

Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza

Università di Urbino Carlo Bo

Note e Commenti



LA “TELEVISIONE” CHE VERRÀ. IL TESTO UNICO DEI SERVIZI DI MEDIA AUDIOVISIVI (TUSMA) A UN PRIMO SGUARDO D’INSIEME

Carlo Magnani

Abstract

[The “television” to come. The “Testo unico dei servizi di media audiovisivi” (Tusma) at a first overview] The paper analyzes the salient contents of Legislative Decree No. 208 of 2021, which implemented Directive 2018/1808/EU. The new Testo Unico dei servizi di media audiovisivi (Tusma) contains the new regulation of radio and television, including not only linear and catalog services but also video-sharing platforms (video-sharing). Regarding the protection of pluralism, the system of fixed thresholds is overcome for a regime based on the duty to notify to be followed by the Authority's investigation to verify pluralism in the sector. Protection of minors in front of screens is strengthened by new rules. Commercial communications are made even more flexible because of the increased offer and user choice. The single text strengthens the regulatory powers of the Independent Administrative Authority.

Key Words:

Audiovisual media services; broadcasting; video sharing platform; pluralism; protection of minors

Vol. 11 (2023)





La “televisione” che verrà. Il Testo unico dei servizi di media audiovisivi (Tusma) a un primo sguardo d’insieme

Carlo Magnani*

1. Il Tusmar, ovvero l’ultima legge della televisione repubblicana: ponte tra passato e futuro

L’ordinamento dell’informazione e della comunicazione ha conosciuto nella XVIII legislatura una importante riforma a livello della normazione primaria mediante l’adozione da parte del Governo di due significativi decreti legislativi. I provvedimenti in questione hanno ridisegnato, adeguando la legislazione interna al diritto europeo, sia il Codice delle comunicazioni elettroniche¹ che il Testo unico dei servizi di media audiovisivi², incidendo quindi tanto sulle reti che sui servizi che vengono tramite esse veicolati. La tecnica legislativa impiegata non è stata tuttavia simmetrica, infatti, nel primo caso la riforma è intervenuta sul precedente articolato: il solo art. 1 del d. lgs. 207/2021 sostituisce ben 98 articoli del Codice delle comunicazioni elettroniche, dando conto puntualmente delle modifiche attraverso il rimando preciso alle disposizioni contenute nel decreto del 2003. Nella fattispecie dei servizi media audiovisivi, invece, la scelta del legislatore è stata quella di sostituire il vecchio testo, il cosiddetto Tusmar, con una codificazione del tutto nuova,

* Carlo Magnani è Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico, Dipartimento DiSCUI, Università Carlo Bo di Urbino.

Indirizzo mail: carlo.magnani@uniurb.it

¹ D. lgs. n. 207, 8 novembre 2021, “Attuazione della direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 dicembre 2018, che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche (rifusione)”; che è intervenuto sul precedente Codice delle comunicazioni elettroniche (d. lgs. n. 259, del 1 agosto 2003).

² D. lgs. n. 208, 8 novembre 2021, “Attuazione della direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri, concernente il testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell’evoluzione delle realtà del mercato”.

il Tusma appunto. Le considerazioni che seguono si occuperanno di tale novella normativa, provando ad analizzare alcuni profili più strettamente inerenti quel settore delle comunicazioni di massa che un tempo si era soliti denominare come "radiotelevisione".

Il Tusmar costituiva una fonte primaria delegata che trovava la sua legittimità direttamente nella legge n. 112 del 2004, cioè la cosiddetta "legge Gasparri" o "terza legge di sistema"³ della radiotelevisione. Denominato inizialmente "Testo unico della radiotelevisione"⁴ aveva subito varie novelle, soprattutto di adattamento al diritto europeo, che avevano condotto alla nuova definizione di "Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici" (Tusmar, appunto). Tale innovazione non secondaria venne introdotta dal "decreto Romani"⁵, di attuazione della direttiva europea 2007/65 SMAV (introdusse proprio il concetto di servizi media audiovisivi) poi modificata dalla direttiva 2010/13.

Il Tusmar, sul quale sono ricaduti ben ventinove interventi di modifica⁶, con il tempo si è venuto a trovare in una posizione sostanzialmente ambigua. Da un lato, derivando direttamente dalla "legge Gasparri" rappresentava l'ultimo atto della tormentata storia politica e normativa della radiotelevisione italiana; dall'altro lato, divenuto il contenitore nel quale si è andato a sedimentare il crescente peso del diritto europeo sull'audiovisivo⁷, si è anche posto al contempo come la prima legge della "televisione del futuro". Quando la "legge Gasparri" è stata approvata, quasi un ventennio fa, la principale questione normativa pendente era ancora il pluralismo esterno del sistema misto pubblico e privato, stretto in un duopolio da regolare in maniera finalmente costituzionalmente conforme. Il messaggio del Presidente Ciampi alle Camere, del luglio 2002⁸, verteva proprio su questo aspetto delicato e ancora irrisolto nonostante il monopolio pubblico fosse terminato già nella metà degli anni Settanta. Il legislatore dell'epoca si dovette ancora confrontare con l'annosa questione della scarsità delle risorse trasmissive, rappresentate pressoché unicamente dalle frequenze via etere analogiche data la irrisoria diffusione di modalità alternative, e con un mercato oligopolistico strutturato sul duopolio degli ascolti (*Rai* e *Fininvest*) e sul tripolio dei ricavi in virtù della televisione a

³ Si veda, P. CARETTI, A. CARDONE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza*, Bologna, 2019, 156 ss.; M.R. ALLEGRI, *Informazione e comunicazione nell'ordinamento giuridico italiano*, Torino, 2019, 187 ss. Per i profili di compatibilità con il diritto europeo, R. MASTROIANNI, *Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo*, Torino, 2004. Per un commento, E. PODDIGHE, A. FRIGNANI, V. ZENO ZENCOVICH, *La televisione digitale: temi e problemi. Commento al D.Lgs. 177/2005 T.U. della Radiotelevisione*, Milano, 2006.

⁴ D. lgs. n. 177, 31 luglio 2005, "Testo unico della radiotelevisione".

⁵ Il d. lgs. n. 44, 15 marzo 2010. Sull'impatto ordinamentale del "decreto Romani" si veda, tra gli altri, F. BASSAN, E. TOSI (a cura di), *Diritto degli audiovisivi. Commento al nuovo Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici come modificato dal D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 44*, Milano, 2012; V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *La nuova televisione europea. Commento al "Decreto Romani"*, Rimini, 2010.

⁶ Consiglio di Stato, Sez. Atti Normativi, Affare 00944/2021, Parere n. 01582/2021, 30 settembre 2021, 3.

⁷ F. DONATI, *L'evoluzione del quadro normativo sui servizi dei media audiovisivi*, in *Astrid Rassegna*, 14, 2020, 8.

⁸ A. PACE, *Per una lettura «in controluce» del messaggio presidenziale su pluralismo e imparzialità dell'informazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2002, 2337-2343.

pagamento (*Skj*)⁹. La scelta fu quella di scommettere sulla piattaforma digitale che avrebbe consentito una moltiplicazione dei canali disponibili in grado di soddisfare finalmente il pluralismo informativo radiotelevisivo, anche e soprattutto mediante l'ingresso di nuovi operatori sul mercato. Le contraddizioni di quella che apparve una fuga troppo in avanti rispetto alla situazione tecnologica di fatto esistente nel Paese, che risuonarono anche nelle motivazioni del rifiuto presidenziale alla promulgazione nel dicembre del 2003¹⁰, non scalfirono però l'impianto complessivo della legge, che creò un ulteriore lungo periodo transitorio¹¹ prima di vedere stabilizzato il proprio assetto con la piena digitalizzazione del segnale terrestre nazionale. In questo senso il Tusmar è stato l'ultima legge della lunga transizione televisiva italiana. Ma ben presto si è convertito anche nella prima fonte della nuova fase segnata dalla integrazione europea nella disciplina dell'audiovisivo.

