il trasferimento di archivi e i servizi video, dovrebbero venire promossi tramite un'azione urgente e coerente sia a livello di Unione Europea che di Stati Membri. La Commissione dovrebbe dare inizio alla creazione di un Forum Europeo dei Servizi di Base al fine di accelerare la disponibilità di standard unificati per i servizi di base.

Applicazioni. Le iniziative nel campo applicativo sono i mezzi più efficaci per indizzare il lento decollo della domanda e dell'offerta. Esse hanno una funzione dimostrativa aiuterebbe a promuovere un loro più largo impiego. Il Gruppo ha identificato le se-

delle istituzioni europee nella costruzione della Società europea della informazione. A partire dalla premessa della rivoluzione tecnologica rappresentata dalle nuove applicazioni della informatica alle comunicazioni a distanza, concepita non senza giustificata enfasi come una “nuova rivoluzione industriale”, affiorano diverse linee: la liberalizzazione delle telecomunicazioni negli stati membri, la promozione delle nuove tecniche, la tutela dei consumatori. Tutti i profili interessati sono però osservati dal punto di vista generale di una profonda riforma dell’ordinamento delle comunicazioni, che assegna un ruolo preminente, nella costruzione della Società dell’informazione, alle forze del libero mercato, si legge infatti che «la creazione della società dell’informazione dovrebbe essere affidata al settore privato e alle forze del mercato. Il finanziamento pubblico esistente dovrebbe essere “rifocalizzato” con maggiore precisione, mirando a soddisfare le richieste della società dell’informazione».

Il vertice di Corfù del 1994, nel quale viene formalmente avviato il progetto⁴⁸, incarica subito la Commissione di formulare un piano d’azione rivolto alla liberalizzazione delle telecomunicazioni, ponendo così le premesse per l’adozione di quel pacchetto regolamentare che la Commissione predispose e che guiderà le prime due fasi della liberalizzazione⁴⁹. Nella comunicazione che la Commissione presenta due anni dopo troviamo tutta una serie di problematiche, tutte similmente prioritarie⁵⁰, che

guenti iniziative: telelavoro, apprendimento a distanza, reti di università e centri di ricerca, servizi telematici per piccole e medie imprese, gestione del traffico stradale, gestione del traffico aereo, reti sanitarie, appalti elettronici, rete trans-europea delle pubbliche amministrazioni, autostrade dell’informazione cittadina.

Finanziamento. La creazione della società dell’informazione dovrebbe essere affidata al settore privato e alle forze del mercato. Il finanziamento pubblico esistente dovrebbe essere “rifocalizzato” con maggiore precisione, mirando a soddisfare le richieste della società dell’informazione. A livello di Unione ciò può comportare nuovi orientamenti nelle attuali ripartizioni delle risorse, sotto intestazioni quali il Fourth Framework Programme per la Ricerca e lo Sviluppo ed i Fondi Strutturali.

⁴⁸ Il Consiglio di Corfù del 24-25 giugno 1994 ha deciso di istituire un “Consiglio della società dell’informazione”, basandosi sulle conclusioni del Rapporto Bangemann.

⁴⁹ Il piano d’azione, “*La via europea verso la società dell’informazione*”, è stato approvato il 19 luglio 1994, ed è stato oggetto di discussione nei lavori del primo Consiglio sulla società dell’informazione tenutosi il 28 settembre 1994. Il Consiglio ha invitato la Commissione ad adottare una serie di provvedimenti; in particolare, gli indirizzi espressi dal Consiglio hanno dato un apporto decisivo alla liberalizzazione delle telecomunicazioni.

⁵⁰ Commissione europea, *La società dell’informazione: da Corfù a Dublino, le nuove priorità emergenti*, COM (96) 395 def. del 24 luglio 1996. «Si sono individuate quattro

andranno a costituire la base delle politiche comunitarie in materia di comunicazioni a distanza (Direttive sulle liberalizzazioni di cui si è detto sopra) e Società dell'informazione.

Emerge in queste linee di politica comunitaria tutta la complessità che caratterizza peculiarmente il diritto delle comunicazioni attuale. La dimensione giuridica deve infatti tenere conto di una pluralità di profili, tutti parimenti significativi, che sono implicati in ogni disciplina delle comunicazioni e delle tecnologie di informazione⁵¹. Vi è, in primo luogo, un insieme, talora conflittuale, di libertà che richiedono espressione e riconoscimento: gli utenti dei servizi, i consumatori, i cittadini destinatari delle informazioni, nonché le imprese che forniscono servizi. Vi è, in secondo luogo, il profilo necessariamente globale e internazionale delle comunicazioni, che non può essere normativamente colto se non integrando più ordinamenti giuridici. Compare poi, in terzo luogo, l'esigenza di di-

