

Giulia Avanzini, Giuditta Matucci, Lucia Musselli
(a cura di)

INFORMAZIONE E MEDIA NELL'ERA DIGITALE

con la presentazione di
Roberto Borrello

 **GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE**

PRIMA CHE IL LIBRO SCIENTIFICO MUOIA

Il libro scientifico è un organismo che si basa su un equilibrio delicato. Gli elevati costi iniziali (le ore di lavoro necessarie all'autore, ai redattori, ai compositori, agli illustratori) sono recuperati se le vendite raggiungono un certo volume.

La fotocopia in un primo tempo riduce le vendite e perciò contribuisce alla crescita del prezzo. In un secondo tempo elimina alla radice la possibilità economica di produrre nuovi libri, soprattutto scientifici.

Per la legge italiana la fotocopia di un libro (o parte di esso) coperto da diritto d'autore (Copyright) è illecita. Quindi ogni fotocopia che eviti l'acquisto di un libro è reato.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4, della legge 22 aprile 1941 n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, fax 02 89280864, e-mail: autorizzazioni@aidro.org.

*This work has been supported by University of Pavia grant code BSR1772018
(Blue Sky Research Call- 2017)*

ISBN 9788828816416

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2019
Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - www.giuffrefrancislefebvre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Stampato da LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

Indice

<i>Presentazione</i>	XIII
<i>Premessa</i>	XVII

PARTE PRIMA

TEMI

Sezione I

LIBERTÀ COSTITUZIONALI, GARANZIE E LIMITI

Capitolo 1

La libertà di manifestazione del pensiero nella Costituzione italiana

di *Andrea Gratteri*

1. Manifestazione del pensiero, comunicazione e informazione	5
2. Il diritto di informare, di essere informati e di ottenere informazioni . . .	8
3. Il pluralismo delle fonti di informazione.	10
4. La stampa nell'articolo 21 della Costituzione: il divieto di censura e la disciplina del sequestro	11
5. Vecchi e nuovi limiti alla libera manifestazione del pensiero	14
6. Comunicazione e informazione nella società iperconnessa	23

Capitolo 2

Il diritto di cronaca

di *Lucia G. Sciannella*

1. Diritto di cronaca e libertà di manifestazione del pensiero	27
2. Il reato di diffamazione	28
3. Le aggravanti del reato di diffamazione	32
4. Le scriminanti nell'esercizio del diritto di cronaca: la "sentenza decalogo" della Corte di Cassazione del 1984.	35
4.1. L'utilità sociale della notizia (<i>rectius</i> : interesse pubblico)	36
4.2. La verità del fatto narrato	38
4.3. La forma "civile" dell'esposizione	41
5. L'intervista diffamatoria	42
6. La cronaca giudiziaria	45
7. Cronaca, critica e satira: elementi distintivi	49

Capitolo 3

La diffamazione e le responsabilità penali sul web

di *Sergio Seminara*

1. Internet nel mondo normativo dei mass media	55
--	----

2.	Internet e reati di manifestazione del pensiero	57
3.	La diffamazione su Internet: problemi di qualificazione del reato e criteri di accertamento della rilevanza penale dell'offesa (rinvio).	59
4.	Questioni in tema di giurisdizione: i criteri sovranazionali	60
4.1.	I criteri nazionali per determinare la giurisdizione: il luogo di consumazione del reato di diffamazione <i>online</i>	62
5.	Le responsabilità in rete: l'autore dei contenuti illeciti	66
5.1.	La responsabilità dei fornitori di servizi in rete.	67
5.2.	Autoria, concorso di persone, posizioni di garanzia e obblighi di impedimento dell'evento.	70
5.3.	I problemi aperti	76

Capitolo 4

Le fake news e le misure per contrastarne la diffusione

di Gloria Marchetti

1.	Le diverse definizioni di <i>fake news</i>	81
2.	Le <i>fake news</i> e il loro impatto sulla libertà di informazione e sulla democrazia.	82
3.	Il dibattito sul contrasto delle <i>fake news</i>	83
4.	La posizione del nostro ordinamento rispetto alle notizie false.	84
5.	La necessità di limitare la diffusione di alcune tipologie di <i>fake news</i>	86
6.	I possibili rimedi per contrastare le <i>fake news</i> : l'intervento regolativo dello Stato e l'autoregolamentazione dei <i>providers</i>	87
6.1.	La regolamentazione pubblica in alcuni Paesi europei	87
6.2.	Il modello dell'autoregolamentazione dei <i>providers</i>	91
7.	Le misure dell'Unione europea per contrastare la disinformazione <i>online</i>	92
7.1.	Il Codice di autoregolamentazione per le piattaforme digitali	94
8.	Considerazioni conclusive	95

Capitolo 5

Informazione, *privacy*, riservatezza e oblio

di Giuditta Matucci

1.	Sul diritto alla <i>privacy</i> : dal diritto alla vita privata <i>personale</i> al diritto alla vita privata <i>sociale</i>	99
2.	Sul diritto alla protezione dei dati personali: rinvio	101
3.	Esercizio del diritto di cronaca giornalistica e tutela dei dati personali	106
3.1.	Diritto di cronaca giornalistica e tutela della <i>privacy</i> delle <i>public figures</i>	109
3.2.	Diritto di cronaca giornalistica, <i>privacy</i> del minore e dei "soggetti deboli".	111
3.3.	Diritto di cronaca giornalistica e tutela di particolari categorie di dati personali	114
4.	Il diritto all'oblio	116
5.	Alcune questioni aperte	120

Capitolo 6

Profilazione, nuove dinamiche di mercato e tutela degli utenti

di Allegra Canepa

1.	Innovazione tecnologica e <i>data economy</i>	125
2.	<i>Big data</i> e c.d. profilazione degli utenti	127
3.	La rilevanza della questione informativa e la tutela dei dati personali	130
4.	Profilazione, evoluzione nelle dinamiche di acquisto e tutela dell'utente	133
4.1.	La messa a disposizione di informazioni da parte dell'utente tra cessione volontaria e scelta obbligata	135
4.2.	L'evoluzione della tutela informativa fra obblighi di <i>disclosure</i> e garanzia di scelte consapevoli	137

Capitolo 7

La comunicazione politica

di Ottavio Grandinetti

1.	Introduzione al tema	141
2.	Evoluzione della disciplina	143
3.	Fondamento costituzionale della <i>par condicio</i>	145
4.	Le linee generali della disciplina contenuta nella legge n. 28 del 2000	149
4.1.	Ambito di applicazione della disciplina contenuta nella legge n. 28 del 2000	149
4.2.	Tipologie di periodi e di programmi.	149
4.3.	Poteri integrativi affidati alla Cpip ed all'Agcom	151
4.4.	Soggetti politici e criteri di suddivisione degli spazi	151
5.	I messaggi politici autogestiti	152
6.	La comunicazione politica	153
7.	I programmi di informazione	155
8.	Le c.d. altre trasmissioni.	159
9.	I sondaggi	160
10.	I rapporti con la comunicazione pubblica.	162
11.	Le sanzioni	163
12.	Le problematiche di Internet	164

Sezione II

DISCIPLINA DEI MEZZI E DELLE FORME DI COMUNICAZIONE

Capitolo 1

Disciplina dell'editoria e ordine dei giornalisti

di Luisa Fiore

1.	Legge sulla stampa ed esigenze di trasparenza nel sistema di imputazione delle responsabilità	171
2.	Dallo "stampato" al "prodotto editoriale".	174

3. Dalla riforma dell'editoria del 1981 alle nuove norme per la registrazione delle imprese editoriali: la trasparenza delle informazioni societarie	176
4. Interventi <i>antitrust</i> e tutela del pluralismo informativo	180
5. Le misure di politica economica: incentivi pubblici alle imprese e potenziamento dell'editoria digitale	182
6. Il ruolo del "direttore responsabile" all'interno dell'impresa editoriale e la "clausola di coscienza"	186
7. L'Ordine professionale e l'Albo dei giornalisti	188
8. Codice deontologico e sanzioni disciplinari	190
9. L'informazione attraverso il <i>web</i> e le nuove figure professionali	193

Capitolo 2

La televisione in Italia: dalla radiotelevisione ai servizi di media audiovisivi di Lucia Musselli

Introduzione	199
1. Dal monopolio al sistema misto	200
2. La legge n. 223 del 1990: l'affermazione del sistema misto pubblico-privato	205
2.1. La legge n. 249 del 1997: l'istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni	206
2.2. La legge n. 66 del 2001: la prima disciplina del digitale terrestre	208
3. La legge n. 112 del 2004 ed il Testo Unico della radiotelevisione	209
4. Il Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici	212
5. Gli ultimi sviluppi: la direttiva 2018/1808	215

Capitolo 3

Il servizio pubblico radiotelevisivo di Fabio Gigliani

1. La peculiarità del servizio pubblico nel sistema radiotelevisivo	219
2. L'evoluzione del servizio pubblico radiotelevisivo	222
3. I contenuti e l'oggetto del servizio pubblico radiotelevisivo	228
4. Il sistema di governo della RAI	231
5. Il finanziamento del servizio pubblico radiotelevisivo	234