2. Verso la prima legge dell'audiovisivo digitale globale. Il doppio impulso europeo

Il diritto europeo ha acquisito un peso crescente nell'ordinamento dell'informazione, specialmente in relazione di nuovi media. Così, mentre il legislatore interno cercava di dare attuazione alla "terza legge di sistema" si imponeva la rivoluzione tecnologica di Internet e delle comunicazioni digitali. Il Testo unico della radiotelevisione riuscì a rendere conto del "pacchetto" di Direttive del 2002 sulle comunicazioni elettroniche¹², ad esempio recependo la cruciale separazione tra le figure imprenditoriali dell'operatore di rete e del fornitore di contenuti o di servizi mediali. La direttiva "quadro" 2002/21/UE, tra l'altro, contiene una premessa che ancora oggi costituisce un caposaldo per la delimitazione della nozione di «servizio di comunicazione elettronica» in rapporto con l'attività di diffusione televisiva o audiovisuale in senso lato. Si tratta di una vera e propria linea distintiva che il diritto europeo ha voluto erigere in difesa della specificità dei servizi di media audiovisivi, nello stabilire che per «servizio di comunicazione elettronica», si devono intendere «i servizi forniti di norma a pagamento consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazioni elettroniche, compresi i servizi di telecomunicazioni e i servizi di trasmissione nelle reti utilizzate per la diffusione circolare radiotelevisiva, ma ad esclusione dei servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti»¹³.

Su una codificazione pensata soprattutto per risolvere taluni profili di natura squisitamente nazionale, e proprio quando queste criticità andavano risolvendosi sia pur

⁹ E. MENDUNI, *Fine delle trasmissioni. Da Pippo Baudo a Youtube*, Bologna, 2007; nonché, per i profili economici e organizzativi, A. NICITA, G.B. RAMELLO, F. SILVA (a cura di), *La nuova televisione. Economia, mercato, regole*, Bologna, 2008.

¹⁰ P. CARETTI, A. CARDONE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza*, cit., 157-8.

¹¹ L'ennesimo, dopo quello del 1984, del 1994 e del 1997, anzi, forse siamo stati in presenza di un unico regime provvisorio dalla sentenza n. 202 del 1976 della Corte costituzionale.

¹² Si veda, R. PEREZ (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004.

¹³ Direttiva, 2002/21/CE, art. 4, lett. c).

gradatamente e non senza contraddizioni¹⁴, è sopraggiunta dal livello europeo la spinta per ulteriori interventi di adeguamento¹⁵. L'evoluzione del Tur in Tusmar è derivata proprio dalla recezione della direttiva sui servizi media audiovisivi SMAV 2007/65 (poi riformata dalla direttiva 2010/13). Già nel 1989 la risalente direttiva "Televisione senza frontiere" (dir. 552 del 1989) aveva costituito stimolo efficace affinché il legislatore approvasse (finalmente) la "seconda legge di sistema" per la radiotelevisione (legge n. 223/1990, legge "Mammi"). Rispetto a quell'intervento comunitario, però, circoscritto sostanzialmente a regole per gli annunci commerciali per consolidare il mercato interno¹⁶, l'evoluzione tecnologica e dei mercati ha portato l'Unione europea ad agire con maggiore ampiezza nel settore dei media audiovisivi, dovendo regolare diverse tipologie di servizi sempre più integrati e convergenti nel quadro delle nuove comunicazioni elettroniche¹⁷. La vecchia televisione generalista è stata del tutto soppiantata da servizi di media ormai inseriti nelle "strade" digitali. Ed è proprio in virtù di tali processi che le istituzioni europee hanno finito per includere l'audiovisivo entro un complesso e ampio contesto regolatorio nel quale figurano le reti di comunicazioni elettroniche, i servizi e le piattaforme di Internet, i mercati digitali, secondo una logica di crescente intervento nel settore dei nuovi media in cui si è persino provato a vedere una sorta di «sovranità digitale» europea¹⁸.

Sotto tale impulso, il "vecchio" Tusmar si è progressivamente trasformato da ultimo atto della televisione repubblicana in prima legge della televisione globale del futuro. A cominciare dall'opera di recepimento della direttiva SMAV ove, tra le altre cose¹⁹, si introduceva la distinzione ignota al diritto interno tra servizi media lineari (la classica programmazione televisiva fruibile in chiaro o a pagamento) e servizi media non lineari (i servizi *on demand*, che permettono la personalizzazione *in primis* oraria delle trasmissioni). Ma si trattava di un assetto momentaneo, visto che l'evoluzione tecnologica ha un incedere più rapido del diritto. Così, la Commissione europea, nell'ambito della

¹⁴ Il "caso Centro Europa 7" è emblematico, con l'emittente rimasta fuori dalla assegnazione di qualsiasi frequenza di rilievo nazionale. Tra la ampia bibliografia si indica solo, M. CUNIBERTI, *Pluralismo dei media, libertà di espressione e "qualità" della legislazione: il caso "Centro Europa 7" di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 3, 2012.

¹⁵ R. MASTROIANNI (a cura di), *Il sistema radiotelevisivo e la legalità europea*, Napoli, 2006; nonché V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *La nuova televisione europea. Commento al "Decreto Romani"*, cit.

¹⁶ G.M. ROBERTI, V. ZENO ZENCOVICH, *I servizi media audiovisivi*, in S. SICA, V. ZENO ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Milano, 2022, 112.

¹⁷ Cfr. V. FRANCESCHELLI, *Convergenza*, Milano, 2009.

¹⁸ Sottolinea tali processi, M.R. ALLEGRI, *Il futuro digitale dell'Unione europea: nuove categorie di intermediari digitali, nuove forme di responsabilità*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2, 2021. Per il cosiddetto "costituzionalismo digitale": G. DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism in Europe. Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge, 2022; E. CELESTE, *Digital constitutionalism: a new systematic theorisation*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 33, 2019, 76-99; O. POLLICINO, *Libertà di espressione, piattaforme digitali e cortocircuiti di natura costituzionale*, in *Privacy&*, 1/2021; O. POLLICINO, R. CONTI, F. DE STEFANO, *L'algoritmo e la nuova stagione del costituzionalismo digitale: quali le sfide per il giurista (teorico e pratico)?*, in *Giustizia insieme*, 2021; G. FINOCCHIARO, *La sovranità digitale*, in *Diritto pubblico*, 3, 2022, 809 ss. Per una critica di tali orientamenti, M. BETZU, *I baroni del digitale*, Napoli, 2022; M. LUCIANI, *Relazione conclusiva*, convegno *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, Genova, 18-19 giugno 2021, in *Rivista Gruppo di Pisa*, valuta il costituzionalismo digitale come un «azzardo, di dubbia utilità sul piano dell'inquadramento dommatico dei problemi».

¹⁹ Direttiva 2007/65/UE, modificata dalla direttiva 2010/13/UE. Per un esame delle origini e dei contenuti si veda, R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi media audiovisivi*, Torino, 2011.

