

L'evoluzione del quadro normativo sui servizi dei media audiovisivi

Filippo Donati

Università degli Studi di Firenze

1. Introduzione

L'attuale disciplina contenuta nel testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici (TUSMAR)¹ è frutto di una lunga evoluzione caratterizzata dalla necessità, per il legislatore italiano, di tenere conto di tre concorrenti fattori: gli sviluppi tecnologici e di mercato, la giurisprudenza della Corte costituzionale e l'evoluzione del quadro normativo europeo.

A tale evoluzione è opportuno un riferimento, al fine di poter meglio comprendere la vigente disciplina di settore e gli adeguamenti che a breve saranno necessari alla luce della nuova direttiva (UE) 2018/1808, recante modifiche alla direttiva 2010/13/UE sui servizi di media audiovisivi (direttiva SMAV), che dovrà essere attuata entro il 19 settembre 2020.

2. Il superamento del monopolio

Sino alla seconda metà degli anni '70 tanto l'installazione degli impianti di trasmissione quanto l'attività di diffusione dei programmi televisivi erano riservati allo Stato, il quale vi provvedeva mediante l'affidamento in concessione a una società a totale partecipazione pubblica (la RAI - Radiotelevisione Italiana).

La Corte costituzionale rigettò la questione di legittimità della riserva allo Stato del servizio radiotelevisivo con la sentenza n. 59/1960, enunciando due principi che saranno poi tenuti fermi da tutta la giurisprudenza successiva: il riconoscimento dell'attività radiotelevisiva come servizio pubblico essenziale avente carattere di preminente interesse generale, da

¹ D.lgs. n. 177 del 2005, recante "Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici", come modificato dal d.lgs. n. 44 del 2010 (che ha recepito la Direttiva 2010/13/UE, poi sostituita dalla direttiva 2010/13/UE) e dalla legge n. 205 del 2017.

una parte, e la necessità di assicurare il rispetto del principio costituzionale del pluralismo informativo, dall'altra parte. Secondo la Corte costituzionale, la naturale limitatezza delle frequenze utilmente sfruttabili per le trasmissioni radiotelevisive e la necessità di rilevanti investimenti economici per l'installazione e la gestione degli impianti di trasmissione avrebbero verosimilmente determinato, una volta aperto il mercato agli operatori privati, la formazione di posizioni di monopolio od oligopolio privato, con conseguente riduzione delle possibilità di accesso al mezzo radiotelevisivo da parte delle diverse istanze politiche, sociali, religiose, presenti nella società. Solo il monopolio pubblico dell'etere, in quanto finalizzato al perseguimento di interessi generali, era ritenuto dalla Corte in grado di assicurare al mezzo radiotelevisivo quel tasso di apertura alle istanze di cui sopra senza il quale non avrebbe potuto dirsi garantita la libertà di manifestazione del pensiero.

Nella successiva sentenza n. 225/1974 la Corte indicò le condizioni che il legislatore avrebbe dovuto soddisfare per rendere il regime di monopolio compatibile con i principi costituzionali: a) sottrazione degli organi di vertice della concessionaria del servizio pubblico all'influenza del potere esecutivo; b) imparzialità e completezza dell'informazione; c) sottoposizione della concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo al controllo del Parlamento; d) tutela dell'autonomia dei giornalisti preposti ai servizi di informazione; e) limiti quantitativi alla pubblicità per evitare il pericolo che la radiotelevisione, inaridendo una tradizionale fonte di finanziamento della libera stampa, rechi grave pregiudizio ad una libertà che la Costituzione fa oggetto di energica tutela; f) disciplina dell'accesso alla radiotelevisione; g) garanzia del diritto di rettifica. La legge n. 103 del 1975 recepì questi principi, dettando una profonda riorganizzazione della concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo.