Capitolo 4

Le comunicazioni commerciali di Lucia Musselli

1. Il contesto normativo di riferimento	239
2. Le comunicazioni commerciali audiovisive: tipologie	241
3. I limiti normativi nelle comunicazioni commerciali audiovisive	246
3.1. I limiti qualitativi	246
3.2. Le regole sulle interruzioni pubblicitarie	249
3.3. I limiti quantitativi: l'affollamento pubblicitario	250

4. La Direttiva 1808/2018 e la disciplina delle comunicazioni commerciali nei servizi di piattaforma per la condivisione dei video	251
--	-----

Capitolo 5

La complessa disciplina delle piattaforme di Allegra Canepa

1. Economia digitale e definizione delle piattaforme	257
2. La disciplina delle piattaforme e le comunicazioni della Commissione	259
3. Il difficile inquadramento dell'attività delle piattaforme e le conseguenze giuridiche	260
3.1. L'intervento della Corte di Giustizia	262
3.2. L'individuazione della normativa applicabile come prima ma non unica questione nella disciplina delle piattaforme	265
4. Le nuove dinamiche di mercato generate dalle piattaforme	266
5. Il rapporto con gli utenti e le questioni di tutela dei dati	268
5.1. Le questioni di trasparenza e risoluzione delle controversie	269
5.2. Le garanzie di affidabilità del servizio: <i>self-regulation</i> e meccanismi di <i>feedback</i>	271
6. La complessità del quadro regolatorio	273

Capitolo 6

Informazione e comunicazione pubblica: strutture e strumenti dell'amministrazione di Silvia Illari

1. Per una nozione di comunicazione pubblica	277
2. La comunicazione pubblica nel contesto di riforma della pubblica amministrazione	280
2.1. La <i>funzione di comunicazione</i> e i suoi caratteri essenziali	282
3. La disciplina della comunicazione pubblica-istituzionale e i suoi limiti: legge quadro 7 giugno 2000, n. 150	283
3.1. Strutture	285
3.2. Strumenti	288
4. I siti <i>web</i> istituzionali delle amministrazioni pubbliche	291
4.1. La sezione « Amministrazione Trasparente »	295
5. E i <i>social media</i> ?	297
6. Il linguaggio delle pubbliche amministrazioni come problema di una comunicazione accessibile ed efficace	299

Capitolo 7

Trasparenza e conoscibilità dell'azione amministrativa: obblighi di pubblicazione e diritti di accesso di Giulia Avanzini

1. Dalla trasparenza al diritto di informazione nei confronti della pubblica amministrazione	303
--	-----

1.1. Gli strumenti della trasparenza	306
2. L'accesso documentale e la legittimazione soggettiva	306
2.1. Limiti oggettivi e tutela della <i>privacy</i>	309
2.2. Il procedimento e le tutele in caso di diniego di accesso	311
3. Obblighi di pubblicazione e accesso civico semplice quale meccanismo di <i>enforcement</i>	312
4. L'accesso civico generalizzato	314
4.1. Eccezioni assolute e relative all'accesso generalizzato	316
4.2. La domanda di accesso generalizzato e il procedimento	319
5. Il <i>Freedom of Information Act</i>	321
6. La trasparenza algoritmica e l'amministrazione digitale	325

Capitolo 8

Le Autorità di regolazione nel settore delle comunicazioni

di Antonio Manganelli

1. Premessa: l'impatto del progresso tecnologico sulle comunicazioni	329
2. La genesi "convergente" di Agcom: (complesse) funzioni e (numerosi) compiti	330
3. Il sistema multidimensionale della regolazione del settore: ragioni, vantaggi e rischi	335
4. Le caratteristiche del Regolatore: competenza tecnica, indipendenza e <i>accountability</i>	337
5. Convergenza dei mercati e divergenza delle norme: il principio di concorrenza	340
6. Il differenziato ruolo dell'Unione Europea nel settore delle comunicazioni	343
7. Fra nuove reti e nuovi servizi di comunicazione, il Regolatore nell'ecosistema digitale	345

PARTE SECONDA

PROBLEMI

Capitolo 1

Debolezze algoritmiche, umane fragilità.

Tecnologie di apprendimento automatico e *bias* cognitivi nei dispositivi di selezione dei contenuti *online*

di Paolo Costa

1. Introduzione: il disagio nella tecnologia	355
2. La selezione delle risorse <i>online</i> come dispositivo	361
3. <i>Facebook</i> : le parabole di <i>Trending Topics</i> e <i>News Feed</i>	363
4. Come cambia l'algoritmo di <i>Google Search</i>	371

Capitolo 2

Strumenti di regolazione a garanzia del mercato pluralistico dell'informazione *online*

di Vittorio Pampanin

1. Regolazione dell'informazione tra concorrenza (<i>plurality</i>) e pluralismo (<i>diversity</i>)	379
1.1. La disciplina generale <i>antitrust</i>	382
1.2. La disciplina speciale a tutela del pluralismo: il divieto di posizioni dominanti e i tetti <i>antitrust</i>	384
2. Il nodo dell'integrazione verticale (e/o orizzontale) come potenziale pericolo per un accesso indiscriminato al mercato dell'informazione <i>online</i>	387
2.1.1. L'esigenza di neutralità della rete a garanzia del libero accesso a Internet (<i>net neutrality</i>)	391
2.1.2. Le regole di neutralità per gli <i>Internet Service Provider</i> in USA e UE	394
2.2.1. Il controllo dell'informazione da parte dei grandi <i>gatekeepers</i>	399
2.2.2. Le nuove regole europee rivolte agli intermediari digitali (<i>platform neutrality</i>)	402
2.3. La disciplina della neutralità dei dispositivi di connessione alla rete (<i>device neutrality</i>)	407

Capitolo 3

La Costituzione italiana pluralista di fronte ai discorsi d'odio e ai discorsi fascisti

di Palmira Tanzarella

1. Breve introduzione all'oggetto dell'indagine: ragionando attorno alla libertà d'espressione e ai suoi limiti	415
2. I discorsi d'odio tra disposizioni normative e interpretazioni giurisprudenziali	419
2.1. I rimedi penali	421
2.2. I rimedi civilistici	424
3. I discorsi fascisti tra disposizioni normative e interpretazioni giurisprudenziali	428
4. Costituzione antifascista e antirazzista tra <i>original intent</i> e nuove esigenze democratiche	431

Capitolo 4

Libertà di informazione e tutela "rafforzata" dei giornalisti nella giurisprudenza della Corte EDU

di Federica Falconi

1. Premessa: la libertà di informazione come oggetto di speciale considerazione nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e nel diritto internazionale pattizio	443
2. Lo statuto di particolare favore riservato alla stampa quale <i>watchdog</i> della democrazia	447
3. La progressiva individuazione delle prerogative funzionali allo svolgimento effettivo dell'attività di informazione	452

4. I doveri e le responsabilità nell'esercizio della libertà di informazione e la loro crescente valorizzazione nello schema decisorio della Corte.	456
5. Sviluppi interpretativi recenti a fronte delle problematiche giuridiche suscitate dal <i>web</i>	463
6. Osservazioni conclusive	466
<i>Gli Autori</i>	471

Presentazione

Ho accettato molto volentieri di scrivere una prefazione al bel manuale di Diritto dell'Informazione a cura di Giulia Avanzini, Giuditta Matucci e Lucia Musselli.

Il volume, che vede il sinergico apporto di studiosi consolidati e giovani ricercatori, è significativamente intitolato "Informazione e media nell'era digitale", rappresentando l'evoluzione, rapportata alla sempre maggiore complessità del tempo presente, di una precedente opera del 2016, dovuta all'iniziativa di due delle attuali curatrici, Giulia Avanzini e Giuditta Matucci.

Molte sono, in effetti, le sfide che la complessità del tempo presente lancia nei confronti degli studiosi del Diritto dell'Informazione.

Prima della rivoluzione digitale, la possibilità che flussi comunicativi concernessero amplissime platee di indeterminati destinatari era ricollegata all'utilizzo di ingenti risorse economiche, connesse sia, nelle prime manifestazioni del fenomeno dei mass media, al profilo quantitativo del mezzo da utilizzare (la diffusione del pensiero inserita su carta stampata, che diventava costosa quando doveva raggiungere un alto numero di lettori dislocati su ampi territori), sia, nella successiva evoluzione, quando il mezzo era in sé scarso e presupponeva apparati tecnologici di alto costo.

La facilità di accesso (al) e di utilizzo del mezzo era, quindi, inversamente proporzionale alla sua capacità comunicativa, sul piano quantitativo e qualitativo.