Strategia per il mercato digitale unico, aveva incluso la revisione della direttiva SMAV tra le iniziative in agenda, sottolineando come lo sviluppo tecnico imponesse di considerare nuovi attori dei servizi media audiovisivi e come la maggiore libertà di scelta dell'utente dovesse essere bilanciata da obblighi meno rigidi per i fornitori di servizi²⁰. Con la direttiva 2018/1808 si è quindi dato seguito, riformando, sia pure con una intensità variabile, tutti i principali ambiti materiali dell'audiovisivo regolati dalla SMAV. In special modo, sono state assoggettate alla direttiva anche le piattaforme di condivisione video (prima escluse ma sempre più diffuse), e si è data nuova veste alle regole sulla pubblicità, sulla promozione delle opere europee, sul principio cardine del "paese d'origine", sulla tutela dei minori e dei consumatori, nonché sul rafforzamento della autorità amministrativa europea di controllo²¹.

Nelle more dell'adeguamento alla riforma della direttiva SMAV, un altro elemento, ancora una volta proveniente dalle istituzioni sovranazionali europee, produceva un ulteriore impatto sulla disciplina contenuta nel Tusmar. Questa volta a essere chiamato in causa era un aspetto non regolato dalla normativa europea ma assolutamente centrale per l'ordinamento della comunicazione, vale a dire la disciplina antitrust a tutela del pluralismo nell'audiovisivo. La Corte di Giustizia dell'Unione europea, infatti, esprimendosi sulla vicenda che ha opposto la francese *Vivendi a Mediaset* (e all'Agcom), ha sancito che l'art. 43, comma 11, del Tusmar era da considerarsi in contrasto con il diritto europeo perché limitativo della libertà di stabilimento delle imprese in un Paese membro. In particolar modo, a cadere sotto la lente dei giudici comunitari è stato il sistema dei limiti *ex ante* delle quote di mercato controllate da un gruppo imprenditoriale al fine della determinazione della posizione dominante, nociva per il pluralismo nel sistema dei media. Per l'alta magistratura europea²² le soglie preventive fissate dal Tusmar costituivano dei rimedi sproporzionati, potenzialmente limitativi della libertà delle imprese di espandere le proprie attività ai sensi dell'art. 49 del TFUE.

In ragione di questo doppio stimolo (l'adeguamento alla direttiva 2018/1808 e la sentenza della CGUE), le Camere hanno delegato il governo con la legge n. 53, del 21 aprile 2021, il cui art. 3 contiene i principi e i criteri direttivi, a riordinare la legislazione «attraverso l'emanazione di un nuovo testo unico dei servizi di media digitali con adeguamento delle disposizioni e delle definizioni, comprese quelle relative ai servizi di media audiovisivi, radiofonici e ai servizi di piattaforma per la condivisione di video, alla luce dell'evoluzione tecnologica e di mercato» (art. 3, comma 1, lett. a). Così, con il decreto legislativo n. 208, dell'8 novembre 2021, entrato in vigore il 25 dicembre del medesimo anno, la radiotelevisione è entrata compiutamente nella sua fase regolamentare più evoluta, aderente alla realtà delle comunicazioni audiovisive digitali.

²⁰ Commissione europea, *Comunicazione della Strategia per il mercato digitale unico in Europa*, COM (2015)192 final, § 3.2.

²¹ Si veda, G. ABBAMONTE, E. APA, O. POLLICINO (a cura di), *La riforma del mercato audiovisivo europeo*, Torino, 2019.

²² Corte di giustizia dell'Unione europea, Quinta Sezione, Causa C-719/18 *Vivendi SA v. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e Mediaset*, sentenza 2 settembre 2020. Si legge nella sentenza che «L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa di uno Stato membro che ha l'effetto di impedire ad una società registrata in un altro Stato membro, i cui ricavi realizzati nel settore delle comunicazioni elettroniche, come definito ai fini di tale normativa, siano superiori al 40% dei ricavi complessivi di tale settore, di conseguire nel sistema integrato delle comunicazioni ricavi superiori al 10% di quelli del sistema medesimo».

Proveremo ora a rendere conto, sia pure in maniera sintetica, di alcuni dei profili essenziali della nuova disciplina contenuta nei 71 articoli che compongono il Testo unico dei servizi media audiovisivi (Tusma).

3. Il Tusma: principi generali, servizi, soggetti. Le piattaforme di condivisione di video

Muovendo dai principi indicati come cardini del sistema dei servizi media audiovisivi si nota, in primo luogo, che la denominazione «principi fondamentali» che rubricava il vecchio art. 3 del Tusmar è stata sostituita dalla formula, simile ma non analoga, di «principi generali» che titola l'art. 4. La rinuncia a impiegare la locuzione «principi fondamentali» appare comunque priva di effetti sostanziali. Qualche interrogativo sarebbe potuto emergere in sede di determinazione della competenza legislativa concorrente delle regioni, per la materia «ordinamento della comunicazione», poiché l'art. 117 Cost., comma 3, richiama proprio i principi fondamentali quali profili riservati alla legislazione statale. Tuttavia, l'art. 11 del Tusma (ricalcando il precedente art. 12 Tusmar) precisa che la legislazione regionale dovrà attenersi ai «principi generali» indicati negli articoli precedenti (artt. 4, 5 e 6), più altri aggiunti nell'articolo. Proprio l'insieme di questi principi, all'ultimo comma dell'art. 11, viene però nuovamente denominato come «principi fondamentali» quando si tratta di precisare i limiti normativi di alcune autonomie speciali²³. Alla fine, quindi, pur con una certa ambiguità, sembra ritornare la categoria dei «principi fondamentali» proprio per la sua valenza costituzionale nella determinazione delle competenze delle regioni ordinarie e speciali.

Passando invece ai contenuti, i nuovi principi generali del sistema audiovisivo risultano dalla implementazione di quelli precedentemente in vigore. Va segnalata l'aggiunta di alcuni limiti che allineano la legislazione alle più recenti politiche europee in tema di libertà di manifestazione del pensiero, attente alla lotta alle cosiddette *fake news* e alla istigazione all'odio. Così, si specifica che la libertà di comunicazione transfrontaliera deve avvenire «nel rispetto della dignità umana, del principio di non discriminazione e di contrasto ai discorsi d'odio, l'obiettività, la completezza, la lealtà e l'imparzialità dell'informazione, il contrasto alle strategie di disinformazione» (art. 4, comma 1). In questa maniera la lotta alla disinformazione, sinora confinata nell'ambito delle comunicazioni online²⁴, entra nella legislazione ordinaria come principio generale della libertà di informazione valido anche per i media più tradizionali come le trasmissioni radiotelevisive generaliste in chiaro. Resta sempre aperta la questione della determinazione del concetto di disinformazione, fattispecie ampia e per certi versi sfuggente²⁵, sinora

²³ Tusma, art. 11, comma 3, ove: «Nel rispetto dei *principi fondamentali* previsti dal presente testo unico ai sensi del presente articolo, la Regione autonoma Valle d'Aosta e le Province autonome di Trento e di Bolzano provvedono alle finalità di cui al medesimo testo unico nell'ambito delle rispettive, specifiche competenze, ai sensi degli statuti speciali e delle relative norme di attuazione».

²⁴ Il Codice per contrasto alla disinformazione del 2108, deliberato sotto l'egida della Commissione europea e già giunto alla seconda versione denominata «Codice rafforzato per la lotta alla disinformazione», riguarda solo le piattaforme sociali digitali. In Italia presso l'Agcom è attivo dal 2017 il *Tavolo per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali* che si occupa anche del monitoraggio sulla disinformazione.