Il monopolio pubblico continuava quindi a resistere, nonostante i progressi tecnologici che in parte avevano superato la precedente situazione di limitatezza dei mezzi disponibili per la trasmissione di programmi televisivi. La Corte dichiarò quindi costituzionalmente illegittimo il monopolio, anche se limitatamente all'attività di ritrasmissione di programmi di emittenti estere (sentenza n. 225 del 1974) e ai servizi radiotelevisivi via cavo (sentenza n. 226 del 1974), in quanto solo nei predetti settori la Corte ritenne insussistente il pericolo di formazione di monopoli o oligopoli privati. Analoghe considerazioni condussero poi la

Corte, con la sentenza n. 202 del 1976, a dichiarare l'illegittimità costituzionale della riserva allo Stato dell'attività radiotelevisiva a livello locale.

L'inerzia del legislatore nell'introdurre un regime autorizzatorio comportò un sostanziale "accaparramento" delle frequenze disponibili da parte delle emittenti private. In poco tempo si giunse così alla creazione di *networks* nazionali composti da più emittenti regionali che, trasmettendo in contemporanea il medesimo programma preregistrato, eludevano la riserva allo Stato delle trasmissioni televisive su scala nazionale.

A seguito di alcune iniziative volte a disporre l'oscuramento delle trasmissioni private operanti di fatto su scala nazionale (e quindi in violazione del regime di riserva allo Stato che continuava a sussistere in materia), il Governo decise di intervenire con il d.l. n. 807 del 1984, convertito nella legge n. 10 del 1985, che introdusse una disciplina transitoria volta a permettere alle ormai costituite televisioni nazionali di continuare ad operare fino all'adozione di una legge organica di riforma del sistema. In tal modo venne di fatto cristallizzata la situazione allora di fatto esistente, caratterizzata dalla presenza di due operatori su scala nazionale (la RAI ed il gruppo Mediaset) in posizione dominante.

Nella sentenza n. 826/1988 la Corte costituzionale considerò negativamente questo "duopolio", affermando che "il pluralismo in sede nazionale non potrebbe in ogni caso considerarsi realizzato dal concorso tra un polo pubblico e un polo privato che sia rappresentato da un soggetto unico o che, comunque, detenga una posizione dominante nel settore privato". La Corte, tuttavia, "salvò" la legge n. 10 del 1985 sul presupposto del suo carattere "provvisorio", riservandosi di tornare sulla questione in un momento successivo laddove il legislatore non avesse introdotto una nuova disciplina conforme al dettato costituzionale.

3. L'introduzione del sistema «misto»

Il legislatore, spinto da questo pressante "monito" della Corte costituzionale, adottò nel 1990 la seconda legge di riforma del sistema radiotelevisivo (la l. n. 223/1990, c.d. "legge Mammi"), che sancì finalmente il venir meno della riserva allo Stato dell'attività radiotelevisiva e l'introduzione di un sistema «misto», pubblico e privato. La legge conteneva importanti novità, tra cui l'introduzione di un regime concessorio sulla base di

una previa pianificazione delle frequenze e una apposita regolamentazione della pubblicità televisiva. L'apertura della televisione su scala nazionale fu accompagnata, secondo le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale, dalla introduzione di una disciplina antitrust volta ad evitare il formarsi di posizioni dominanti nel settore privato.

In concreto, tuttavia, questa legge consentiva ad un medesimo soggetto di essere titolare fino a tre concessioni sul piano nazionale, così "fotografando" quella situazione di fatto caratterizzata dalla presenza di un duopolio tra due soggetti titolari, ciascuno, di tre reti su scala nazionale, che la Corte costituzionale nella sentenza n. 826/1988 aveva considerato in contrasto con il principio del pluralismo informativo. Con la sentenza n. 429 del 1994 la Corte dichiarò quindi l'incostituzionalità della disciplina che legittimava questo duopolio, pur consentendo ai soggetti titolari delle concessioni di operare in via transitoria in attesa di una complessiva riforma del settore radiotelevisivo.