La televisione di tipo circolare o *free tv*, il mass medium dotato di maggiore incisività (la "forza suggestiva dell'immagine unita alla parola") ha rappresentato il paradigma estremo di tale situazione. Per tentare di rendere conforme ai principi costituzionali in tema di pluralismo tale mezzo, si sono rivelate insufficienti le tradizionali norme *antitrust*. Accanto alla quantità delle voci (pluralismo esterno), si è introdotto il criterio della "qualità" delle medesime, come necessità di rispecchiamento quanto più ampio possibile di tutte opinioni presenti nei vari livelli della società e delle istituzioni democratiche, comprese quelle che un libero mercato delle idee tenderebbe ad espungere (pluralismo interno). Ecco, quindi, che si è pervenuti all'attuazione di moduli organizzativi in grado di portare a contenuti espressivi oggettivamente pluralistici (affidando il mezzo radiotelevisivo a servizi pub-

- PAPA A. (2018), *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, Giappichelli
- RAMAJOLI M. (1993), *Strumenti giuridici per il governo radiotelevisivo*, in *Foro amm.*, 2005-2023
- RANIERI M. (2006), *La libertà di esercizio dell'impresa di comunicazione di massa*, Giappichelli
- R. RAZZANTE (2016), *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam
- SANDULLI M. A. (1987), *Radioaudizioni e televisione*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Giuffrè, 191-238 ss.
- SICA S., ZENO-ZENCOVICH V. (a cura di) (2019), *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam
- TONOLETTI B. (2006), *La televisione e i principi costituzionali*, in CUNIBERTI M., LAMARQUE E., TONOLETTI B., VIGEVANI G.E., VIVIANI SCHLEIN M.P. (a cura di), *Percorsi di diritto dell'informazione*, Giappichelli, 225-256
- VIGEVANI G.E., POLLICINO O., MELI D'ERIL C., CUNIBERTI M., BASSINI M. (2019) *Diritto dell'informazione e dei media*, Giappichelli
- ZACCARIA R. (1996), *L'evoluzione del sistema radiotelevisivo in Italia: dal monopolio ad un sistema misto a forte concorrenza*, in ZACCARIA R. (a cura di), *Radiotelevisione*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. Santaniello, Cedam, 1 ss.
- ZACCARIA R., VALASTRO A., ALBANESI E. (2018), *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam
- ZENO V. ZENCOVICH V., (2005), *Motivi ed obiettivi della televisione digitale*, in *Dir. inf. e inf.*, 653-679
- ZENO V. ZENCOVICH V. (a cura di) (2010), *La nuova televisione europea - Commento al Decreto Romani*, Maggioli

Capitolo 3

IL SERVIZIO PUBBLICO RADIOTELEVISIVO

di Fabio Giglioni

Sommario: 1. La peculiarità del servizio pubblico nel sistema radiotelevisivo. — 2. L'evoluzione del servizio pubblico radiotelevisivo. — 3. I contenuti e l'oggetto del servizio pubblico radiotelevisivo. — 4. Il sistema di governo della RAI. — 5. Il finanziamento del servizio pubblico radiotelevisivo.

1. La peculiarità del servizio pubblico nel sistema radiotelevisivo

Nel contesto dei mezzi di comunicazione rappresentati dagli strumenti di radiotelevisione c'è spazio per un istituto molto noto ai giuristi che è quello del servizio pubblico. Tradizionalmente a questo è stata prestata molta attenzione sia dagli studiosi sia dalla giurisprudenza per le conseguenze che produce a carico dei soggetti incaricati della loro gestione. Anche se non è questa la sede idonea per ripercorrere il dibattito e gli orientamenti contrapposti che tale istituto ha prodotto nella scienza giuridica, vale la pena riassumere in sintesi la definizione sufficientemente condivisa del servizio pubblico ed evidenziare le peculiarità che si riscontrano nel servizio radiotelevisivo.

Sotto il primo punto di vista è largamente condivisa l'idea secondo cui devono essere considerati servizi pubblici quelle attività, qualificate di rilevante interesse pubblico da organi di rappresentanza politica e caratterizzate da erogazione di prestazioni, che impongono l'osservanza di condizioni che un imprenditore privato non sarebbe normalmente disponibile ad accettare a causa dei gravosi oneri economici che ne derivano. Ne consegue, così, che la gestione di un servizio pubblico si lega, ad esempio, al divieto di discernere tra utenti, al rispetto di oneri organizzativi che obbligano a prestare il servizio anche in aree territoriali svantaggiate, a prestare il servizio a costi economici che non sono pienamente autodeterminati dai gestori, a garantire la continuità del servizio e al rispetto di tanti altri obblighi che altre attività di carattere economico non sono normalmente costrette a osservare.

Parlare di servizio pubblico nel sistema radiotelevisivo, dunque, significa rintracciare le regole e le modalità in cui le caratteristiche appena ricordate ricorrono. Senonché nel sistema radiotelevisivo è

necessario ammettere che l'impiego dell'istituto del servizio pubblico si correla ad alcuni attributi particolari che lo rendono peculiare. Tali elementi di eccezionalità sono riassunti qui preliminarmente prima di passare a un'analisi più approfondita del tema.

Gli elementi di specialità che si possono trovare nel servizio radiotelevisivo sono quattro. Il primo aspetto è che, nel caso del servizio radiotelevisivo, il concetto di servizio pubblico deve essere declinato contestualmente sia in senso soggettivo sia in senso oggettivo. A dispetto di una tendenza recente che ha condotto gli interpreti a riconoscere i servizi pubblici in base a profili oggettivi per il complice effetto delle politiche di privatizzazione e liberalizzazione seguite in tutta Europa a partire dagli anni Ottanta dello scorso secolo, nel caso del sistema radiotelevisivo il servizio pubblico si connota intorno alla costante imputazione dello stesso alla società pubblica RAI in quasi un secolo di storia. Allo stesso tempo, però, come sarà chiarito anche nel prosieguo, negli anni più vicini il legislatore ha prodotto sforzi importanti per rintracciare le caratteristiche essenziali del servizio pubblico anche in termini oggettivi, cosicché la qualificazione soggettiva non è più sufficiente. Sebbene anche nel servizio radiotelevisivo siano presenti indizi che inducono a credere che l'ordinamento intenda privilegiare gli aspetti oggettivi su quelli soggettivi, come è dimostrato dalla possibilità (teorica) di privatizzare totalmente la RAI, attraverso l'art. 21, legge n. 112 del 2004, e dalla cancellazione del titolo *ex lege* della concessione ora affidata solo per atto amministrativo, nessuno di questi ha finora messo in discussione che l'affidatario del servizio pubblico sia la società in controllo pubblico. L'elemento soggettivo continua a costituire un fattore determinante di identificazione del servizio pubblico nel sistema radiotelevisivo.

Il secondo aspetto di specialità è dato dalla circostanza che nel settore radiotelevisivo assume rilevanza non solo la modalità in cui il servizio è reso, ma il suo stesso contenuto. In altre parole, come sarà meglio precisato a breve, non è indifferente al servizio pubblico radiotelevisivo la natura dei contenuti che sono veicolati attraverso il mezzo, mentre solitamente le attività di servizio pubblico si distinguono solo per le modalità in cui l'attività è resa. Si tratta di un'altra peculiarità: il servizio pubblico radiotelevisivo si connota sia sotto forma di contenuti sia in termini di obblighi che attengono alle modalità di resa dei servizi.

Un terzo aspetto molto importante di differenziazione è collegato al ruolo dell'Unione Europea. L'Unione Europea ha nei confronti dei

servizi di interesse generale, a cui si possono equiparare i tradizionali servizi pubblici, un atteggiamento duplice: da un lato, ne riconosce il valore identificativo delle società europee quale fattore decisivo di coesione sociale e territoriale e quindi è disponibile nel sostenerli (art. 14, TFUE), dall'altra, poiché sono caratterizzati dalla limitazione delle libertà economiche e del mercato concorrenziale, è vigile affinché questi condizionamenti restino dentro un quadro di compatibilità con l'obiettivo di realizzare un mercato unico europeo (art. 106, TFUE). Ne discende che solitamente l'Unione Europea lascia agli Stati Membri il compito di definire le missioni di servizio di interesse generale meritevoli di tutela, riservandosi un ruolo di controllo delle compatibilità con gli altri interessi perseguiti dall'ordinamento europeo, tra cui quello della costruzione del mercato unico. Nel caso dei servizi radiotelevisivi si registra, però, una parziale eccezione, dal momento che è la stessa Unione Europea ad ammettere che i servizi radiotelevisivi possano essere gravati da oneri di servizio pubblico da parte degli Stati Membri, cosicché la loro scelta è in una certa misura avallata aprioristicamente dall'ordinamento europeo. Nell'attuale Protocollo n. 29 allegato ai Trattati istitutivi vigenti dell'Unione Europea, elaborato però nel 1997 in occasione dell'adozione del Trattato di Amsterdam, dopo aver precisato che il sistema di radiodiffusione pubblica si collega alle esigenze democratiche, sociali e culturali di ogni società, si legge che: «Le disposizioni del Trattato che istituisce la Comunità europea non pregiudicano la competenza degli Stati Membri a provvedere al finanziamento del servizio pubblico radiodiffusione, nella misura in cui tale finanziamento sia accordato agli organismi di radiodiffusione ai fini dell'adempimento della missione di servizio pubblico conferita, definita e organizzata da ciascuno Stato membro e nella misura in cui tale finanziamento non perturbi le condizioni degli scambi e della concorrenza nella Comunità in misura contraria all'interesse comune, tenendo conto nel contempo dell'adempimento della missione di servizio pubblico».