principali linee politiche, che hanno eguale priorità: 1- *Migliorare il contesto commerciale*. Le imprese europee hanno iniziato ad adattarsi alla crescente pressione concorrenziale e a cogliere le enormi opportunità offerte dalla società dell'informazione. Per realizzare questo difficile compito, esse hanno però bisogno di un favorevole contesto commerciale. Ciò significa, in particolare, che entro il 1 gennaio 1998 dovrà essere effettivamente realizzata in tutta l'Unione europea la completa liberalizzazione delle telecomunicazioni. Significa anche che per garantire una leale concorrenza e il funzionamento del mercato interno, è necessaria una maggiore trasparenza e coerenza della regolamentazione nazionale relativa alla società dell'informazione. Infine, è necessario prestare maggiore attenzione al rapido decollo delle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni nei vari settori dell'economia, comprese le piccole e medie imprese. 2 - *Investire nel futuro*. Società dell'informazione significa società basata sulle conoscenze. Per potenziare la base di conoscenze dell'Europa, la ricerca connessa alla società dell'informazione deve svolgere un ruolo chiave nel Quinto programma quadro. 3 - *Al primo posto i cittadini*. Una delle priorità definite dalla Commissione consiste nell'assegnare ai cittadini un ruolo centrale nelle politiche relative alla società dell'informazione, vale a dire rispondere con più efficacia alle loro aspettative e preoccupazioni relative a problemi quali l'accesso ad una vasta gamma di servizi e di contenuti informativi. In pratica, la Commissione si propone di integrare più strettamente il meccanismo dei fondi strutturali e le politiche relative alla società dell'informazione, per affrontare problemi sociali, tutelare gli interessi dei consumatori e migliorare la qualità dei servizi pubblici. 4 - *Affrontare la sfida globale*. Data la crescente globalizzazione, bisogna sforzarsi di definire regole globali. La Commissione reputa che a tale scopo rivesta notevole importanza il completamento dei negoziati dell'OMC. Per realizzare una società dell'informazione di portata effettivamente globale, è necessario collaborare in modo crescente con i nostri vicini e contribuire all'integrazione dei paesi in via di sviluppo nella società dell'informazione del ventunesimo secolo».

⁵¹ Cfr. sul punto, F. CARDARELLI, V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto delle telecomunicazioni*, cit., 4-5.

stinguere tra le varie forme di comunicazione, a seconda che ci trovi di fronte a contenuti informativi e pubblici o a contenuti di natura riservata. Infine troviamo, in quarto luogo, l'esigenza di individuare all'interno dei vari ordinamenti giuridici istituzioni di governo il quanto più possibile attrezzate, tecnicamente e istituzionalmente, a rappresentare un centro dinamico ed efficace di regolazione delle varie questioni giuridiche coinvolte.

8. La Direttiva “quadro” del 2002. Le comunicazioni elettroniche tra pluralismo e concorrenza

Le direttive approvate dalla Comunità europea in materia di telecomunicazioni, sia nella primissima fase di avvio della liberalizzazione e sia nelle fasi successive, affrontano tutti i principali nodi problematici che attengono al ruolo delle comunicazioni integrate nella Società della informazione. Il pacchetto di direttive del 2002, che semplifica, riordina e riforma la disciplina comunitaria delle comunicazioni elettroniche, si rivolge a tali molteplici aspetti giuridici del settore delle tecnologie della comunicazione per leggerli in una ottica nuova. Tale intervento organico della Unione europea è stato originato dalla valutazione delle nuove esigenze emerse nel settore delle comunicazioni. Il 10 novembre 1999 la Commissione presenta al Parlamento, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni una comunicazione dal titolo *Verso un nuovo quadro per l'infrastruttura delle comunicazioni elettroniche ed i servizi correlati – Esame del 1999 del quadro normativo delle comunicazioni*, in cui passa in rassegna la legislazione vigente e formula una serie di proposte di riforma da esaminare con consultazioni pubbliche. L'esito della consultazione si ha con la comunicazione dal titolo *Risultati della consultazione pubblica sull'esame del 1999 del quadro normativo delle comunicazioni e orientamenti per il nuovo quadro* che viene presentata dalla Commissione al Parlamento, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, il 26 aprile del 2000. Il Consiglio di Lisbona del 23 marzo 2000 ha confermato il carattere strategico del settore delle comunicazioni digitali per quanto riguarda la crescita economica, la competitività e la creazione di nuove possibilità di lavoro nel continente europeo. Sia le imprese che i cittadini sono riconosciuti quali soggetti a cui spetta l'accesso più ampio ed economico ad una rete unica di comunicazione.

La convergenza tecnologica nei settori delle comunicazioni di massa, dei nuovi media, delle telecomunicazioni e delle tecnologie della informa-

zione, rappresenta la premessa di fatto di una chiara esigenza di sottoporre tutto il sistema delle reti e dei servizi connessi ad un unico nuovo quadro normativo. Nasce così la Direttiva 2002/21 del 7 marzo, del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, cioè la cosiddetta “Direttiva quadro”. Alla quale si accompagnano, però, altre Direttive che in maniera coordinata completano il panorama giuridico di riferimento in un unico “pacchetto” normativo europeo. Si tratta delle Direttive del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, n. 19 relativa all’accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate (direttiva accesso); n. 20 relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni); n. 22 relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale); e infine della Direttiva 2002/77/CE della Commissione del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica.

L’obiettivo principale degli interventi comunitari è dato dal consolidamento economico e dallo sviluppo delle regole del mercato concorrenziale nel settore delle comunicazioni elettroniche⁵². La Direttiva quadro assume a questo proposito una centralità particolare, perché in essa si trovano bene evidenziate le aree strategiche di ingerenza e di riforma del settore: l’esame lascia infatti emergere almeno tre spazi tematici significativi. Un primo elemento è dato dalle nuove definizioni della nozione di servizio e di rete di comunicazione elettronica, maggiormente aderente alla realtà della convergenza tecnologica (*consideranda* nn. 6, 9, 10); un secondo fattore è costituito dalla individuazione di determinate caratteristiche tecniche e infrastrutturali che dovrebbero connotare l’intero sistema delle comunicazioni elettroniche (*consideranda* nn. 8, 19, 23, 30, 31); infine, in terzo luogo, vi è l’aspetto relativo alle regole della concorrenza del settore, volte a garantire la permanenza o il ristabilimento di un asset-

⁵² Si vedano, R. PEREZ, *Disciplina europea delle comunicazioni elettroniche e ordinamento nazionale*, in R. Perez (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004, 1-13; M. D’ALBERTI, *Comunicazioni elettroniche e concorrenza*, in *Ivi*, 35-41; L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria nel nuovo quadro comunitario delle comunicazioni elettroniche*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza*, cit., 106.

to libero e concorrenziale in conformità con i principi del diritto europeo primario (*consideranda* nn. 25, 26, 27 e 28)⁵³.