La disciplina della legge Mammì fu in parte modificata e integrata dalla legge n. 249/1997 (c.d. legge Maccanico), che istituì l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e introdusse nuovi limiti antitrust volti ad ottemperare ai principi sanciti dalla sentenza n. 420/1994. A tal riguardo la nuova legge stabilì che nessun soggetto può essere titolare sul piano nazionale di concessioni o autorizzazioni che permettano di irradiare più del 20% delle reti televisive analogiche terrestri (ovvero più di due reti), consentendo tuttavia ai soggetti che superavano tale soglia di continuare transitoriamente a trasmettere sulle reti eccedenti fino a una data fissata dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni "*in relazione all'effettivo e congruo sviluppo dell'utenza dei programmi radiotelevisivi via satellite e via cavo*" (articolo 3, comma 7, della legge n. 249/1997). Soltanto dopo quattro anni dall'entrata in vigore della nuova legge l'Autorità, con la delibera n. 346/01/CONS, stabilì il termine massimo del 31 dicembre 2003 per il passaggio di una rete Mediaset sul satellite e per la trasformazione di una rete RAI in rete senza pubblicità, riservandosi peraltro di riesaminare questo termine prima della sua scadenza a seguito di una nuova indagine sull'"*effettivo e congruo sviluppo dell'utenza dei programmi radiotelevisivi via satellite e via cavo*".

La legge n. 249/1997, come applicata dall'Autorità, non permetteva dunque di individuare un termine certo per imporre il rispetto dei limiti antitrust ai due maggiori operatori,

finendo di fatto per procrastinare ulteriormente una situazione che la Corte aveva ritenuto lesiva del principio del pluralismo informativo. La Corte, con la sentenza n. 466/2002, ha quindi dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 3, comma 7, della legge n. 249/1997 nella parte in cui non obbligava a trasferire sul satellite o sul cavo le reti eccedenti il limite del 20% delle reti televisive nazionali (cioè due) entro una data certa, e comunque al più tardi entro il 31 dicembre 2003. In questa decisione la Corte ritenne che il futuro sviluppo di nuove tecniche trasmissive, ed in particolare il digitale terrestre, fosse ancora in una fase soltanto sperimentale e che quindi non permettesse, allo stato, di concludere nel senso del superamento del problema relativo alla scarsità delle frequenze su cui si era basata la giurisprudenza costituzionale in materia di pluralismo nel campo radiotelevisivo. La necessità di una profonda revisione della precedente disciplina era collegata non soltanto all'esigenza di rafforzare gli istituti volti a garantire il pluralismo informativo, segnalata persino dal Capo dello Stato in un messaggio formale inviato alle camere il 23 luglio 2002, ma anche alle necessità di adeguare le regole del settore alla cosiddetta "*rivoluzione digitale*" e al conseguente processo di "*convergenza*" che ha caratterizzato il settore della comunicazione.

In effetti, il passaggio dal sistema analogico a quello digitale ha mutato il quadro di riferimento anche ai fini dell'applicazione della disciplina antitrust, perché il limite percentuale dei programmi deve essere rapportato al numero di programmi irradiabili attraverso la tecnica digitale. La disciplina oggi vigente prevede che nessun fornitore di contenuti possa essere titolare di autorizzazioni che consentano di diffondere più del 20% dei programmi televisivi o radiofonici irradiabili in forza del piano nazionale di assegnazione delle frequenze. Inoltre nessun operatore può superare il limite della raccolta del 20% delle risorse riferite al sistema integrato delle comunicazioni (il "SIC"), che comprende numerose ed eterogenee attività: stampa quotidiana e periodica; editoria annuaristica ed elettronica anche per il tramite di Internet; radio e televisione; cinema; pubblicità esterna; iniziative di comunicazione di prodotti e servizi; sponsorizzazioni, introiti derivanti da pubblicità online. E' infine vietato acquisire una posizione dominante all'interno dei singoli mercati che compongono il SIC. L'AGCom è chiamata ad adottare

i provvedimenti “necessari per eliminare o impedire” il formarsi di posizioni dominanti o comunque lesive del pluralismo all’interno del SIC e dei singoli mercati rilevanti individuati al suo interno.

4. L’impatto del diritto dell’Unione europea sul settore dei media audiovisivi

Per lungo tempo l’impatto del diritto dell’Unione europea nel campo delle trasmissioni televisive è stato molto limitato.