Infine, il quarto aspetto peculiare del servizio pubblico radiotelevisivo è rappresentato dal sistema di finanziamento. L'Unione Europea, come appena visto, si limita a prevedere che è ammesso il finanziamento pubblico per il servizio radiotelevisivo ma non stabilisce ulteriori indicazioni circa la possibilità di assommare tale fonte di risorse economiche con altre provenienti dal mercato. Anche se — come sarà spiegato — esistono regole dettagliate per separare le fonti di finanziamento in relazione alla natura delle attività prestate, ciò comporta che

il gestore di servizio pubblico possa mescolare il tipo di offerta, inframezzando prestazioni di servizio pubblico con altre di natura commerciale. Il risultato è che nella "triangolazione" emittente radio-televisiva, utenti e società pubblicitarie, non è chiara la linea di demarcazione dei fruitori dei servizi: apparentemente i fruitori dei servizi sono e restano gli utenti che ricevono il segnale di trasmissione attraverso la disponibilità di specifici apparecchi, ma in verità i fruitori sono spesso le società commerciali a cui le emittenti televisive "vendono" gli apparenti utenti. Pertanto, in conseguenza del fatto che il Protocollo allegato europeo giustifica il servizio pubblico nel sistema radiotelevisivo con esigenze di valori importanti, quali la democrazia, la tutela sociale e l'identità culturale, distinguere i momenti in cui i fruitori del messaggio sono davvero gli utenti da quelli in cui questi ultimi sono oggetto della "vendita" risulta molto importante. Tale livello di confusione tra i due possibili esiti del trattamento dei fruitori del servizio pubblico è pronunciato in modo considerevole e più accentuato rispetto agli altri servizi pubblici.

2. L'evoluzione del servizio pubblico radiotelevisivo

La disciplina del servizio pubblico nel sistema radiotelevisivo ha disegnato una parabola evolutiva di grande interesse che ha accompagnato le trasformazioni dell'ordinamento giuridico nazionale e, di pari passo, quelle sociali e tecnologiche, a dimostrazione di un'elevata sensibilità del servizio radiotelevisivo con i cambiamenti strutturali delle società. L'evoluzione del servizio pubblico radiotelevisivo italiano può essere sintetizzata in quattro fasi, così definite: *a*) il monopolio pubblico senza servizio pubblico; *b*) il monopolio pubblico legato al servizio pubblico; *c*) l'allentamento del rapporto tra servizio pubblico e regime monopolistico; *d*) il servizio pubblico nel quadro di un sistema pluralistico dell'offerta radiotelevisiva.

La prima fase caratterizza la storia delle origini del servizio radiotelevisivo e si estende fino al 1960. Di questa si segnala fin dall'inizio l'importante attenzione che ha riservato al nuovo mezzo il Governo. Ciò può essere spiegato con diverse ragioni. In primo luogo, è sembrato necessario governare all'inizio un fenomeno nuovo di sfruttamento di una risorsa pubblica scarsa, l'etere, per garantire che l'utilizzo e le prestazioni collegate fossero ordinati e liberi così da assicurare una fruizione accettabile in termini di qualità. Le interferenze prodotte

dallo sfruttamento libero dell'etere, infatti, producevano esiti tecnici limitati. In secondo luogo, la disponibilità ridotta delle frequenze comportava un alto rischio di occupazione concentrata delle stesse a vantaggio di pochi operatori, con il rischio di produrre monopoli od oligopoli privati. Connessa a questa ragione vi è poi la terza legata all'efficienza: la necessità, cioè, di garantire una dimensione di scala adeguata dello sfruttamento delle risorse con correlati investimenti economici e organizzativi che superassero la dimensione micro delle prime sperimentazioni. Ultima ragione, ma forse in Italia la più importante, è costituita dalla rilevanza politica e culturale del controllo del mezzo, particolarmente accentuata per la sostanziale coincidenza tra diffusione del mezzo e regime totalitario avvertito per un ventennio in Italia. Da tutto ciò è conseguita la scelta di costituire nel 1924 l'Unione radiofonica italiana, poi trasformata nel 1927, con il R.D.L. 17 novembre 1927, n. 2207, nell'Ente italiano per le audizioni radiofoniche (EIAR) cui è stato affidato in esclusiva il relativo servizio sotto il controllo di SIP, concessionaria pubblica. Ne è derivata la costituzione sostanziale di un monopolio pubblico, cui era riservata sia la trasmissione dei programmi sia la costruzione e gestione degli impianti. Ad assicurare l'amministrazione dell'ente, oltre agli organi di governo interni, vi era il Ministero delle comunicazioni con l'affidamento di importanti poteri di vigilanza e controllo, che sancivano il definitivo ancoraggio dell'ente ai poteri governativi.

Tale assetto è proseguito con modeste novità anche nei primi anni di esperienza repubblicana. L'ente affidatario della concessione è stato trasformato in società per azioni sotto il controllo dell'IRI, secondo uno schema di partecipate pubbliche molto in voga in quegli anni, mutando la denominazione nell'attuale Radio Audizioni Italia (RAI); il ministero di vigilanza e indirizzo culturale era divenuto quello di Poste e telecomunicazioni; gli organi interni della RAI erano di nomina diretta governativa e il finanziamento continuava a restare pubblico attraverso l'attivazione di un canone di utenza, con marginali aperture per gli introiti di ordine commerciale.

La costituzione di questo monopolio pubblico non era accompagnata da un bisogno di definire lo stesso in esercizio di un servizio pubblico. Se tale sovrapposizione si è prodotta è solamente perché il modello gestionale ricordato assomigliava a quello presente in tanti altri settori definiti di servizio pubblico. Se di servizio pubblico si parlava, era per una ragione di mimesi con formule presenti in altri settori, ma

ad esso non si riconduceva nessun contenuto particolare se non quello di sovrapporre il dominio pubblico soggettivo con un'implicita presenza di un correlato servizio pubblico alquanto — però — indefinito.

La seconda fase si fa coincidere con l'avvio di un originale processo dinamico che si determina tra Corte costituzionale e Parlamento. Ciò ha inizio, in effetti, con la sentenza n. 59 del 1960, in occasione della quale la Corte costituzionale, chiamata a verificare la legittimità della riserva monopolistica in un campo caratterizzato dalla libertà di manifestazione del pensiero *ex art. 21 Cost.*, respinge le eccezioni di illegittimità, offrendo le prime argomentazioni che serviranno a sostanziare i contenuti del servizio pubblico. Infatti, la Corte giustifica il monopolio con la circostanza che la scarsità delle frequenze rende il mezzo radiotelevisivo diverso dagli altri strumenti di comunicazione e, considerati i rischi di creare condizioni di monopolio od oligopolio privato, a soffrire sarebbe proprio il pluralismo informativo che la carta costituzionale intende garantire. Da questo punto di vista — conclude la Corte — il monopolio pubblico si fa preferire perché la gestione pubblica è maggiormente garante del tasso di pluralismo presente nella società, che costituisce un'esigenza ineludibile di ogni ordinamento democratico. Poggiando tale argomentazione sull'*art. 43 Cost.*, viene per la prima volta esplicitato il collegamento tra monopolio pubblico e servizio pubblico essenziale del sistema radiotelevisivo, con l'accenno a primi riferimenti contenutistici. La sentenza rileva, inoltre, perché dà corpo a uno dei primi casi di quelle che la dottrina definirà "sentenze monito" e che in materia radiotelevisiva caratterizzeranno molte delle sentenze costituzionali, con cui il giudice sollecita il Parlamento a intervenire in materia per attenuare il ruolo predominante del Governo nella vigilanza. Tale passaggio delle funzioni di controllo e vigilanza dal Governo al Parlamento era ritenuto un fattore chiave per garantire quel pluralismo informativo che giustifica il monopolio pubblico. In altre parole, la Corte legittima in nome del pluralismo il monopolio pubblico, ma avverte contestualmente che esso non è adeguatamente garantito se la vigilanza è esercitata in modo preponderante dal Governo.

Si ravvisano così le caratteristiche essenziali di questa seconda fase che si protrarrà fino alla metà degli anni Settanta: il monopolio pubblico si collega all'assolvimento di compiti essenziali di servizio pubblico, le cui esigenze sono sostanzialmente unite alla necessità di

garantire il pluralismo informativo e l'accesso di gruppi sociali ai mezzi di comunicazione per realizzare il programma costituzionale di costruire un ordinamento democratico.