8.1. *Comunicazioni elettroniche e media audiovisivi: il pluralismo ideologico*

Per quanto riguarda la nozione di servizio e di rete di comunicazione elettronica, come abbiamo già segnalato, l'art. 2 lett. a) e c) della Direttiva quadro segna una radicale revisione rispetto alla configurazione tradizionale dei servizi di telecomunicazione, considerando in maniera finalmente nuova il ruolo della radiotelevisione nelle nuove vie di comunicazione⁵⁴. Praticamente entro l'insieme delle reti di comunicazione elettronica vengono compresi tutti i sistemi di trasmissione a distanza, siano essi riferiti a segnali via cavo, via radio, via satellite, per via terrestre fissa o mobile, incluse le reti che servono alla diffusione di programmi radiotelevisivi.

La corrispondenza tra rete e servizio di comunicazione elettronica non è però completa, perché restano fuori dalla nozione di servizio due aspetti dell'impiego della rete per i quali vengono ravvisati motivi che rinviano per opportunità a ulteriori e diverse regolamentazioni. Si tratta, in primo luogo, di tutti quei servizi che riguardano la fornitura di contenuti o l'esercizio del controllo editoriale su tali contenuti, trasmessi impiegando le reti di comunicazione elettronica, vale a dire la predisposizione dei contenuti dei programmi audiovisivi. In secondo luogo, sono esclusi tutti quei servizi della società dell'informazione, indicati nella Direttiva 98/34/CE, che non consistono integralmente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazioni, ma che rientrano piuttosto nella applicazione della Direttiva sul commercio elettronico. In entrambi i casi si ritiene opportuno scorporare dai servizi di comunicazione elettronica attività che presentano evidenti elementi ultranei rispet-

⁵³ M. CLARICH, *Regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, in R. Perez (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, cit., 15 ss.

⁵⁴ V. ZENO-ZENCOVICH, *I rapporti tra gestori di reti e fornitura di contenuti nel contesto europeo*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 122, segnala che «ormai è difficile distinguere, dal punto di vista della funzionalità, una rete di telecomunicazioni da una radiotelevisiva e questa progressiva omologazione è ben colta dal pacchetto di nuove direttive comunitarie del 2002».

to alla mera trasmissione a distanza di segnali: in un caso aspetti legati alla disciplina dei commerci, nell'altro la predisposizione dei contenuti editoriali.

La posizione particolare assunta dai programmi audiovisivi è dunque significativa nel panorama della legislazione europea. Proprio il ruolo informativo-generale della programmazione radiotelevisiva suggerisce all'Europa di combinare diversamente il rapporto tra pluralismo e concorrenza rispetto a quanto non accada nelle comunicazioni elettroniche⁵⁵. Alla base della politica comunitaria c'è infatti il riconoscimento di una posizione del tutto particolare del fenomeno della radiotelevisione, coerentemente con quanto affermato già nel 1997 nel Protocollo aggiuntivo al Trattato di Amsterdam⁵⁶. Il profilo contenutistico sembra prevalere ri-

⁵⁵ L'art. 10 della CEDU garantisce il diritto di ognuno a ricevere e scambiare informazioni. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha sostenuto che le normative poste a tutela della concorrenza, pur svolgendo un fondamentale ruolo di garanzia contro le concentrazioni di potere anche nel sistema generale dei mezzi di comunicazione, non sono tuttavia un rimedio bastevole ed efficiente contro la formazione di posizioni dominanti nel sistema delle comunicazioni di massa. Si afferma pertanto la necessità di normative che impongano obblighi *ex ante* che tutelino il cittadino sotto il profilo del pluralismo. Nella sentenza *Information-sverein Lentia c. Austria*, del 24 novembre, 1993, la Corte di Strasburgo ha affermato che il pluralismo informativo può essere attuato dagli stati solo se il sistema radiotelevisivo risulta informato al principio pluralistico, di cui lo stato è «ultimate guarantor», aggiungendo che lo stesso principio pluralistico assume un valore specifico per la radiotelevisione vista la diffusione capillare dei programmi. Si veda in proposito, R. MASTROIANNI, *La disciplina in materia di televisione tra diritto interno e diritto comunitario*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 82; nonché, R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Torino, 2009.