²⁵ G. CERRINA FERONI, *Fake news, libertà di espressione e democrazia*, in *Agenda Digitale*, 18 gennaio 2023.

esclusivamente ricostruibile a partire dagli atti di *soft law* delle istituzioni europee²⁶. Lo stesso dicasi per il contrasto ai discorsi d'odio, anche questo principio generale che aveva trovato applicazione sinora nella sfera online assurge ora a cardine del sistema audiovisivo nel suo insieme.

Altre integrazioni ai principi generali riguardano alcune garanzie qualitative a favore degli utenti: oltre all'accesso a «un'ampia varietà di informazioni e di contenuti offerti» da una pluralità di soggetti nazionali ed esteri, e oltre alla diffusione di «un congruo numero di programmi radiotelevisivi nazionali e locali in chiaro», si è aggiunto (art. 4, comma 2, lett. c) un ulteriore punto, vale a dire la garanzia di «adeguati livelli qualitativi dei servizi di media audiovisivi». Trattasi di una novella impegnativa e delicata perché il giudizio sulla qualità dei servizi può implicare valutazioni non solo tecniche ma anche il riferimento a contenuti ideologici e valoriali, ove entrerebbe in gioco un apprezzabile margine di discrezionalità soggettiva da parte del valutatore. Un'altra novità è costituita dalla facoltà data al Ministero dello sviluppo economico (in intesa con l'Agcom) di promuovere, per il tramite dei fornitori di servizi media, programmi di «alfabetizzazione mediatica e digitale», su tali piani è previsto il monitoraggio e la relazione periodica dell'Agcom (art. 4, comma, 3). Infine, altri principi generali riguardano la tutela dei dati personali, nonché l'emittenza locale, ma qui viene ripreso il contenuto del vecchio testo unico.

Per quanto riguarda l'oggetto del Tusma, e quindi per relazione anche la tipologia dei soggetti a esso sottoposti, si recepisce una delle principali innovazioni della direttiva di riforma del 2018, cioè l'inclusione dei «servizi di piattaforma per la condivisione di video» generati dagli utenti; inoltre, rispetto al Tusmar, si menzionano esplicitamente le «comunicazioni commerciali audiovisive» (art. 1, comma 2)²⁷. Una delle maggiori novità²⁸ della revisione della direttiva SMAV del 2018 è stata proprio l'inserimento delle cosiddette *Video-sharing platforms* nella regolazione dell'audiovisivo: del resto, mentre la precedente direttiva 2007/65 veniva elaborata la principale piattaforma di condivisione video (*Youtube*) immetteva in rete, siamo nel 2006, il proprio servizio. La natura ibrida e di confine del servizio di video-sharing aveva portato la Corte di Giustizia Ue a non sancire una generale assimilazione ai servizi di media audiovisivi²⁹, lasciando così intatta l'asimmetria regolamentare rispetto all'audiovisivo più tradizionale. La nuova normativa, recepita dal

²⁶ Si veda, S. SASSI, *Disinformazione contro costituzionalismo*, Napoli, 2021.

²⁷ Tusma, art. 1, comma 2. «Formano oggetto del testo unico le disposizioni in materia di servizi di media audiovisivi, quali la trasmissione di programmi televisivi, sia lineari che a richiesta, di programmi radiofonici e di programmi-dati, anche ad accesso condizionato, nonché la fornitura di servizi interattivi associati e di servizi di accesso condizionato su qualsiasi piattaforma di diffusione, comprese le comunicazioni commerciali audiovisive ed i servizi di piattaforma per la condivisione di video».

²⁸ G. ABBAMONTE, *Le nuove norme sulle piattaforme Internet*, in G. ABBAMONTE, E. APA, O. POLLICINO (a cura di), *La riforma del mercato audiovisivo europeo*, cit., 71 ss.

²⁹ Corte di Giustizia dell'Unione europea, Causa C-132/17, sentenza 21 febbraio 2018, ove si precisa che la nozione di servizio di media audiovisivo contenuta nella direttiva 2010/13, all'art. 1 par. 1, lett. a), «non comprende né un canale video, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, sul quale gli utenti di Internet possano consultare brevi video promozionali [...] né uno solo di tali video considerati separatamente». La pronuncia riguarda in realtà solo l'uso promozionale del video diffuso dalla piattaforma, e forse diversa a conclusione sarebbe giunta nel caso di contenuto informativo, educativo o di intrattenimento. Si veda sul punto, G. DE SANCTIS, *La revisione della Direttiva servizi media audiovisivi – Le nuove norme sulle video-sharing platforms*, in G. ABBAMONTE, E. APA, O. POLLICINO (a cura di), *La riforma del mercato audiovisivo europeo*, cit., 91 ss.

Tusma, prova a ricondurre invece tali piattaforme, che registrano una fruizione di grandissimo rilievo specialmente tra il pubblico giovanile, entro una disciplina il più possibile integrata con i servizi media audiovisivi, soprattutto per ciò che riguarda il rispetto di alcuni obblighi generali come la tutela dei minori e degli utenti.

Quindi la tipologia di servizi di media assoggettati alla nuova disciplina si sdoppia: da un lato, i servizi media audiovisivi per così dire tradizionali, radiofonici e televisivi, comprensivi della distinzione tra programmi lineari e non lineari, diffusi tramite qualsiasi rete di comunicazione elettronica; dall'altro lato, i servizi di piattaforma per la condivisione di video, in cui vengono diffusi programmi o video generati dagli utenti, o entrambi, sempre attraverso reti di comunicazione elettronica (Tusma, art. 3, comma 1, lett. a) b) e c). Per il testo unico entrambi i servizi devono diffondere al grande pubblico i loro contenuti al «fine di informare, intrattenere o istruire»: non vi è differenza da questo punto di vista tra servizi «maggiori» o «minori». Il medesimo riferimento al grande pubblico come destinatario dei contenuti appare però difficilmente applicabile nella stessa maniera ai servizi di media e a quelli di piattaforma di condivisione, i quali ad esempio presuppongono spesso una registrazione per accedere: il criterio sembra assumere un valore sicuramente qualitativo più che quantitativo, riferibile alla finalità ultima per la quale viene diffuso l'audiovisivo. Si può brevemente annotare anche un altro profilo in merito ai contenuti divulgati. Il Tusma, riprendendo fedelmente le definizioni date dal legislatore europeo, afferma che i servizi di media audiovisivi consistono nella diffusione di «programmi» (lineari o non lineari), mentre i servizi di piattaforma possono trasmettere «programmi o video generati dagli utenti o entrambi». Quando però viene data la definizione di «programma» il decisore interno (come quello sovranazionale) si riferisce esclusivamente a contenuti audiovideo ricavabili dal palinsesto di «un fornitore di servizi di media» (art. 3, comma 1, lett. g). La disposizione non mette certo al sicuro dalla emersione di casi dubbi collocabili in una zona intermedia tra le due fattispecie di servizi.