A metà degli anni Settanta si registra una svolta caratterizzata ancora da alcune pronunce del giudice costituzionale e, in particolare, da tre sentenze, che segnano l'avvio della terza fase: la n. 225 e 226 del 1974 e la n. 202 del 1976. Le prime due sentenze, benché ribadiscano la legittimità della riserva statale per lo sfruttamento dell'etere e le trasmissioni nazionali, ne erodono l'ampiezza, affermando contestualmente sia l'illegittimità della riserva per la ritrasmissione di emittenti estere sia l'illegittimità della riserva per il servizio reso via cavo, sia pure limitatamente alla dimensione locale. Apparentemente, dunque, l'apertura alla trasmissione di servizi da parte dei privati è ridotta a specifici e limitati servizi, in ragione della circostanza tecnica che i segmenti liberalizzati hanno un impatto pressoché nullo sull'utilizzo delle frequenze. Nondimeno, però, viene messa in discussione per la prima volta la scelta compiuta fin lì della riserva assoluta pubblica dei servizi radiotelevisivi. L'occasione è però sfruttata dal giudice per produrre quelli che saranno noti come i "sette comandamenti" con cui di nuovo e con maggiore incisione sollecita il Parlamento a operare una riforma del settore che tenga conto dei seguenti elementi: 1) esclusione del controllo prevalente o esclusivo del Governo sulla concessionaria pubblica; 2) necessità di riflettere l'imparzialità informativa attraverso la salvaguardia del rispetto delle correnti culturali e politiche presenti nella società; 3) tutela dell'autonomia professionale degli operatori che lavorano nella concessionaria pubblica; 4) limitazione degli introiti commerciali a beneficio degli altri mezzi di comunicazione e, in particolare, della carta stampata; 5) disciplina dell'accesso all'informazione pubblica da parte dei soggetti sociali; 6) disciplina del diritto di rettifica; 7) coinvolgimento necessario e determinante del Parlamento nella definizione delle direttive generali per garantire un'informazione plurale e completa, nonché per esercitare il correlativo potere di controllo.

L'impatto delle due sentenze gemelle è tale che induce finalmente il legislatore a innovare significativamente la disciplina del servizio radiotelevisivo, accogliendo in parte le indicazioni della Corte costituzionale. Si osserva appena che le indicazioni provenienti dalle due sentenze gemelle non sembrano collimare del tutto con la sentenza del 1960 e questo non solamente nel punto in cui si ammette una parziale liberalizzazione del servizio. Nei contenuti delle ultime due sentenze

costituzionali, da una parte, si registra un ampliamento dei canoni su cui deve essere fondata la nuova disciplina senza chiarire se questi siano legati alla nozione di servizio pubblico, dall'altra, troviamo anche una restrizione del contenuto nel momento in cui le esigenze di apertura democratica del pluralismo viene di fatto a coincidere con il ruolo di maggiore interferenza del Parlamento, riflettendo una convinzione solida in quegli anni in cui il pluralismo culturale e politico era di fatto assorbito dal pluralismo dei partiti politici.

La nuova legge è, tuttavia, l'occasione per la proposizione di un nuovo ricorso di fronte alla Corte costituzionale con cui si contesta l'affermazione presente nell'art. 1, legge n. 103 del 1975, di riservare la totalità delle trasmissioni che sfruttano l'etere allo Stato, senza distinguere tra livello nazionale e livello locale. In questa nuova occasione, in effetti, il giudice, con la sentenza menzionata n. 202 del 1976, ravvisa le ragioni di illegittimità costituzionale, laddove la riserva è estesa anche alla dimensione locale, non rinvenendo più le ragioni che giustificavano la limitazione visto l'impatto limitato che questo produce sull'uso dello spettro della frequenza. In definitiva, la Corte liberalizza parzialmente anche l'uso delle frequenze, mutando significativamente il proprio indirizzo. Tutto ciò ha un riflesso sulla ricostruzione di servizio pubblico che fin lì la Corte aveva determinato, perché implicitamente è come se avesse affermato che le ragioni di servizio pubblico ricondotte all'art. 43 Cost. fossero da circoscrivere alla sola dimensione nazionale, scorporando così i riflessi nazionali da quelli locali che invece apparivano fino a quel momento intimamente connessi per le esigenze legate alle garanzie democratiche. Di lì a poco, peraltro, con la sentenza n. 148 del 1981, la Corte sosterrà che la giustificazione del monopolio legale nazionale non è riconducibile a esigenze di servizio pubblico, ma solamente alla necessità di evitare la formazione di concentrazioni di mercato.

Le vicende che seguiranno queste sentenze dimostreranno ampiamente quanto questa scissione "dimensionale" del servizio fosse illusoria, dal momento che gli operatori privati si sarebbero organizzati per produrre una connessione funzionale tra emittenti locali al fine di riprodurre, eludendo i limiti legali, su scala nazionale un'offerta privata dei servizi radiotelevisivi. Non rientra nella trattazione dell'evoluzione del servizio pubblico ripercorrere i passaggi fortemente controversi di questa storia che ha portato nella sostanza, grazie anche alla prolungata inerzia del Parlamento, alla formazione di un importante operatore concorrente della RAI (per maggiori dettagli su questo punto si veda il

contributo di Musselli in questo *Volume*) salvo registrare il significativo cambiamento fattuale del settore alla fine degli anni Ottanta dello scorso secolo: un sistema formalmente semi-monopolistico, essendo stata liberalizzata la produzione locale dei servizi, ma sostanzialmente già duopolistico, perché alla concessionaria pubblica si affiancava un operatore privato nazionale importante di analoghe dimensioni.

L'attenzione posta su queste controverse vicende ha peraltro mancato di approfondire ulteriormente il significato di servizio pubblico nel settore: alla presunzione dei contenuti degli obblighi di servizio pubblico che originava inizialmente dal monopolio pubblico si è sostituita un'altra presunzione, quella che il servizio pubblico fosse garantito dal controllo ora rafforzato del Parlamento per effetto della legge n. 103 del 1975 attraverso i poteri della Commissione parlamentare di indirizzo e vigilanza. I contenuti del servizio pubblico, quindi, restavano sotto traccia in un contesto nel quale, da un lato, tutto stava mutando nei fatti e, dall'altra, questo mutamento si è prevalentemente tradotto in un'ingerenza sovrabbondante dei partiti politici nella gestione della concessionaria pubblica.

L'ultima fase di evoluzione del servizio pubblico è quella che si afferma a partire dagli anni Novanta dello scorso secolo. Questa fase è caratterizzata dalla definitiva acquisizione del carattere non più monopolistico del servizio radiotelevisivo, sancita definitivamente dalla legge n. 223 del 1990. Gli equilibri prodotti non mancheranno di suscitare ancora dibattiti e contrapposizioni forti sia in termini legali sia in termini politici, ma si radica il tratto pluralistico dell'offerta dei servizi, peraltro accresciuto con l'introduzione di nuove tecnologie e piattaforme di trasmissione. Il nuovo contesto fattuale e normativo si ripercuote anche sui contenuti di pubblico servizio per i quali — ancor di più a questo punto — si avverte l'esigenza di ridefinire una precisa identità. In un certo senso la messa a fuoco del servizio pubblico, che serve a giustificare il trattamento che rimane differenziato della concessionaria pubblica, conosce un rilievo mai avuto prima di allora.

Innanzitutto, dunque, nel nuovo contesto si ribadisce l'esigenza di preservare obblighi di servizio pubblico da concedere a uno specifico soggetto rientrante nella sfera pubblica, circostanza confermata con la sentenza n. 284 del 2002 della Corte costituzionale, anche se questo, in virtù delle modifiche apportate dalla legge n. 220 del 2015, non è più legislativamente individuato. In secondo luogo la nozione di servizio pubblico concorre con quella di servizi di interesse generale che, a partire dalla legge n. 223 del 1990, corrisponde a tutta l'offerta

radiotelevisiva e quindi anche a quella privata. Il sistema radiotelevisivo, quindi, non si struttura secondo un binario semplice e rigido che prevede, da un lato, la concessionaria pubblica chiamata a esercitare esclusivamente prestazioni di servizio pubblico e, dall'altra, l'offerta privata di ordine squisitamente commerciale. In realtà vi è una commistione di funzioni su entrambi i poli dell'offerta: la concessionaria pubblica è destinataria esclusiva dell'incarico di servizio pubblico, ma concorre anche sul piano dell'offerta commerciale; gli operatori privati offrono servizi di interesse commerciale, ma sono tenuti a rispettare anche obblighi di interesse generale con particolare riferimento ai servizi di informazione. Questo acuisce ancor di più la necessità di definire i contenuti del servizio pubblico, anche perché — come si vedrà avanti — nel frattempo anche il grado di "presa" degli organi parlamentari sulla RAI si attenua.

L'ultima fase di sviluppo del servizio pubblico, pertanto, si caratterizza per un deciso sforzo di chiarire esplicitamente i contenuti che lo connotano e ciò si realizza con l'introduzione di una miscela di nuovi strumenti. Innanzitutto, parte dei contenuti sono definiti per legge, attraverso gli articoli 45 e seguenti del D.Lgs. n. 177 del 2005, ma la maggiore specificazione è affidata alla convenzione che ora accede alla concessione amministrativa, ma che in sostanza è da equiparare al contratto di servizio che viene stipulato con il Ministero dello sviluppo economico. È dunque nell'atto negoziale che sono definiti i contenuti di pubblico servizio, anche se con un livello di dettaglio che non sempre appare adeguato. Peraltro a monitorare il rispetto degli obblighi di servizio pubblico concorre l'Agcom che, dunque, si affianca alla gamma dei soggetti di governo del settore, proprio con riferimento al servizio pubblico.

In definitiva, nella fase più recente della storia del servizio pubblico radiotelevisivo si assiste alla fine del monopolio pubblico che genera una necessità di dettagliare e chiarire meglio gli obblighi di servizio pubblico, la cui necessità è tuttavia ribadita anche nel nuovo contesto.