⁵⁶ Uno dei Protocolli aggiuntivi al Trattato di Amsterdam è dedicato esclusivamente alla radiotelevisione intesa quale servizio pubblico statale, in esso si legge tra l'altro che: «il sistema di radiodiffusione pubblica negli Stati membri è direttamente collegato alle esigenze democratiche, sociali e culturali di ogni società, nonché alla necessità di preservare il pluralismo dei mezzi di comunicazione [...]. pertanto... le disposizioni del Trattato che istituisce la Comunità europea non pregiudicano la competenza degli Stati membri a provvedere al finanziamento del servizio pubblico di radiodiffusione, nella misura in cui tale finanziamento sia accordato agli organismi di radiodiffusione ai fini dell'adempimento della missione di servizio pubblico [...] e nella misura in cui tale finanziamento non perturbi le condizioni degli scambi e della concorrenza nella Comunità in misura contraria all'interesse comune». Si veda sul punto, R. MASTROIANNI, *Il Protocollo sul sistema di radiodiffusione pubblica*, in AA.VV., *Il Trattato di Amsterdam*, cit. Per una riflessione sulle principali questioni dinanzi al servizio pubblico televisivo nel contesto del diritto europeo, E. BROGI, *Dalla revisione della direttiva "tv senza frontiere" al ruolo del servizio pubblico radiotelevisivo: alcuni elementi di evoluzione del "diritto europeo della informazione"*, in P. Costanzo, G. De Minico, R. Zaccaria (a cura di), *I «tre codici» della Società dell'in-*

spetto allo strumento, cioè al medium, nella politica europea sull'audiovisivo. Il Protocollo di Amsterdam ha creato una area protetta, rispetto alla applicazione delle regole della concorrenza e della liberalizzazione, a favore dei servizi pubblici radiotelevisivi, i quali hanno potuto così continuare anche a beneficiare di una contribuzione diretta da parte degli stati. Tutto ciò in nome del pluralismo⁵⁷ ideologico e culturale, in una parola della libertà d'espressione ritenuta meritevole di affiancare e bilanciare il principio della libertà del mercato, perché evidentemente esposta al rischio di non essere adeguatamente protetta da questa ultima.

La Direttiva quadro muove dallo stesso presupposto quando dispensa la fornitura di contenuti editoriali radiotelevisivi dal novero dei servizi di comunicazione elettronica; infatti, si legge che «la politica audiovisiva e la regolamentazione dei contenuti perseguono obiettivi di interesse generale, quali la libertà d'espressione, il pluralismo dei mezzi di informazione, l'imparzialità, la diversità culturale e linguistica, la protezione di consumatori e la tutela dei minori» (*considerando* n. 6). Emerge quindi la consapevolezza che le politiche sulla concorrenza nei servizi di comunicazione elettronica, anche nel contesto di una società dell'informazione fortemente integrata e rinnovata nel rapporto di convergenza tra tecnologie e servizi, richiedono di essere affiancate da ulteriori politiche che, almeno per la radiotelevisione, si richiamino agli obiettivi del principio del pluralismo⁵⁸ ideologico e della garanzia della libertà d'espressione. Concorrenza e pluralismo quindi, nella Direttiva quadro, non sono concetti sovrapponibili, pur essendo fortemente intrecciati.

8.2. Reti e frequenze: le risorse del pluralismo

Un altro aspetto importante nel rapporto tra concorrenza e pluralismo è dato, nella Direttiva quadro, dalla configurazione tecnica e infrastrutturale degli apparati di comunicazione elettronica. Le problematiche di fondo sono qui sostanzialmente due: la prima riferita alle frequenze e,

formazione, Torino, 2006, 325 ss. Sulle evoluzioni della disciplina audiovisiva comunitaria, si veda anche, R. MASTROIANNI, *La Direttiva sui servizi di media audiovisivi*, cit.

⁵⁷ R. MASTROIANNI, *La disciplina in materia di televisione tra diritto interno e diritto comunitario*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 82-85.

⁵⁸ M. DI FILIPPO, *Diritto comunitario e pluralismo nei mezzi di comunicazione*, cit.

la seconda, riguardante il livello di integrazione e di interoperabilità delle apparecchiature e delle piattaforme di comunicazione.

Le frequenze sono definite come «risorsa essenziale per i servizi di comunicazione elettronica via radio», la Direttiva indica perciò alcuni principi che devono presiedere alla assegnazione di queste importanti risorse da parte della autorità nazionali di regolamentazione. Si stabilisce che esse devono essere attribuite in modo tale che siano fissati determinati «obiettivi e principi armonizzati», nonché secondo «criteri trasparenti, non discriminatori ed obiettivi che tengano conto degli interessi democratici, sociali, linguistici e culturali connessi con l'uso della frequenza» (*considerando* n. 19). Ancora una volta è la libertà d'espressione ad essere in gioco, oltre che la libera concorrenza e il diritto degli operatori di accedere alle risorse base del mercato. La Direttiva ha bene presente che dietro alle risorse materiali di trasmissione si trovano principi che richiamano l'essenza stessa della libertà di manifestazione del pensiero.

In questa visione si comprende anche l'aspetto relativo alla innovazione tecnologica: qui la Direttiva rivolge diversi indirizzi a favore della tecnologia digitale, che può consentire ai consumatori l'accesso a piattaforme aperte ed omogenee. Con riguardo alla politica audiovisiva, si prevede l'applicazione della Direttiva alle apparecchiature utilizzate dagli utenti della televisione digitale, prevedendo anche che le istituzioni nazionali incoraggino, da parte degli operatori televisivi, l'impiego di terminali che rendano ai consumatori più agevole l'accesso ai servizi di comunicazione elettronica.

La scommessa sulla diffusione della tecnologia digitale in generale (e per la radiotelevisione in particolare), è motivata dalla esigenza di razionalizzare e moltiplicare le frequenze disponibili, problema questo quanto mai vero per la televisione terrestre. Come per le frequenze, anche per le apparecchiature sono in questione interessi e diritti ultranei rispetto a quelli del mercato. Le tecnologie non sono indifferenti a proposito, così si afferma che «al fine di garantire il libero flusso delle informazioni, il pluralismo dei mezzi di informazione e la diversità culturale dovrebbe essere promossa l'interoperabilità dei servizi televisivi digitali interattivi e delle apparecchiature terminali avanzate per la televisione digitale, a livello del consumatore» (*considerando* n. 31).