La vera discrepanza tra fornitori di servizi di media e video-sharing platforms si riscontra però nel regime giuridico della responsabilità³⁰ per i programmi divulgati, che è modellata sulla diversità tecnica e aziendale dei soggetti erogatori dei servizi. Mentre per l'audiovisivo più tradizionale l'impresa, cioè il «fornitore di servizi di media», corrisponde a chi ha «la responsabilità editoriale della scelta del contenuto audiovisivo del servizio di media audiovisivo e che ne determina le modalità di organizzazione» (art. 3, comma 1, lett. d), la stessa cosa non può essere affermata per il fornitore di piattaforma per la condivisione di video, che per il Tusma non ha alcuna «responsabilità editoriale». Entra qui chiaramente in gioco l'annosa questione della responsabilità giuridica delle figure dei providers, cioè dei gestori dei servizi di accesso a Internet e di memorizzazione dei contenuti³¹. L'inclusione delle piattaforme video entro la disciplina generale dell'audiovisivo rientra in quella tendenza delle politiche europee – avviata nel 2016 e

³⁰ G. DE SANCTIS, *La revisione della Direttiva servizi media audiovisivi – Le nuove norme sulle video-sharing platforms*, cit., 89, ove si afferma che: «L'elemento chiave per tracciare una linea di demarcazione tra i servizi di media audiovisivi a richiesta e le *Video-sharing platforms* sembra essere quindi proprio la responsabilità editoriale».

³¹ M.R. ALLEGRI, *Ubi social, ibi jus. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Milano, 2018; M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, Roma, 2019, 110 ss.; O. POLLICINO, *Ruoli e responsabilità in rete*, in G.E. VIGEVANI, O. POLLICINO, C. MELZI D'ERIL, M. CUNIBERTI, M. BASSINI, *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2019, 333 ss.

ormai consolidatasi³², di cui la direttiva 2018/1808 è stata importante tassello – volta a responsabilizzare le grandi piattaforme di rete, secondo una evoluzione (suffragata anche dalla giurisprudenza della CGUE)³³ rispetto al regime di neutralità fissato dalla risalente direttiva sul commercio elettronico (direttiva 2000/31). Nel caso specifico, il Tusma, oltre ad assoggettare i portali di video-sharing ai principi generali sopra citati, stabilisce per essi una serie di doveri speciali agli artt. 41 e 42. Merita menzione l’art. 42, comma 1, in cui si fissano misure adeguate che, fatte salve le disposizioni del decreto legislativo n. 70 del 2003 (Codice del commercio elettronico) sulla responsabilità degli Internet provider (da art. 14 a art. 17), le piattaforme sono tenute ad adottare per tutelare: a) i minori da programmi, video generati dagli utenti e comunicazioni commerciali audiovisive che possano nuocere al loro sviluppo fisico, mentale o morale; b) il grande pubblico da programmi, video generati dagli utenti e comunicazioni commerciali audiovisive che istighino alla violenza o all’odio nei confronti di un gruppo di persone o un membro di un gruppo; c) il grande pubblico da contenuti la cui diffusione costituisce reato ai sensi del diritto vigente negli Stati membri dell’Unione europea, con particolare riferimento alla pubblica provocazione a commettere reati di terrorismo (direttiva 2017/541), ai reati di pedopornografia (direttiva 2011/93) ai reati di stampo razzista o xenofobo ai sensi dell’articolo 1 della decisione quadro 2008/913/GAI; d) inoltre, le video-sharing platforms sono tenute a rispettare le norme sulle comunicazioni commerciali audiovisive contenute nel Tusma medesimo. Siamo di fronte a doveri sicuramente più circoscritti rispetto a quelli previsti per i fornitori di servizi di media, ma si tratta sicuramente di una responsabilizzazione ulteriore per le piattaforme di Internet, le quali, almeno per il contrasto ai discorsi d’odio, sono già sottoposte alla auto-regolamentazione tramite l’adesione al Codice apposito sottoscritto sotto l’egida della Commissione europea. Il regime giuridico delle piattaforme di condivisione video appare comunque uno snodo problematico, in cui si sovrappongono varie fonti del diritto europeo e nazionale: oltre alla disciplina sull’audiovisivo occorre anche considerare la prossima entrata a regime del regolamento 2022/2065 (cosiddetto *Digital Services Act* prevista per metà febbraio 2024); tutte norme che dovranno convivere con la già richiamata (e ben più risalente) disciplina sul commercio elettronico (d. lgs. 70 del 2003) ancora in vigore.

4. Tutela del pluralismo e *governance* del sistema

Si è già anticipato che la sentenza della CGUE sul “caso *Vivendi-Mediasef*” è stata tenuta in debito conto nella novazione normativa. Essa difficilmente poteva avere un effetto

³² Si fa riferimento a quell’insieme che comprende non solo atti normativi di regolamentazione (direttive e regolamenti) ma anche atti di *soft law*, in genere tutti implicanti procedure di coregolamentazione o autoregolamentazione che coinvolgono le grandi compagnie di Internet. Si possono ad esempio citare il Codice per il contrasto ai discorsi d’odio (2016), il Codice di buone pratiche sulla disinformazione (2018 poi aggiornato con il c.d. Codice “rafforzato” dl 2022), la direttiva sul diritto d’autore (2019/790), nonché il regolamento denominato *Digital Markets Act* (2022/1925) e quello definito *Digital Services Act* (2022/2065).

³³ M.R. ALLEGRI, *Il futuro digitale dell’Unione europea: nuove categorie di intermediari digitali, nuove forme di responsabilità*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, cit.; F. GRAZIADEI, *Mercati Digitali e informazione online: la mano delicata ma decisa dell’Unione europea con il Digital Services Act ed il Digital Market Act*, in *Medialaws*, 18 luglio 2022.

diverso da quello, segnalato da autorevole dottrina³⁴, di mutare radicalmente il paradigma sinora usato dal legislatore statale nella definizione delle norme antitrust. E sebbene nella delega legislativa il Parlamento non specificasse i principi e i criteri guida della nuova disciplina, fatto stigmatizzato come produttivo di un conseguente eccesso di delega o di "delega in bianco"³⁵, il legislatore delegato³⁶ ha accolto l'impostazione suggerita dai magistrati europei eliminando ogni limite *ex ante* alle concentrazioni di potere mediatico, sia a livello monomediale che multimediale. La nuova disciplina a tutela del pluralismo e della concorrenza – concetti distinti come ha ricordato l'Agcom nei pareri preventivi alla emanazione del nuovo testo unico³⁷ – si trova pertanto fissata nel combinato disposto dell'art. 5, dedicato ai «principi generali» a «salvaguardia del pluralismo e della concorrenza», e dell'art. 51 del Tusma, che da solo costituisce l'intero Titolo VI riservato a «Norme a tutela del pluralismo».

In luogo del divieto di costituire «posizioni dominanti [...] o comunque lesive del pluralismo» (art. 43, commi 1 e 5, Tusmar), l'art. 51, comma 1, prevede, per i soggetti operanti nel sistema integrato delle comunicazioni il divieto di conseguire «posizioni di significativo potere di mercato lesive del pluralismo, nel mercato e nei servizi di informazione». Come si verifica tale parametro? Il superamento di soglie predeterminate *ex ante*, storico metodo utilizzato nella legislazione nazionale prima per la sola stampa e poi per la radiotelevisione, è stato del tutto abolito; sono indicate alcune quote idonee a costituire meri «indici sintomatici di una posizione di significativo potere di mercato potenzialmente lesiva del pluralismo» (art. 51, comma 3), valevoli però all'unico fine di attivare l'obbligo di notifica indicato nel medesimo comma 3 per le operazioni di intese o

³⁴ M. OROFINO, *SIC...transit gloria mundi. La Corte di giustizia dichiara le soglie asimmetriche del sistema integrato delle comunicazioni incompatibili con la libertà di stabilimento. (Corte di giustizia dell'Unione europea Quinta Sezione, Sentenza 3 settembre 2020 - causa C-719/18 - Vivendi SA v. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e Mediaset)*, Osservatorio Costituzionale, 6, 2020, 217, ove «Tuttavia non c'è dubbio che il *reasoning* della Corte di giustizia metta facilmente in crisi il sistema in sé del SIC e delle soglie come strumento per tutelare il pluralismo, negando alla radice il fatto che esso sia idoneo al raggiungimento dell'obiettivo che con esso il Legislatore si prefiggeva».