3. I contenuti e l'oggetto del servizio pubblico radiotelevisivo

Attualmente l'art. 2, comma 1, lett. *t*), D.Lgs. n. 177 del 2015 offre una definizione di servizio pubblico radiotelevisivo che recita nel seguente modo: è servizio pubblico quello « esercitato su concessione nel settore radiotelevisivo mediante la complessiva programmazione,

anche non informativa, della concessionaria, secondo le modalità e nei limiti indicati nel presente testo unico e dalle altre norme di riferimento ». Tenuto conto anche delle considerazioni fin qui svolte, tre aspetti meritano di essere sottolineati. La modalità di affidamento del servizio pubblico è quella concessoria e, a seguito delle novità intercorse nella legge n. 220 del 2015, il titolo concessorio è di natura amministrativa e non più *ex lege*. Nonostante questa mutazione della fonte di legittimazione, ciò che questa soluzione chiaramente prospetta è l'uso di uno strumento alternativo a quello di appalto di servizio. Il secondo aspetto che merita di essere sottolineato è che la nozione di servizio pubblico, pur gravata da specifici obblighi, è connessa alla programmazione intera della concessionaria, il che equivale a dire che i contenuti di servizio pubblico non possono essere oggetto di segmentazione ma mantengono un legame unitario. Il terzo aspetto è che la nozione ricordata non specifica la natura del soggetto concessionario e, come detto, l'art. 21 legge n. 112 del 2004 ha previsto che la RAI possa essere privatizzata senza alcun limite con riferimento al quoziente di capitale da porre sul mercato. Si tratta di una circostanza che teoricamente non esclude che la concessionaria di pubblico servizio possa essere anche privata. Tuttavia, un'ipotesi di questo tipo difficilmente potrebbe essere coerente con il livello di ingerenza che la giurisprudenza costituzionale ha previsto per gli organi parlamentari a garanzia del c.d. "pluralismo interno", ribadita nella sentenza n. 284 del 2002: appare improponibile che un'impresa privata possa sostenere una soluzione organizzativa di questo genere. D'altra parte, occorre osservare che anche la privatizzazione intera della RAI sia niente più che un'ipotesi destinata ad avere scarse possibilità di realizzazione, dal momento che l'art. 21 citato stabilisce che gli azionisti privati non possano detenere più dell'1% delle azioni e che i patti di sindacato non possano configurare controlli di pacchetti azionari superiori al 2%. La natura pubblica del concessionario, dunque, non è più prevista in via normativa, ma difficilmente se ne può prescindere alla luce di ragionamenti sistematici, oltretutto di convenienze di interesse economico.

L'art. 7, D.Lgs. n. 177 del 2005, distingue tra obblighi di interesse generale e obblighi di servizio pubblico. I primi sono a carico di tutti gli operatori dei servizi radiotelevisivi e assorbono parte di quei contenuti che la giurisprudenza costituzionale ha elaborato nell'arco di settant'anni: si comprendono, in particolare, gli obblighi connessi ai servizi informativi, di cui occorre garantire l'imparzialità e il pluralismo dei soggetti politici, nonché la veridicità dei fatti, anche attraverso

l'organizzazione quotidiana di telegiornali e gli obblighi attinenti alle comunicazioni degli organi costituzionali. Questi, dunque, fuoriescono formalmente dalla categoria degli obblighi di servizio pubblico per essere organizzati anche a carico degli operatori privati, benché nella loro natura presentino caratteri speciali che possono essere assimilati agli obblighi di servizio pubblico.

Questi ultimi sono invece definiti ora nell'art. 45, D.Lgs. n. 177 del 2005. L'affinamento progressivo dei contenuti di servizio pubblico, avviato soprattutto dopo la fine del monopolio pubblico, ha permesso di portare sul piano legislativo questi contenuti e conosce ora una definizione che appare senz'altro maggiormente chiara rispetto al passato, grazie anche alle modifiche avvenute con la legge n. 220 del 2015. In altre parole, nel corso degli ultimi anni si è sviluppato un "gioco di specchi riflessi" fra convenzione/contratto di servizio e legge: quest'ultima ha cominciato a occuparsi di contenuti di servizio pubblico recependo quelli in convenzione, che — a sua volta — ha subito un rilancio per effetto degli interventi legislativi, divenendo sempre più efficace nella definizione degli obblighi. In sintesi gli obblighi aggiuntivi possono essere sintetizzati intorno a queste cinque categorie di obblighi: 1) gli *obblighi modali e di carattere organizzativo* che impongono: *i*) la diffusione sul territorio delle redazioni per l'informazione pubblica e delle produzioni; *ii*) la copertura nazionale delle trasmissioni nei limiti di quanto consentito dalla scienza e dalla tecnica; *iii*) la diffusione in tutte le fasce orarie, anche quelle di maggiore ascolto, delle trasmissioni di qualità culturale; 2) gli *obblighi di natura culturale* che stabiliscono: *i*) un adeguato numero di ore da dedicare all'educazione, all'informazione, alla formazione, alla promozione culturale e musicale di livello artistico e maggiormente innovative; *ii*) la promozione all'estero della lingua e cultura italiana; *iii*) la tutela delle minoranze linguistiche; *iv*) l'obbligo di investire almeno una quota pari al 15% degli introiti alle produzioni di opere europee; *v*) la conservazione degli archivi storici radiofonici e televisivi, disponibili all'accesso del pubblico; *vi*) la realizzazione di attività di insegnamento a distanza; 3) gli *ulteriori obblighi informativi* che si caratterizzano per garantire: *i*) l'accesso alla programmazione nei limiti definiti per legge di partiti, organizzazioni associative delle autonomie locali, sindacati, confessioni religiose, enti e associazioni politici e culturali, gruppi etnici e linguistici e tutti quelli di rilevante interesse sociale; *ii*) la trasmissione di messaggi richiesti dalla Presidenza del consiglio dei ministri e di informazioni riguardanti la viabilità; 4) gli *obblighi di natura sociale* che garantiscono: *i*) trasmis-

sioni appropriate con contenuti rivolti ai minori; *ii*) l'adozione di strumenti di tutela per le persone portatrici di disabilità sensoriali; 5) gli *obblighi di natura industriale e commerciale* che attengono: *i*) alla realizzazione delle reti per garantire la trasmissione radiotelevisiva con tecnologia digitale; *ii*) alla realizzazione di servizi interattivi digitali; *iii*) al rispetto dei limiti di affollamento pubblicitario.

Tali obblighi sono poi dettagliati in sede di convenzione e contratto di servizio, la cui durata è ora fissata in cinque anni. Su questi ultimi concorre anche l'Agcom che prima del rinnovo emette delle linee guida per permettere di tener conto delle evoluzioni del mercato e delle nuove esigenze tecnologiche e multimediali.

Inoltre, una novità rilevante introdotta già nell'originario testo unico del 2005 riguarda la possibilità da parte delle regioni di concorrere alla definizione di ulteriori obblighi di servizio pubblico attraverso la stipula di specifici contratti di servizio, in connessione con le esigenze di informazione e promozione culturale dei territori di riferimento, in ossequio anche alle nuove competenze affidate per effetto della riforma costituzionale n. 3 del 2001. Tali contratti di servizio aggiuntivi sono stipulati previa intesa con il Ministero dello sviluppo economico e possono produrre effetti nell'ambito degli spazi messi a disposizione dalla concessionaria (art. 46, D.Lgs. n. 177 del 2005).

A vigilare sul rispetto del contratto di servizio è l'Agcom, (si veda sul punto anche il contributo di Manganelli su questo *Volume*) la quale in caso di inadempimento degli obblighi, di propria iniziativa o su proposta del Ministero dello sviluppo economico, può attivare una procedura sanzionatoria che, previa diffida ad agire in correzione, può concludersi con una sanzione pecuniaria fino al 3% dell'ultimo fatturato o, perfino maggiore, se si tratta di gravi violazioni degli obblighi contrattuali.

4. Il sistema di governo della RAI

La giurisprudenza costituzionale menzionata ha indotto il legislatore a modificare la disciplina di governo della concessionaria pubblica, accentuando l'influenza del Parlamento. I cambiamenti che si sono avvicinati a partire dagli anni Settanta dello scorso secolo hanno agito su due profili diversi: uno riguarda la composizione degli organi interni della RAI, l'altro l'attribuzione di funzioni di controllo al Parlamento.

Con riferimento al primo, deve essere considerato che la prassi

nota della "lottizzazione" imputata all'affidamento del potere di nomina dei componenti degli organi di governo alla RAI al Parlamento ha indotto il legislatore a partire dalla fine dello scorso secolo a percorrere nuove soluzioni. Una di queste è consistita nell'attribuire il potere di nomina dei membri del consiglio di amministrazione ai presidenti delle due camere con la legge n. 206 del 1993; occorre notare, però, che questa soluzione fu intrapresa un anno prima che mutasse la convenzione costituzionale che suddivideva la nomina dei presidenti delle camere tra forze di maggioranza e opposizione, cosicché il tratto di garanzia del pluralismo di questa scelta fu presto messo in discussione. Le altre soluzioni ideate hanno tutte riproposto un ruolo anche al governo al momento della nomina, sebbene nessuna di questa si sia risolta in un'attribuzione esclusiva del potere di nomina al governo, come era prima delle pronunce gemelle del giudice costituzionale. Peraltro, nell'analisi del grado di incidenza del potere di nomina deve essere considerata anche la distribuzione dei "pesi" degli organi, dal momento che, se è vero che nel tempo gli organi sono rimasti sostanzialmente i medesimi (assemblea dei soci, consiglio di amministrazione, presidente e direttore generale), le competenze sono state suddivise in modo diverso.