Oltre al pluralismo culturale, però, l'impatto tecnologico del mercato dei servizi di comunicazione elettronica può incontrare anche altre esternalità. È il caso, ad esempio, della tutela dell'ambiente. Da questo punto di vista la Direttiva si preoccupa di indicare una linea politica che è quel-

la della condivisione degli apparati piuttosto che la proliferazione di reti e impianti⁵⁹. Così si sancisce che «la condivisione delle strutture può presentare vantaggi sotto il profilo urbanistico, della salute pubblica o per motivi ambientali e dovrebbe essere incentivata dalle autorità nazionali di regolamentazione sulla base di accordi con le imprese su base volontaria». Sino al punto che «nei casi in cui le imprese non dispongano di alternative economicamente valide può essere opportuna la condivisione obbligatoria delle strutture o della proprietà». Occorre comprendere in proposito: la coubicazione fisica, la condivisione di condotti, piloni, antenne e sistemi di antenne (*considerando* n. 23).

8.3. *La concorrenza: la libertà del mercato*

Il rapporto tra pluralismo e concorrenza assume una declinazione sensibilmente diversa nel terzo dei profili indicati, cioè quello delle norme relative alla tutela della libertà dei mercati dei servizi di comunicazione elettronica. Se nella definizione dei servizi o nelle indicazioni sulle apparecchiature tecniche emerge chiaro il riferimento al pluralismo che tutela la diversità delle culture quale campo autentico della libertà d'espressione, in questa parte la Direttiva si preoccupa esclusivamente di mettere in campo gli strumenti volti a garantire lo sviluppo del mercato concorrenziale.

Le prime fasi delle politiche di liberalizzazione dei mercati di telecomunicazione sono state caratterizzate da norme che hanno voluto impedire la concentrazione di un eccessivo potere di mercato. La Direttiva 97/33/CE, per tutelare l'avvio della concorrenza, definiva obblighi e limiti *ex ante* che gli operatori dovevano rispettare. Il d.p.r. 318 del 1997 di attuazione della normativa comunitaria recepiva il limite massimo del 25% della quota di mercato che un solo operatore delle telecomunicazioni poteva controllare in un singolo mercato; limite che poteva però essere

⁵⁹ B. TONOLETTI, *Convergenza tecnologica e pluralismo informativo nelle comunicazioni elettroniche*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, cit., segnala che dopo la seconda fase di liberalizzazione con la Direttiva "full competition", che aveva cercato di favorire la creazione di una pluralità di reti interconnesse tra loro da parte dei vari operatori, si è constatato che la costruzione di reti alternative o parallele (locali o nazionali) è un obiettivo, a causa dei costi elevati, difficilmente raggiungibile se si vuole garantire una effettiva pluralità di imprese di servizi.

derogato, sia al ribasso che al rialzo, in virtù di una analisi di mercato svolta dalla Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Limiti *ex ante* quindi, ancorché flessibili⁶⁰, cioè fissati in precedenza rispetto all'ingresso degli imprenditori sul mercato, da rispettare pena l'applicazione delle sanzioni che tendono a riequilibrare il mercato.

La flessibilità della normativa antitrust nella prima fase di liberalizzazione delle telecomunicazioni era motivata dal fatto che il mercato non presentava ancora profili di pieno sviluppo in senso concorrenziale, vista la presenza dei cosiddetti *incumbent* rappresentati dalle vecchie società in mano pubblica (ex titolari in via esclusiva o speciale del monopolio dei servizi), ora più o meno privatizzate ma comunque collocate in una posizione, tecnica e commerciale, di oggettivo vantaggio rispetto ai nuovi competitori. Anche gli obblighi di regolazione *ex ante* dovevano pertanto tenere conto di una realtà fortemente asimmetrica, dove accanto ad operatori titolari di contratti e reti infrastrutturali si affiancavano imprenditori appena entrati, i cosiddetti *new comers*, dotati di una posizione di mercato decisamente non paragonabile a quella dei primi. La normativa antitrust, pur fissando limiti rigidi e astratti da applicare in caso di posizione dominante, non poteva non introdurre elementi di discrezionalità nella valutazione della singola fattispecie a favore della crescita della concorrenza⁶¹. Così la quota massima di mercato, indicata nel d.p.r. 318 del 1997, controllata da un operatore al fine della qualificazione di operatore con notevole forza di mercato, fissata al 25% per ogni singolo mercato, poteva essere anche abbassata o al contrario innalzata dalla Autorità di garanzia, ottenendo una frontiera mobile nella applicazione dei provvedimenti antitrust. L'Autorità poteva infatti stabilire che in ragione della entità del mercato, del livello tecnologico o della peculiare capacità di influenzare il mercato e i consumatori da parte degli operatori, una impresa che controllasse quote anche maggiori o minori del limite fissato (25%) potesse ugualmente essere definita come titolare di una posizione dominante, in ragione del consolidamento della concorrenza.

⁶⁰ P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 203.

⁶¹ A. PERRUCCI, *Le analisi di mercato previste dal nuovo quadro regolamentare*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 103, sottolinea come «non sia corretta l'affermazione, alquanto ricorrente, per cui nel "vecchio" quadro regolamentare il meccanismo di individuazione delle imprese con SPM (significativo potere di mercato) avvenisse in modo automatico», poiché le Autorità nazionali dovevano tenere conto di altri parametri.