³⁵ O. GRANDINETTI, *La tutela del pluralismo nel nuovo Testo unico sui servizi di media audiovisivi*, in *Medialaws*, anticipazione fascicolo 2, 2022, 4 ss., ove «Si pone anzitutto un problema di eccesso di delega, poiché l'art. 3 l. n. 53/2021 non contiene alcun criterio o principio che giustifichi la modifica della disciplina a tutela del pluralismo, né si riscontrano criteri idonei a circoscrivere un intervento del Governo in merito».

³⁶ Governo della Repubblica Italiana, *Relazione illustrativa* al d. lgs. 208 del 2021, 9, ove si legge che «Per adeguarsi ai principi della Corte Europea si prevede un obbligo di notifica in caso di superamento delle soglie e una approfondita istruttoria».

³⁷ Agcom, *Integrazione del parere relativo allo schema di decreto legislativo recante attuazione della Direttiva (UE) 2018/1808*, 23 settembre 2021, 2, ove si precisa che la concorrenza deve essere considerata «sì un bene giuridico primario, ma strumentale al perseguimento e alla garanzia di un altro bene costituzionalmente garantito (art. 21 Cost.), vale a dire il pluralismo dei mezzi di comunicazione». Nel parere precedentemente fornito (in data 14 settembre) l'Agcom non aveva fatto alcun cenno all'art. 51 del nuovo testo unico dedicato alla tutela del pluralismo. Un parere emanato dalla Autorità garante per la concorrenza e il mercato stimola l'integrazione dell'Agcom, con toni molto decisi a rimarcare che è il pluralismo il bene tutelato e non la concorrenza. Sempre nella medesima *Integrazione* si legge infatti che le considerazioni della Autorità garante per la concorrenza «muovono dalla errata premessa che la normativa oggetto di esame sia intesa alla tutela della concorrenza e, pertanto, coinvolga anche le funzioni della autorità a ciò deputata, laddove invece scopo precipuo della normativa in esame è la salvaguardia del pluralismo».

di concentrazioni economiche³⁸. La disposizione in oggetto fissa quindi l'obbligo chiave della notifica all'Autorità di garanzia come principale strumento di tutela del pluralismo, delegando poi alla Autorità la decisione finale post istruttoria in base ai parametri indicati nel testo unico.

Nel regolare l'istituto della notifica, però, l'art. 51, comma 3, sembrerebbe istituire una sorta di doppio binario. Si sancisce, infatti, che sono tenuti a notificare all'Autorità le operazioni aziendali quei soggetti operanti nel sistema integrato delle comunicazioni che presentano un fatturato superiore ai valori indicati nell'art. 16 della legge n. 287 del 1990³⁹. Ma si aggiunge in seguito che anche i soggetti che «versino» nelle condizioni configurate come «indici sintomatici»⁴⁰ della posizione di significativo potere di mercato devono parimenti adempiere al medesimo obbligo di notifica. Poteva forse sorgere un minimo dubbio in relazione al significato del predicato “versare” usato nella disposizione, se cioè il semplice fatto di realizzare uno degli indici sintomatici costituisse già motivo per far scattare la notifica, a prescindere da operazioni di mercato. Così come un'altra incertezza risiedeva nel mancato riferimento nella nuova disciplina al Registro degli operatori della comunicazione: mentre il Tusmar era esplicito nell'indicare come fossero proprio i soggetti iscritti al Roc i destinatari delle norme a tutela del pluralismo, il nuovo testo unico parla genericamente di «soggetti che operano» nel Sic che, come è stato notato, non coincidono affatto con i primi⁴¹. Si è usato il passato perché il Regolamento adottato dall'Agcom⁴², in ottemperanza del Tusma, è su entrambi i punti assai più esplicito di quest'ultimo. L'art. 4 del Regolamento afferma chiaramente che la notifica preventiva

³⁸ Agcom, *Integrazione del parere*, cit., 5, ove si esplicita come «La vera novità è che con la modifica normativa si passa da un sistema di soglie rigidamente prefissate *ex ante*, ad un sistema che dispone adeguate verifiche in concreto (attraverso le analisi di mercato condotte da questa Autorità) delle possibili violazioni del pluralismo, prescindendo da un'applicazione puramente “automatica” delle soglie di concentrazione».

³⁹ Trattasi dei soggetti operanti nel SIC e coinvolti nell'intesa o nell'operazione di concentrazione che fatturino più di 511 milioni di euro, o, nel caso di concentrazioni, se l'impresa target fatturi più di 31 milioni di euro.

⁴⁰ Tusma, art. 51, comma 3, indica i seguenti indici sintomatici: «a) soggetti che conseguono ricavi superiori al 20 per cento dei ricavi complessivi del sistema integrato delle comunicazioni o ricavi superiori al 50 per cento in uno o più dei mercati che lo compongono; b) soggetti che conseguono ricavi superiori al 20 per cento dei ricavi complessivi nei mercati della fornitura al dettaglio di servizi di comunicazioni elettroniche, per come definiti dal decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, e che contestualmente conseguano più del 10 per cento dei ricavi complessivi del sistema integrato delle comunicazioni e più del 25 per cento dei ricavi in uno o più mercati che lo compongono; c) soggetti che conseguano ricavi superiori all'8 per cento dei ricavi complessivi del sistema integrato delle comunicazioni e che contestualmente abbiano o acquisiscano partecipazioni in imprese editrici di giornali quotidiani, con l'eccezione delle imprese editrici di giornali quotidiani diffusi esclusivamente in modalità elettronica; d) soggetti titolari di autorizzazioni che consentano di diffondere più del 20 per cento del totale dei programmi televisivi o più del 20 per cento dei programmi radiofonici irradiati su frequenze terrestri in ambito nazionale mediante le reti previste dal piano nazionale di assegnazione delle frequenze televisive in tecnica digitale».

⁴¹ O. GRANDINETTI, *La tutela del pluralismo nel nuovo Testo unico sui servizi di media audiovisivi*, cit., 7-8.

⁴² Agcom, Delibera 265/22, 19 luglio 2022, *Regolamento recante la disciplina dei procedimenti in materia di autorizzazione ai trasferimenti di proprietà delle società radiotelevisive e dei procedimenti in materia di tutela del pluralismo di cui all'articolo 51, commi 3, 4, 5, 6 e 7, del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 208*.

deve essere comunicata solo per «le intese e le operazioni di concentrazione» – dunque non anche, come era del resto intuibile, per il mero rientro in uno degli “casi sintomatici” –, e precisa anche quale deve essere la natura dei soggetti coinvolti in tali iniziative economiche. Ebbene, sia che si tratti di obbligo di notifica per fatturato rilevante *ex* legge 247/1990 e sia che per compimento degli «indici sintomatici», le intese e le operazioni oggetto di istruttoria saranno quelle che avvengono «tra soggetti che operano tutti nel Sic» nonché quelle nelle quali «anche solo una delle parti operi nel medesimo sistema e l'altra rientri tra i soggetti obbligati all'iscrizione al Roc». Nella ipotesi di obbligo di notifica per compimento degli indici sintomatici, questi devono essere però riferiti ai soli soggetti attivi nel Sic⁴³.