L'attuale disciplina, stabilita nell'art. 49 D.Lgs. n. 177 del 2005, prevede che il consiglio di amministrazione sia composto da sette membri, di cui due eletti dalla Camera e due dal Senato con voto limitato a uno per ciascun parlamentare, due sono designati dal Consiglio dei ministri su proposta del Ministro dell'economia e finanze, e uno designato dall'Assemblea dei dipendenti RAI. Anche se le scelte delle camere devono ricadere su candidature spontanee fondate sulla presentazione di *curriculum*, la scelta è totalmente discrezionale, come lo è quella degli altri organi nominanti. La legge individua i requisiti che i designati devono possedere, tra cui ricorrono competenze professionali in diversi campi (economico, giuridico, umanistico e di comunicazione) che nel consiglio di amministrazione devono riflettersi, o prescrive che i candidati devono possedere requisiti analoghi a quelli che si richiedono per i giudici costituzionali; si richiede anche una riconosciuta onorabilità e significative competenze manageriali. Tuttavia, la selezione non ha carattere di rilevanza giuridica per cui, salvo macroscopiche violazioni dei requisiti, le scelte non sono in realtà sindacabili. Il metodo del voto limitato dovrebbe consentire la presenza anche di rappresentanti che abbiano l'apprezzamento delle forze politiche di minoranza presenti nel Parlamento. La rappresentanza dei

dipendenti dell'azienda concessionaria, invece, costituisce una novità assoluta nella storia della RAI ed è la prima nomina non riconducibile né al governo né al Parlamento. Le regole riferite alla procedura sono stabilite in parte nella legge, ma anche nello statuto dell'azienda e in altri atti aziendali.

Gli equilibri così prodotti sono stati oggetto di valutazioni critiche per un eccessivo sbilanciamento dei poteri a favore del Governo. Complessivamente, infatti, le nomine assicurano una prevalenza alle forze di Governo. Peraltro, tra le cause di cessazione anticipata dell'incarico di componente del consiglio di amministrazione è compresa la revoca disposta dall'assemblea dei soci, che equivale a dire dal Ministero dell'economia e finanze. Si tratta di un potere non trascurabile, visto che la sua efficacia dipende solo dalla valutazione favorevole della Commissione parlamentare per l'indirizzo e la vigilanza che potrebbe essere espressione della stessa maggioranza di Governo.

Maggiori garanzie sono offerte per la selezione del Presidente perché è scelto dai componenti del consiglio di amministrazione tra i membri che ne fanno parte, dopo l'acquisizione del parere favorevole dei due terzi della Commissione parlamentare di indirizzo e vigilanza, che assicura così un ampio consenso delle forze politiche. Ciò potrebbe comportare, come recentemente accaduto, che l'elezione di un Presidente fortemente divisivo tra le forze politiche potrebbe non essere sostenuta dal voto favorevole della Commissione parlamentare. Tuttavia occorre tener presente che il Presidente ha poteri limitati, riferiti prevalentemente alla rappresentanza dell'azienda, alla gestione del consiglio di amministrazione e ad altri poteri che eventualmente il consiglio di amministrazione decidesse di delegare, comunque limitati alle relazioni esterne e istituzionali.

Figura centrale con poteri molto significativi è invece l'amministratore delegato, che sostituisce la figura tradizionale del direttore generale, il quale è nominato dal consiglio su proposta dell'assemblea. Già la nuova denominazione dell'organo lascia intendere una scelta che va nella decisa direzione di valorizzare la direzione monocratica rispetto a quella collegiale. L'amministratore delegato non è semplicemente il dirigente responsabile dell'esecuzione delle decisioni del consiglio di amministrazione ma ha poteri riservati in tema di: coerenza della programmazione radiotelevisiva con le linee editoriali; gestione del personale e nomina dei dirigenti di primo livello, richiedendo il parere obbligatorio, ma non vincolante, di direttori di rete, canali e testate; firma i contratti aziendali relativi alla gestione, con richiesta di parere

del consiglio di amministrazione solo per quelli strategici; dispone sul reclutamento e sul conferimento di incarichi a collaboratori esterni. Si assiste, cioè, a un forte accentramento di poteri di una figura che è sostanzialmente espressione di una scelta del governo: deve essere tenuto presente, infatti, che anche qualora il consiglio di amministrazione non votasse il nome proposto dal Ministero, il potere esclusivo di proposta assegna sempre all'autorità di governo la facoltà di scegliere il dirigente principale dell'azienda. La durata dell'incarico dell'amministratore delegato è di tre anni, come quella dei membri del consiglio di amministrazione, ma si prevede in ogni caso che lo stesso non rimanga in carica oltre la scadenza del consiglio di amministrazione.

Si evince così che i nuovi equilibri prodotti di influenza sugli organi della concessionaria restituiscono un ruolo significativo al Governo.

L'altro profilo su cui si fonda il sistema di governo della RAI è dato dal ruolo della Commissione parlamentare di vigilanza e controllo. L'organo è rimasto costantemente centrale dopo le riforme degli anni Settanta, ma la sua capacità di influire sulla vita dell'azienda si è modificata nel tempo. Sebbene la Commissione continui a poter emanare linee di indirizzo anche sulla tutela del servizio pubblico e, analogamente, a svolgere poteri di controllo che gli organi della concessionaria devono osservare, la Commissione è sostanzialmente estromessa da ogni potere di nomina, non ha poteri direttamente vincolanti e, soprattutto, oramai subisce la concorrenza dell'Agcom, cui la legge ha affidato il vero compito di regolatore e controllore del servizio pubblico. Ne deriva, pertanto, che la modifica del ruolo della Commissione simboleggia il progressivo spostamento degli equilibri di potere tra Governo e Parlamento, sebbene la sua permanenza continui a costituire un tratto originale dell'assetto gestionale di questo servizio pubblico.

5. Il finanziamento del servizio pubblico radiotelevisivo

La RAI beneficia di due fonti di finanziamento: quella derivante dal canone di abbonamento e quella commerciale proveniente dalle concessionarie di pubblicità di prodotti e servizi di terzi. Tale sistema misto corrisponde al tipo di programmazione radiotelevisiva che la concessionaria pubblica trasmette. Tuttavia, le normative europee obbligano la RAI a utilizzare i soli introiti derivanti dal canone per il finanziamento degli obblighi di servizio pubblico, al fine di evitare la violazione

del principio di proporzionalità che sostanzia la disciplina degli aiuti di stato. Ciò si traduce per la concessionaria pubblica nell'adottare un sistema rigido di separazione contabile in sede di bilancio, in modo da distinguere chiaramente gli oneri di servizio pubblico dagli altri cui corrispondere correttamente le fonti di entrata.

L'applicazione della separazione contabile è garantita attraverso una società di revisione scelta dall'Agcom tra i soggetti iscritti nell'apposito albo e nominata dalla RAI. L'art. 47, comma 1, D.Lgs. n. 177 del 2005, prevede che la concessionaria pubblica predisponga entro la fine dell'anno il bilancio di esercizio in cui vengono contabilizzati, secondo il menzionato principio di contabilità separata, i costi sostenuti per adempiere agli obblighi di servizio pubblico, cui corrispondono gli introiti ottenuti dal canone di abbonamento. Tale documento è trasmesso poi all'Agcom e al Ministero dello sviluppo economico, i quali, rispettivamente e separatamente, verificano la corrispondenza con lo schema di base predisposto e determinano l'ammontare del canone per l'anno successivo sulla base presuntiva dei costi di servizio pubblico che saranno sostenuti, tenendo conto dei risultati dell'anno precedente.

La soluzione appena descritta rivela con sufficiente certezza il carattere tributario riconosciuto al canone di abbonamento; infatti, l'aver sottratto la determinazione alla stessa concessionaria esclude la possibilità di qualificare lo stesso come un prezzo di un servizio. In tal modo, d'altra parte, si è espressa la Corte costituzionale fin dall'inizio qualificandolo come tributo (già dalla sentenza n. 81 del 1963). Più controversa e oggetto di un vivace dibattito in dottrina è stata la questione se il tributo si debba qualificare come imposta o tassa: la differenza incide sulla legittimazione del presupposto di imposta. Infatti, la disciplina del canone di abbonamento prevede che il pagamento del canone sia a carico di chiunque disponga un apparecchio in grado di captare, ora anche con tecnologie differenti, le frequenze necessarie alla trasmissione dei servizi. Se il canone si configurasse come una tassa, infatti, poiché vi deve essere una certa corrispondenza tra onere pagato e servizio pubblico fruito, la detenzione dell'apparecchio potrebbe non essere considerato un presupposto idoneo se non è dimostrata anche la reale capacità di ricevere i programmi da parte dell'utente (ad esempio, perché si è in un'area territoriale dove i ripetitori non garantiscono un'adeguata copertura del segnale). A questo proposito, però, il giudice delle leggi in due sentenze importanti, la n. 535 del 1988 e la n. 284 del 2002, ha chiarito che il canone vada considerato come una vera propria imposta, attraverso cui i

contribuenti partecipano al sostegno degli oneri per il finanziamento di una pluralità di servizi necessari a garantire il diritto all'informazione e per la diffusione della cultura. Tale approdo, non esente da valutazioni critiche, è quello che appare ora consolidato e quindi il canone deve essere considerato un obbligo generalizzato attraverso cui i cittadini concorrono alla spesa pubblica.