La Direttiva quadro del 2002 rivede criticamente questo impianto, considerando sostanzialmente avviato e sviluppato il processo di liberalizzazione, così che i limiti *ex ante*, utili nella fase iniziale di apertura dei mercati, possono lasciare il posto ad un modello diverso di normazione. La nuova disciplina si presenta ispirata al diritto comunitario della *concorrenza* più che al modello *regolativo* del mercato: si preferisce una diversa combinazione⁶², nella applicazione della normativa anti-trust per gli operatori con significativo potere di mercato, tra interventi *ex post* ed obblighi positivi predeterminati *ex ante*. Sono le singole condotte degli operatori ad essere di volta in volta valutate dalle autorità di garanzia preposte alla salvaguardia della libertà del mercato, a partire da obblighi negativi quali il divieto generale di operazioni che restringano la concorrenza⁶³.

La Direttiva muove dal dato dell'effettiva affermazione, negli anni, di ampi spazi di concorrenza nel mercato dei servizi, a partire dal quale propone un sensibile mutamento nella politica anticoncentrazionista. Si precisa infatti che «è essenziale che gli obblighi *ex ante* vengano imposti esclusivamente quando non esista una concorrenza effettiva, vale a dire sui mercati in cui una o più imprese detengono un significativo potere di mercato e quando i mezzi di tutela apprestati dal diritto nazionale e comunitario della concorrenza non siano sufficienti a risolvere il problema» (*considerando* n. 27). Il fulcro della nuova normativa è rappresentato dalla nozione di impresa dotata di un *significativo potere di mercato*, che viene definita come colei che «individualmente o congiuntamente con altri, gode di una posizione equivalente ad una posizione dominante ossia una posizione di forza economica tale da consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e, in definitiva, dai consumatori» (art. 14, par. 2). Come si vede è eliminato ogni rife-

⁶² La netta contrapposizione tra modello regolativo e modello concorrenziale è criticamente discussa da F. DENOZZA, *L'impresa con significativo potere di mercato*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, 55 ss. secondo il quale si può «negare con assoluta tranquillità la capacità di distinguere due nette e differenti categorie di interventi. Si tratta in realtà di uno spettro di differenti combinazioni».

⁶³ Per gli aspetti critici relativi alla normativa comunitaria come recepita dal Codice delle comunicazioni elettroniche, si vedano: M. CLARICH, *Regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, in R. PEREZ, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, cit., 16 ss.; M. D'ALBERTI, *Comunicazioni elettroniche e concorrenza*, Ivi, 35 ss.

rimento a obblighi preventivi o a quote di mercato predeterminate previamente, per lasciare posto a valutazioni successive dei singoli mercati e dei singoli comportamenti.

La valutazione della concorrenzialità dei mercati è il risultato di una complessa procedura di analisi degli stessi che coinvolge non solo le Autorità nazionali di regolamentazione ma anche la Commissione europea, la quale ha il compito di definire gli orientamenti da seguire «nel valutare se un'impresa esercita un'influenza significativa in un determinato mercato» (*considerando* n. 28). Infatti, previa consultazione con le Autorità nazionali, la Commissione «adotta una raccomandazione avente ad oggetto i mercati rilevanti dei servizi e dei prodotti» le cui caratteristiche siano tali da «giustificare l'imposizione di obblighi di regolamentazione stabiliti dalle direttive particolari»: nel compiere questa opera di definizione dei mercati la Commissione si dovrà basare sui «principi del diritto della concorrenza» (art. 15, par. 1). Le singole Autorità nazionali, successivamente, dovranno concretamente individuare se due o più imprese godono congiuntamente di una posizione dominante sul mercato, e nel fare ciò si dovranno attenere al diritto comunitario tenendo «nella massima considerazione gli orientamenti per l'analisi del mercato e la valutazione del rilevante potere di mercato pubblicati dalla Commissione».

Il quadro regolamentare proposto dalla Direttiva quadro innova le procedure antitrust secondo linee evolutive che ridisegnano gli strumenti normativi e che rivedono anche i profili istituzionali. Emergono quindi, in breve conclusione, alcuni profili sostanziali. In primo luogo, vi è l'adozione da parte della normazione europea per le comunicazioni elettroniche di istituti propri del diritto comunitario della concorrenza nonché della relativa giurisprudenza della Corte di Giustizia; vi è poi una classificazione dei mercati rilevanti più dettagliata e analitica, che promana sostanzialmente dalla Commissione europea; la Commissione medesima, in terzo luogo, viene a trovarsi in una posizione di coordinamento e supervisione rispetto alle Autorità nazionali; le Autorità nazionali sono tenute a rispettare gli orientamenti della Commissione e a motivare e comunicare alla stessa le decisioni di notificare ad una impresa alcuni obblighi derivanti dall'essere titolare di significativo potere di mercato⁶⁴.

⁶⁴ A. PERRUCCI, *Le analisi di mercato previste dal nuovo quadro regolamentare*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, cit., 102-103.

9. La riforma del *Framework* 2002

La Direttiva quadro ha previsto un termine per la Commissione per promuovere il riesame della normativa sulle comunicazioni elettroniche⁶⁵. Con un certo anticipo la Commissione ha avviato tale procedura già a partire dalla fine del 2005, promuovendo una consultazione pubblica sulle prestazioni complessive del pacchetto di riforme del 2002⁶⁶. A seguito dei pareri raccolti la Commissione ha adottato nel giugno del 2006 una *Comunicazione sul riesame del quadro normativo comunitario per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica*⁶⁷. Parallelamente la Commissione ha avviato anche la riforma della Raccomandazione relativa alla determinazione dei mercati rilevanti che deve guidare tutte le Autorità nazionali di regolamentazione nella applicazione della normativa antitrust. Il 13 novembre del 2007 la Commissione ha infatti presentato sia la proposta di Raccomandazione sui mercati rilevanti sia quella della riforma complessiva del cosiddetto Framework 2002. Mentre la Raccomandazione sulla analisi e la determinazione dei mercati è entrata immediatamente in vigore⁶⁸, la revisione del quadro normativo generale ha iniziato il procedimento legislativo comunitario.