Ciò è dipeso in parte dalla mancanza di una solida base normativa volta a giustificare interventi dell’Unione nell’audiovisivo, in parte dalla riluttanza degli Stati membri a concedere limitazioni di sovranità in un settore considerato strategico per l’impatto sull’assetto sociale, economico e politico dello Stato.

L’intervento comunitario nel campo della televisione è stato a lungo circoscritto dalla direttiva 89/552/CEE (“Televisioni senza frontiere”), che ha imposto agli Stati membri una serie di obblighi che attengono alla pubblicità televisiva, alle televendite, alla protezione dei minori e alla riserva a favore dei programmi di origine comunitaria.

La situazione è negli anni radicalmente cambiata

Il legislatore europeo non è rimasto inerte di fronte alla convergenza tra telecomunicazioni, media e tecnologie dell’informazione dovuta alle tecniche di “*digitalizzazione*” delle informazioni che, rendendo possibile utilizzare la stessa infrastruttura per trasmettere e ricevere ogni tipo di messaggio (voce, immagini o dati), comporta la “neutralità” della rete rispetto al contenuto trasmesso.

Le direttive del 2002 hanno quindi introdotto una disciplina uniforme delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, ivi incluse le reti tradizionalmente utilizzate per la trasmissione di programmi televisivi. In questa prospettiva è emersa la distinzione tra “operatori di rete”, cioè i titolari del diritto di installazione, esercizio e fornitura di una rete di comunicazione elettronica su frequenze terrestri in tecnica digitale (via etere, cavo o satellite) e “fornitori dei servizi di media”, cioè i soggetti cui è riconducibile la responsabilità editoriale della scelta del contenuto audiovisivo del servizio di media audiovisivo e che ne determinano le modalità di organizzazione. Distinzione poi riposta da TUSMAR. La riforma della disciplina europea in materia di gestione dello spettro radio

(adottata nell'ambito del pacchetto Telecom del dicembre 2009) ha poi imposto il principio di neutralità tecnologica e dei servizi, di cui il legislatore nazionale ha dovuto tenere conto.

Con riferimento alla concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo, il legislatore nazionale ha dovuto tenere conto del protocollo sul sistema di radiodiffusione pubblica negli Stati membri allegato al Trattato di Amsterdam del 1997, che ha offerto indicazioni circa il ruolo della concessionaria pubblica ed ai limiti che tale ruolo consente di apporre all'applicazione dei principi in materia di concorrenza e di divieto di aiuti di Stato.

Queste novità sono state recepite nei vari interventi di modifica alla direttiva 89/552/CEE intervenuti nel 1997 e nel 2007. Le modifiche così apportate alla direttiva 89/552/CEE sono state successivamente codificate dalla direttiva SMAV.

5. II TUSMAR

La riforma del sistema televisivo italiano varata con la legge n. 112 del 2004 ("legge Gasparri") è stata recepita dal Testo unico sulla radiotelevisione approvato con d.lgs. n. 177 del 2005 che, a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 44 del 2010, ha assunto il nome di TUSMAR.

Non è ovviamente questa la sede per un'analisi del TUSMAR, che sarà oggetto dei commenti inseriti nel presente Volume.

In questa sede è peraltro opportuno evidenziare che il TUSMAR, nel disciplinare i servizi di media audiovisivi e radiofonici, intende realizzare tre obiettivi concorrenti: attuare i principi in materia di pluralismo informativo enunciati dalla Corte costituzionale, tenere conto delle nuove esigenze dettate dallo sviluppo tecnologico e di mercati, adeguare la normativa di settore all'evoluzione del diritto dell'Unione europea.