Negli anni più recenti è stato necessario per il sistema affrontare nuove sfide interpretative. La prima ha riguardato la diffusione di nuovi mezzi tecnologici che permettono la fruizione di servizi televisivi in modo alternativo ai tradizionali apparecchi, come computer, *smartphone* e altro ancora. Si è trattato di verificare se anche apparecchi di questa natura potessero rientrare tra quelli la cui detenzione costituisca un obbligo tributario e, se sì, se si trattasse di un onere aggiuntivo alla detenzione dell'apparecchio più tradizionale. Da questo punto di vista, il Ministero dello sviluppo economico ha chiarito che il presupposto d'imposta è costituito dalla sola detenzione dei mezzi capaci di captare il segnale digitale terrestre o satellitare, escludendo così gli altri tipi di apparecchi che riutilizzano i servizi radiotelevisivi di base.

La seconda sfida da affrontare è stata l'evasione dal pagamento del canone che in Italia ha raggiunto nel corso degli anni livelli molto accentuati. A questo scopo è intervenuta una modifica adottata con l'art. 1, comma 153, legge n. 208 del 2015, che ha reso obbligatorio il pagamento attraverso la fattura della fornitura elettrica rateizzando il debito tributario durante l'anno solare. La modifica della riscossione ha prodotto i risultati sperati di contrasto all'evasione ma ha richiesto due ulteriori modifiche. La prima riguarda i termini della presunzione della detenzione degli apparecchi che costituiscono il presupposto d'imposta: tale dato non è più solo ricondotto alla presenza di impianti per l'acquisizione del segnale radiotelevisivo, ma anche alla presenza di un'utenza per la fornitura elettrica. La seconda, invece, riguarda gli accordi che il Ministero ha dovuto raggiungere con i fornitori di servizi elettrici per regolare il rapporto di riscossione mediata, anche questo sottratto alla concessionaria pubblica per evitare che si risolvesse in un mero contratto.

Il tema del finanziamento del servizio pubblico, tuttavia, non si esaurisce con la trattazione del solo canone. La circostanza ricordata più volte che la qualificazione di servizio pubblico si applica all'intera programmazione, così da determinare che l'imputazione dei costi di servizio pubblico può oggettivamente soffrire di condizioni dove la separazione non è sempre agevole per quanto comunque obbligatoria,

giustifica un trattamento diversificato circa i limiti relativi al finanziamento di fonte commerciale pubblicitaria. In particolare, alla concessionaria pubblica si applicano limiti quantitativi diversi per quanto concerne l'affollamento pubblicitario. Naturalmente sono ben lontani gli anni in cui tali limiti erano particolarmente restrittivi in ragione del monopolio pubblico. Durante il monopolio pubblico la disciplina rigorosa serviva a preservare gli altri strumenti di informazione e comunicazione e, in particolare, la stampa; successivamente, la realizzazione di un sistema plurale di offerta ha reso necessario anche per la concessionaria pubblica garantire spazi maggiori per l'acquisizione di fonti private di finanziamento in ragione del sistema misto che si è determinato. L'accesso al finanziamento privato è divenuto essenziale per la stessa esistenza della concessionaria pubblica. Ciò ha determinato un progressivo cambiamento delle regole che hanno portato ora a differenziare in modo graduato i limiti di affollamento orario e giornaliero. In particolare, per la RAI la trasmissione di messaggi pubblicitari non può superare la quota del 4% dell'orario settimanale di programmazione e il 12% di ogni ora, con un sistema elastico di adeguamento che, tuttavia, non può eccedere il 2% in un'ora; mentre per le emittenti nazionali private le soglie corrispondono rispettivamente al 15% e al 18%. Per le emittenti private a pagamento si applicano soglie simili a quelle della RAI, visto che anch'esse fruiscono di più fonti di finanziamento.

Bibliografia essenziale

- ALLEGRI M.R. (2012), *Informazione e comunicazione nell'ordinamento giuridico italiano*, Torino, Giappichelli
- BIANCO LONGO M.D. (2016), *Il ruolo del servizio pubblico radiotelevisivo nell'ordinamento nazionale ed europeo*, in AVANZINI G., MATUCCI G. (a cura di), *L'informazione e le sue regole*, Napoli, Editoriale scientifica, 199-233
- BORRELLO R. (2002), *Il canone radiotelevisivo di nuovo dinanzi alla Corte: l'ennesimo capitolo di una storia di un tributo controverso*, in *Giur. cost.*, 2062-2082
- CARAVITA B. (2016), *Un'occasione da non perdere: ripensare in senso oggettivo il servizio pubblico*, in *Federalismi.it*, 1
- CARETTI P. (1995), *La corte in difesa del pluralismo informativo*, in *Dir. pub.*, 435-447
- CARETTI P. (2006), *L'evoluzione del servizio pubblico radiotelevisivo in Italia*, in *Astrid Rassegna*, www.astridonline
- CARETTI P., CARDONE A. (2019), *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza*, Bologna, Il Mulino

- ESPOSITO R. (2009), *Il paradosso dell'asino di Buridano: le società pubbliche tra libertà d'impresa e funzione amministrativa (il caso della Rai)*, in C. FRANCHINI, TEDESCHINI F., a cura di *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, Giappichelli, 381-413
- GARDINI G. (2015), *RAI e servizio pubblico radiotelevisivo: la «cultura italiana» in bilico tra unità, pluralismo e mercato*, in *Munus*, 185-235
- GARDINI G. (2017), *Le regole dell'informazione. L'era della post-verità*, Torino, Giappichelli
- GIGLIONI F. (2004), *Il servizio pubblico nel sistema televisivo tra esigenze democratiche e riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Diritto pubblico*, 3, 965-1008
- GRANDINETTI O. (2016), *La governance della Rai e la riforma del 2015*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 833-873
- TONOLETTI B. (2011), *La televisione e i principi costituzionali*, in CUNIBERTI M., LAMARQUE E., TONOLETTI B., VIGEVANI G.E., VIVIANI SCHLEIN M.P., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, Giappichelli, 221-250
- ZACCARIA R. (2005), *Servizio pubblico radiotelevisivo, principio di eguaglianza e democrazia*, in AINIS M., *Informazione, potere e libertà*, Torino, Giappichelli, 69-81
- ZACCARIA R., VALASTRO A., ALBANESI E. (2018), *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Milano, Wolters Kluwer
- ZENO-ZENCOVICH V. (2003), *Il servizio pubblico radiotelevisivo nel nuovo quadro normativo comunitario*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1-20

Capitolo 4

LE COMUNICAZIONI COMMERCIALI

di Lucia Musselli

Sommario: 1. Il contesto normativo di riferimento. — 2. Le comunicazioni commerciali audiovisive: tipologie. — 3. I limiti normativi nelle comunicazioni commerciali audiovisive. — 3.1. I limiti qualitativi. — 3.2. Le regole sulle interruzioni pubblicitarie. — 3.3. I limiti quantitativi: l'affollamento pubblicitario. — 4. La Direttiva 1808/2018 e la disciplina delle comunicazioni commerciali nei servizi di piattaforma per la condivisione dei video.

1. Il contesto normativo di riferimento

La normativa di riferimento in materia di comunicazioni commerciali audiovisive è rappresentata principalmente dal Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, il D.Lgs. 31 luglio 2005, n. 177 (nel seguito TUSMAR). Tale atto normativo, adottato per esigenze di semplificazione, armonizzazione e razionalizzazione della materia dei servizi televisivi è stata oggetto, a seguito del recepimento della direttiva Servizi Media Audiovisivi (SMA) ad opera del D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 44 di una importante modifica, volta a modernizzare la materia adeguandola alle trasformazioni tecnologiche in atto, rappresentate principalmente dai due fenomeni della *digitalizzazione* e della *convergenza*. Esso tra l'altro è destinato a brevissimo a subire ulteriori cambiamenti in sede di recepimento dell'ultima direttiva approvata in materia, la 2018/1808 (sul punto cfr. ult. par.).

Tuttavia tale testo, che pur rappresenta un importante momento di sintesi normativa, presenta alcuni profili formali non sempre felici, anche in ragione della scelta comunitaria di emendare l'originario testo della direttiva televisioni senza frontiere, nata negli anni Ottanta in un contesto tecnologico assai differente da quello attuale; in particolare nel TUSMAR, accanto alle precedenti e tradizionali definizioni, risalenti al tradizionale diritto televisivo, coesistono le nuove definizioni europee che non sempre però operano con effetto sostitutivo, dando talora luogo a sovrabbondanze terminologiche e ad alcune ambiguità testuali.

Accanto al Testo unico troviamo poi ulteriori fonti normative tali da caratterizzare la disciplina della comunicazione commerciali audiovisive in senso spiccatamente *multilivello*.