La riforma della disciplina delle comunicazioni elettroniche è ampia e articolata, si struttura in due Direttive e un Regolamento. Si tratta di una proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica delle Direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime, e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica⁶⁹. Nonché di una proposta di Direttiva del Parlamento e del Consiglio recante modifica della direttiva 2002/22 relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione per la tutela dei con-

⁶⁵ L'art. 25, Direttiva n. 21/2002, indicava il termine entro marzo 2006.

⁶⁶ La Commissione in una prima fase si è rivolta agli operatori chiedendo loro pareri sul funzionamento della riforma, ricevendo più di 150 informative.

⁶⁷ Pubblicato in COM (2006) 334 final.

⁶⁸ Pubblicato in GUCE C (2007) 5406 rev 1.

⁶⁹ COM (2007), 697 def. 13.11.2007

sumatori⁷⁰. Infine, una proposta di Regolamento del Parlamento e del Consiglio che istituisce un'Autorità europea del mercato delle comunicazioni elettroniche⁷¹. Proprio questo ultimo documento rappresenta l'aspetto centrale della riforma: alla creazione di una Authority europea per le comunicazioni elettroniche sono infatti connesse entrambe le direttive⁷².

La premessa da cui muove il pacchetto di progetti normativi è il raggiungimento, a livello europeo, di un sufficiente grado di apertura di mercati nazionali nel settore delle telecomunicazioni (*rectius*: comunicazioni elettroniche), che abbisogna però di una ulteriore razionalizzazione rispetto alla riforma del 2002. Si dà per conseguito l'obiettivo della liberalizzazione dei servizi mediante la decostruzione dei vecchi monopoli pubblici retti sul sistema dei diritti speciali o esclusivi: la legislazione

⁷⁰ COM (2007), 698 def. 13.11.2007. La proposta di Direttiva mantiene una nozione statica del servizio universale, sostanzialmente in linea con il dettato precedente, escludendo dal novero dei servizi minimi garantiti la banda larga, come nota criticamente, G. DE MINICO, *Regulation, Banda Larga e Servizio Universale. Immobilismo o Innovazione?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*. Si nota tuttavia che «Nell'ultima versione ancora in itinere della Direttiva Servizio universale (approvata il 6 maggio dal PE in seconda lettura11), il *Considerandum* 3 bis promuove la banda larga a prestazione facoltativa di servizio universale, nel senso che spetterà agli Stati decidere se aggiungerla o meno all'elenco, fermo restando che in caso di esito positivo, la stessa non graverà come onere economico sugli operatori, ma unicamente sul sistema di fiscalità generale. Va certamente considerato che si tratta di un *Considerandum* e non di una disposizione della Direttiva. Essa è dunque una un'indicazione politica *pro futuro*, non già una prescrizione giuridica attuale. Rimane però un indubbio valore di segnale, timido indizio di una certa apertura dell'Unione verso l'acquisizione della banda larga a *committent* politico dei singoli Stati».

⁷¹ COM (2007), 699 def. 13.11.2007. Sul quadro comunitario in materia di poteri e autorità di regolazione, si veda anche S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza*, cit., 33 ss.

⁷² M. OROFINO, *Profili costituzionali*, cit., 224 ss. Si devono però segnalare alcuni passaggi istituzionali. In data 7 novembre 2008, infatti, la Commissione Europea ha elaborato nuove proposte legislative entro il pacchetto di riforma delle comunicazioni elettroniche, considerando gli elementi emersi dal voto del Parlamento Europeo del 24 settembre 2008, e, alcune critiche emerse dal Consiglio. Vi sono quindi importanti novità rispetto al testo originario della Commissione. In primo luogo sono state eliminate alcune proposte qualificanti, come la creazione di una Autorità Europea per il mercato delle comunicazioni elettroniche. Anche l'obbligo della separazione funzionale viene mitigato, rimesso alla valutazione degli stati membri che potranno adottarlo in casi eccezionali. Infine si segnala l'aumento delle tutele per i consumatori in tema di trasparenza delle condizioni di servizio.

asimmetrica e della concorrenza⁷³ che ne è risultata costituisce il vero oggetto di valutazione da parte della Commissione. Il principale scopo da perseguire è intervenire sulla configurazione concreta che il mercato ha assunto, sui vari profili soggettivi delle figure coinvolte, dove si incontrano (e si scontrano) ancora i cosiddetti neo-competitori e i vari *incumbents*, cioè gli operatori che ereditano il loro assetto societario e industriale dai “vecchi” soggetti del monopolio pubblico. L’esigenza è quella di razionalizzare i principi per il bilanciamento degli interessi all’accesso alle reti con forme di intervento eteronomo rispetto alla autonomia contrattuale: il principio di eguaglianza degli operatori, il divieto di non discriminazione e l’obbligo di giungere alla contrattazione, infatti, derogano la libera determinazione imprenditoriale⁷⁴.