Eliminati quindi i novecenteschi limiti *ex ante* a salvaguardia del pluralismo, il Tusma si affida a un sistema più flessibile che valorizza il ruolo della Autorità amministrativa indipendente, indicando quali devono essere i criteri da impiegare per valutare se si è in presenza o meno di una significativa posizione di mercato lesiva del pluralismo: a questo proposito, il comma 5 dell'art. 51 elenca dieci parametri, in parte già presenti nell'art. 43 del Tusmar o nelle delibere dell'Agcom⁴⁴. Il superamento del sistema delle soglie preventive, pur valorizzate costantemente dalla giurisprudenza costituzionale (sentt. 420/1994, 466/2002), determina una penetrazione maggiore del diritto generale della concorrenza nell'ordinamento dell'informazione, assecondando non solo gli effetti della

⁴³ Agcom, *Regolamento autorizzazioni trasferimenti*, cit., art. 4, comma 1, «Sono oggetto della notifica preventiva di cui all'art. 51, comma 3, del Testo Unico: a) le intese e le operazioni di concentrazione che intervengono tra soggetti operanti nel Sistema Integrato delle Comunicazioni (SIC), nonché le intese e le operazioni di concentrazione nelle quali anche solo una delle parti sia un soggetto operante nel medesimo sistema e l'altra rientri tra i soggetti obbligati all'iscrizione al ROC (ai sensi dell'art. 1, comma 6, lettera a), numero 5), della legge 31 luglio 1997, n. 249), qualora il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate, e il fatturato totale realizzato individualmente a livello nazionale da almeno due delle imprese interessate, superi le soglie indicate all'art. 16 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 e s.m.i., come aggiornate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con proprio provvedimento, ai sensi della medesima previsione normativa; b) le intese e le operazioni di concentrazione che intervengono tra soggetti che operano tutti nel SIC, nonché le intese e le operazioni di concentrazione nelle quali anche solo una delle parti operi nel medesimo sistema e l'altra rientri tra i soggetti obbligati all'iscrizione al ROC (ai sensi dell'art. 1, comma 6, lettera a), numero 5), della legge 31 luglio 1997, n. 249), qualora una (o più) delle parti operanti nel SIC: [segue elenco degli indici sintomatici indicati dal Tusma, si veda nota n. 40]».

⁴⁴ Tali criteri sono: i ricavi (presente nel Tusmar); il livello di concorrenza statica e dinamica all'interno del sistema (nel Tusmar solo «livello di concorrenza all'interno del sistema», aggiunto «statica e dinamica»); le barriere all'ingresso nello stesso (Tusmar); la convergenza fra i settori e mercati (nuovo); le sinergie derivanti dalle attività svolte in mercati differenti ma contigui (previsto nelle delibere Agcom); l'integrazione verticale e conglomerale delle società (nuovo); la disponibilità ed il controllo di dati (nuovo); il controllo diretto o indiretto di risorse scarse necessarie, quali le frequenze trasmissive (nuovo); le dimensioni di efficienza economica dell'impresa, anche in termini di economie di scala (Tusmar e delibere Agcom), di gamma e di rete; gli indici quantitativi di diffusione dei programmi radiotelevisivi, anche con riferimento ai programmi di informazione, delle opere cinematografiche, dei prodotti e servizi editoriali e online (quasi uguale a Tusmar, era assente il riferimento ai «programmi di informazione»). Cfr., O. Grandinetti, ... cit., 4, che cita anche l'art. 4-bis della legge di conversione (legge n. 159 del 2020) del decreto legge n. 125/2020, che ha fornito una prima risposta alla sentenza della CGUE sul caso Vivendi.

già citata sentenza della CGUE ma una tendenza già presente nel Tusmar, che affidava l'analisi del pluralismo nei singoli mercati componenti il Sic all'Agcom, delegata anche a definire quei medesimi mercati. Sono comprensibili le critiche che autorevole dottrina ha mosso al nuovo impianto, sino a metterne in dubbio la costituzionalità, osservando che il legislatore delegato avrebbe operato eccedendo la delega parlamentare, e che la preferenza accordata ai concetti necessariamente indeterminati del diritto antitrust rispetto ai limiti preventivi del diritto pubblico sia meno idonea a difendere le ragioni del pluralismo delle opinioni; giungendo infine a suggerire che sarebbe stato allora meglio impiegare il criterio dell'audience per scongiurare non solo la posizione dominante quanto la vera nemica del pluralismo, cioè la "opinione dominante"⁴⁵. La pertinenza di tali valutazioni deve però confrontarsi con un quadro regolamentare e soprattutto tecnologico molto diverso rispetto all'epoca delle "soglie", che furono pensate in un clima di monomedialità e di scarsità, prima assoluta e poi relativa, delle risorse trasmissive. Le comunicazioni elettroniche hanno ormai reso fruibile a chiunque l'accesso all'audiovisivo superando definitivamente ogni problema di carenza dei mezzi: dal punto di vista quantitativo almeno il pluralismo non pare correre rischi, o comunque non si tratta più di quelli che abbiamo conosciuto nel passato anche recentissimo.

Se il Tusma appare sostanzialmente adeguato alla realtà tecnologica, restano aperti alcuni interrogativi riguardo alla *governance* complessiva del sistema, a cui si farà solo brevemente cenno. Non solo per ciò che concerne la tutela del pluralismo, ma anche per altri aspetti centrali della disciplina dei servizi audiovisivi, il ruolo riservato all'Autorità amministrativa nazionale, a sua volta coordinata a quella europea (ERGA)⁴⁶, è cresciuto rispetto alla precedente legislazione. Ne dà testimonianza il parere del Consiglio di Stato nel quale si osserva come, «L'apparato di attuazione della normativa in esame è rimesso, pressoché integralmente, a regolamenti dell'Agcom. Ciò sembra corrispondere a una tendenza ormai consolidata nell'ordinamento italiano, in particolare per i servizi regolati come nel settore in esame, e risulta coerente anche con le prescrizioni rinvenibili in proposito nel diritto dell'Unione europea. Nondimeno, il suddetto fenomeno dovrebbe suggerire la necessità di presidiare anche quella produzione normativa di livello secondario con i mezzi propri dell'ordinamento. Quei regolamenti, infatti, sono destinati a disciplinare fattispecie che incidono direttamente su posizioni soggettive e sovente daranno consistenza normativa a proposizioni che nella direttiva europea e nel decreto legislativo riservano margini cospicui di adattamento e d'interpretazione, rimettendo di fatto l'effettivo rispetto della delega a tale livello di regolazione»⁴⁷.

Si tratta di una precisazione importante, il Tusma è ricco di rimandi a regolamenti da emanarsi da parte dell'Autorità indipendente, non vi è praticamente parte dell'articolato che non la coinvolga nella attuazione del dettato normativo, con un considerevole impatto sui diritti fondamentali in gioco. Autorevole dottrina⁴⁸ rinviene nel diritto europeo un fattore importante di legittimazione di tale pratica regolatoria. Proprio nell'ambito della

⁴⁵ O. GRANDINETTI, *La tutela del pluralismo nel nuovo Testo unico sui servizi di media audiovisivi*, cit., 6-8. Per l'A. vi sarebbe un eccesso di delega che farebbe concludere per una dubbia legittimità costituzionale. Per argomentare tale rilievo viene citato il parere definitivo del Consiglio di Stato che notava come il contenuto dell'art. 51 non dipendesse solo dalla "sentenza Vivendi", invitando il governo a illustrare meglio le ragioni delle scelte operate.