Non è un caso che i principi fondamentali del sistema, elencati all'art. 3 TUSMAR, coincidono con quelli ricavabili dalla Costituzione e dal diritto dell'Unione europea. Ciò vale innanzitutto per il principio del pluralismo informativo, che la Corte costituzionale ha ricavato dall'art. 21 della Costituzione e che costituisce il *leit motiv* delle più significative pronunce adottate in materia, dove si distingue tra il "pluralismo interno" (la cui realizzazione è principalmente affidata al servizio pubblico radiotelevisivo, chiamato a dar

voce al maggior numero possibile di opinioni), e il “pluralismo esterno” (la cui realizzazione è affidata al concorso tra la concessionaria pubblica e una pluralità di emittenti private). Anche i principi di libertà, obiettività, completezza, lealtà e imparzialità dell’informazione, tutela dei minori sono riconosciuti e protetti dalla nostra Costituzione e dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Il TUSMAR, quando afferma che il sistema radiotelevisivo deve garantire la realizzazione di questi principi, esprime dunque una scelta per così dire “obbligata”.

Il TUSMAR, inoltre, ha attuato l’articolata disciplina contenuta nella direttiva SMAV. Gran parte della disciplina italiana sui servizi di media audiovisivi, pertanto, ha ormai una evidente matrice europea.

Le disposizioni del TUSMAR sulla gestione dello spettro elettromagnetico, sui titoli abilitativi all’esercizio dell’emittenza privata, sulla tutela del diritto d’autore, sugli eventi di particolare rilevanza e sui brevi estratti di cronaca, sulla protezione dei minori, sulla promozione delle opere europee, sui limiti alle comunicazioni commerciali, sui compiti ed alle fonti di finanziamento della concessionaria del servizio pubblico sono in larga parte volte ad attuare principi dettati dal legislatore dell’Unione.

6.- Le prospettive di riforma

La direttiva SMAV ha indubbiamente raggiunto il suo principale obiettivo: garantire la realizzazione di un mercato interno dei servizi di media audiovisivi.

Il legislatore europeo ha dunque ritenuto opportuno mantenere l’impianto complessivo della direttiva, apportando però alcune modifiche al fine di tenere conto dell’evoluzione tecnologica e di mercato. In questa prospettiva, la direttiva (UE) 2018/1808 ha esteso anche alle piattaforme Internet le disposizioni in materia di tutela dei minori, di promozione delle opere europee e di pubblicità in precedenza riguardanti i soli operatori tradizionali.

Non è questa la sede per procedere all’analisi dettagliata della nuova direttiva (UE) 2018/1808. Sembrano tuttavia opportuni alcuni cenni a tre aspetti della nuova disciplina, di cui il legislatore italiano dovrà tenere conto dell’adeguamento della disciplina contenuta nel TUSMAR

In primo luogo, il nostro legislatore dovrà estendere anche alle piattaforme di condivisione di video le misure a tutela degli utenti, ed in particolare dei minori, previste dalla nuova direttiva.

In secondo luogo, il legislatore dovrà tenere conto del fatto che la nuova direttiva introduce maggiori flessibilità in materia di pubblicità. Le emittenti potranno infatti scegliere liberamente quando trasmettere le comunicazioni commerciali nell'arco della giornata, fermo il rispetto del limite complessivo del 20% nella fascia compresa tra le 6:00 e le 18:00 e tra le 18:00 e le 24:00, e potranno utilizzare in maniera assai più ampia il cosiddetto product placement.

In terzo luogo, la disciplina nazionale sarà chiamata a estendere gli obblighi di promozione delle opere europee anche ai fornitori non lineari. Va segnalata al riguardo una importante novità della nuova direttiva: gli Stati membri potranno chiedere ai fornitori di servizi di media stabiliti in altri Stati membri di contribuire finanziariamente alle produzioni europee, con i proventi delle trasmissioni dirette al pubblico nazionale. Si tratta di una previsione di cui il nostro legislatore dovrà tenere adeguatamente conto, al fine di decidere se assoggettare ad obblighi contributivi i nuovi fornitori di servizi media audiovisivi on-line che, come Netflix, sono stabiliti in altri Stati ma rivolgono i propri servizi anche agli utenti nazionali.

La parola passa dunque al legislatore nazionale, chiamato ad adeguare il TUSMAR alle novità qui soltanto sommariamente accennate, di cui gli autori dei commenti raccolti nel presente Volume hanno tenuto adeguatamente conto.