Le proposte di riforma riguardano infatti sia le procedure per imporre obblighi asimmetrici, sia la tipologia degli obblighi asimmetrici stessi. Dal primo punto di vista, vengono sensibilmente espansi i poteri della Commissione rispetto al potere sanzionatorio esercitabile da parte delle singole Autorità nazionali di regolazione⁷⁵. Per i nuovi obblighi asimmetrici, il più rilevante profilo è l’introduzione del dovere di separazione funzionale per gli operatori verticalmente integrati, che consiste nel distinguere le attività commerciali di offerta di servizi agli utenti dalla gestione della offerta di servizi di accesso alla rete all’ingrosso.

Un ulteriore livello di riforma riguarda le procedure per l’assegnazione delle frequenze radio. Le proposte segnano un avanzamento dell’intervento delle istituzioni comunitarie, puntando essenzialmente su tre aspetti: rafforzare il principio della neutralità tecnologica e quello della neutralità del servizio; aumentare le frequenze disponibili; istituzione di un sistema europeo di coordinamento per i servizi wireless paneuropei⁷⁶.

Il principio della neutralità tecnologica limita al massimo le interferenze nell’uso delle tecnologie di comunicazione, consentendo agli stati membri deroghe per ragioni di salute pubblica o al fine di consentire

⁷³ L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria nel nuovo quadro comunitario delle comunicazioni elettroniche*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza*, cit., 113.

⁷⁴ G. DE MINICO, *Le Direttive Ce sulle comunicazioni elettroniche dal 2002 al 2006. Un punto fermo?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*. Si veda anche M. CLARICH, R. CASSANO, *L'imposizione degli obblighi regolamentari ex ante nel nuovo quadro normativo delle comunicazioni elettroniche*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1, 2009, 23-31.

⁷⁵ M. OROFINO, *Profili costituzionali*, cit., 228.

⁷⁶ M. OROFINO, *Ivi*, 235 ss.

l'accesso diffuso agli utenti. Il principio della neutralità del servizio è invece una novità del pacchetto di riforma che segna il principio di libertà degli operatori sulla modalità di utilizzazione della frequenza radio, contemplando anche la possibilità di cambiare il tipo di servizio offerto nel periodo di validità della licenza (così un operatore di telefonia mobile può decidere di offrire servizi internet o radiotelevisivi). Altri aspetti non meno significativi sono quelli legati alla commerciabilità e all'aumento delle risorse frequenziali: si tende a favorire l'uso condiviso e non esclusivo delle frequenze nonché la loro commerciabilità.

Il processo di adozione delle riforme del Framework 2002 è iniziato ponendosi sostanzialmente nel solco di una interpretazione evolutiva di istituti e problematiche già presenti nella Direttiva quadro. Non mancano certo diversi profili critici, che attengono innanzitutto al grado di maturità del mercato e alla scelta di regole che tutelino veramente la concorrenza e i nuovi operatori⁷⁷. Un dato che deve però essere segnalato riguarda il nesso profondo tra mercato e pluralismo dei contenuti che emerge anche da queste linee di riforma. Non si comprenderebbe l'innovazione rappresentata dall'ordinamento unico delle comunicazioni elettroniche senza il riferimento obbligato al rapporto tra l'uso delle risorse di frequenze e libertà della concorrenza. Diritti esclusivi ed escludenti sull'uso delle infrastrutture di rete di comunicazione elettronica comportano infatti non solo la violazione del principio di libertà economica, ma altresì quello del pluralismo, visto che tutti i contenuti medialiali sono oggi veicolati attraverso le stesse reti di comunicazioni elettroniche.

La regolazione complessiva delle comunicazioni elettroniche è sempre più lo snodo centrale su cui passano diversi profili delle libertà costituzionali. La normazione europea ha indicato alle legislazioni nazionali proprio il coacervo di questioni intrecciate: si tratta di un contributo assai importante alla nuova dimensione costituzionale interna della libertà di espressione⁷⁸. La libertà di iniziativa economica in mercati concorrenziali, e la connessa libertà di circolazione dei servizi, significano infatti libera circolazione di informazioni e di contenuti politico-culturali. Concorrenza, tecnologie e pluralismo delle opinioni determinano insieme il diritto delle comunicazioni (sia sul versante dei mezzi che su quello dei contenuti) riconducendolo alle tematiche assai classiche, e ugualmente sorte sul terreno europeo, del

⁷⁷ Si veda in particolare la critica svolta da G. DE MINICO, *Le Direttive Ce*, cit.

⁷⁸ Si veda per l'analisi dell'impatto costituzionale interno dei principi del diritto europeo, P. STANCATI, *Il diritto fondamentale comunitario alla libera manifestazione del pensiero: profili critici e ricostruttivi*, cit.

fondamento della libertà d'espressione, che sono riassumibili nella libera diffusione di idee e nel pluralismo⁷⁹. L'inedita concentrazione di vari servizi in un unico strumento di diffusione rende assai delicato il tema della proprietà e della concentrazione delle risorse trasmissive, così come quello della capacità di accedere agli stessi mezzi di comunicazione, facendone delle vere e proprie questioni di una moderna cittadinanza democratica.

⁷⁹ A. PACE, in A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit., 27, nota efficacemente come «la proclamazione della libertà di manifestazione del pensiero» nel costituzionalismo contemporaneo ha «un duplice rilievo» come «diritto di libertà (spettante a tutti) con riferimento al mezzo di cui si abbia la disponibilità giuridica in accordo con le leggi che lo disciplinano» e come «valore pluralistico per ciò che attiene alla disciplina dei mezzi di diffusione».