⁴⁶ Tusma, art. 3, comma 1, lett. bbb) definisce l'«ERGA» come «il Gruppo dei regolatori europei per i servizi di media audiovisivi». Si veda anche, la direttiva 2010/13/UE, art. 30, come modificata dalla direttiva 2108/1808/UE.

⁴⁷ Consiglio di Stato, Sez. Atti Normativi, Affare 00944/2021, Parere n. 01582/2021, cit.

⁴⁸ M. OROFINO, *La normativa a tutela dei minori nel Testo Unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi con uno sguardo rivolto al regolamento (UE) 2022/2065*, in *Medialaws*, 3, 2022, 88.

società digitale dell'informazione, l'Unione europea ha impostato la normazione più recente (protezione dei dati, regolamento *Digital Services Act*, Codice rafforzato contro la disinformazione) sul ruolo centrale delle Autorità amministrative nazionali e della Autorità centrale europea (che risponde alla Commissione), valorizzando congiuntamente quelle procedure di co-regolamentazione e di auto-regolamentazione che coinvolgono direttamente le grandi piattaforme del web, le quali sovente finiscono con l'assumere l'ambiguo profilo del regolato-regolatore.

Questa tendenza non solo rafforza il potere regolatorio pubblico secondario (scavalcando la sede della rappresentanza democratica: dalla legge al provvedimento) ma rischia pure di modificarlo: qualora l'intervento dei regolati non si limitasse alla rappresentazione di interessi ma divenisse fattore attivo strutturale della regolazione. Si tratta di un processo legittimo che pone però delle domande. In primo luogo, sulla indipendenza⁴⁹ e sulla neutralità politica dell'Autorità amministrativa, i cui membri sono emanazione indiretta del circuito democratico rappresentativo, del quale talora diventano – o ritornano a essere – protagonisti dopo il mandato. Forse una revisione della legge n. 249 del 1997⁵⁰ potrebbe essere ormai utile nel senso di specificare più dettagliatamente il regime delle incompatibilità o dei requisiti di nomina (specie in relazione ai rapporti con i soggetti politici o alla copertura di altre cariche pubbliche rappresentative). Anche il numero dei commissari dell'Autorità, dimezzato nel tempo dagli otto iniziali ai quattro attuali, appare incongruo rispetto allo spettro di competenze assegnate. In secondo luogo, sorge una questione più generale, che anche chi condivide la tendenza in atto molto opportunamente nota, e cioè che «Il tema di come bilanciare l'espansione del ruolo delle autorità indipendenti preservando i circuiti di decisione politica deve tornare ad essere al centro della riflessione della dottrina. Questo perché le norme del cd. Pacchetto digitale vanno tutte nella direzione qui osservata e richiedono evidentemente dei correttivi per evitare che i Parlamenti ed i Governi nazionali risultino completamente esclusi dalla loro attuazione»⁵¹.

5. Tutela dei minori

La direttiva 2018/1808 ha rafforzato la tutela dei minori estendendo la gamma dei servizi audiovisivi soggetti alle norme di salvaguardia⁵², includendo non più solo le trasmissioni lineari ma anche quelle a richiesta, e indicando inoltre obblighi specifici anche per le piattaforme di condivisione video – molto frequentate dai giovani. In virtù della recezione della normativa europea il Tusma contiene quindi una disciplina a tutela dei minori più

⁴⁹ F. SCIACCHITANO, *L'indipendenza delle Autorità nazionali di regolamentazione nella nuova Direttiva SMAV e nel diritto comunitario*, in G. ABBAMONTE, E. APA, O. POLLICINO (a cura di), *La riforma del mercato audiovisivo europeo*, cit., 169 ss.

⁵⁰ L'art 9, comma 3, del Tusma relativo alla Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, rimanda all'art. 1 della legge 249/1997 – l'unico ancora in vigore, essendo abrogato il resto del testo – circa la composizione dell'organismo.

⁵¹ M. OROFINO, *La normativa a tutela dei minori nel Testo Unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi con uno sguardo rivolto al regolamento (UE) 2022/2065*, cit., 91.

⁵² F. DONATI, *La tutela dei minori nella Direttiva (UE) 2018/1808*, in G. Abbamonte, E. Apa, O. Pollicino (a cura di), *La riforma del mercato audiovisivo europeo*, cit., 125 ss.

estesa e rafforzata rispetto al Tusmar⁵³. Un primo riferimento ai minori lo troviamo, all'interno del Titolo I dedicato ai Principi generali, nell'art. 7 riservato alle «trasmissioni transfrontaliere». Nella disposizione si descrive la complessa procedura (che coinvolge l'Autorità nazionale, emittenti straniere e la Commissione, e per la quale si rimanda al testo unico) che può portare l'Agcom a sospendere provvisoriamente le trasmissioni provenienti da un fornitore di servizi soggetto alla competenza di uno Stato estero qualora i contenuti diffusi, «possono nuocere gravemente allo sviluppo fisico, mentale o morale dei minori di anni diciotto, in particolare di programmi che contengono scene pornografiche o di violenza gratuita, a meno che la scelta dell'ora di trasmissione o qualsiasi altro accorgimento tecnico escludano che i minori che si trovano nell'area di diffusione assistano normalmente a tali programmi» (art. 7, comma 2, lett. a). Da notare come tale ipotesi – che appare comunque avvolta in una certa indeterminazione – figuri al primo posto tra le cinque fattispecie che possono far scattare il rimedio estremo della interruzione temporanea.

Ma è nel Titolo IV del Tusma, ove è dettata la disciplina dei contenuti dei servizi di media audiovisivi a protezione dei principali diritti fondamentali, che troviamo gli artt. 37 e 38 posti specificamente a tutela dei minori. L'art. 37, comma 1, contiene un divieto generale che riguarda tutti i servizi di media lineari, per i quali sono «vietate le trasmissioni televisive *gravemente nocive* allo sviluppo fisico, psichico o morale dei minori, e, in particolare, i programmi che presentano scene di violenza gratuita o insistita o efferata ovvero scene pornografiche, nonché i film la cui proiezione o rappresentazione in pubblico ai minori di anni diciotto sia stata vietata dalle Autorità a ciò competenti». I fornitori si adeguano a tali divieti adempiendo le norme di dettaglio emanate dalla Autorità nazionale mediante procedimento di co-regolamentazione. Per i servizi a catalogo (non lineari), il comma 3 dell'art. 37, stabilisce che i contenuti di cui al comma 1 sono invece trasmissibili solo a condizione che il fornitore impieghi dispositivi tali «da escludere che i minori vedano o ascoltino normalmente tali servizi e comunque con imposizione di un sistema di controllo specifico e selettivo che vincoli alla introduzione del sistema di protezione». Spetterà sempre all'Autorità amministrativa, anche se d'intesa con il Ministero dello Sviluppo economico e sentiti l'Autorità garante per l'infanzia e il Comitato di applicazione del Codice di autoregolamentazione media e minori, fissare, tramite coregolamentazione, le norme di dettaglio.

Le trasmissioni (in chiaro o a pagamento) che “solamente” «possono nuocere» allo sviluppo dei fanciulli (non gravemente nocive, quindi) o vietate ai minori di anni quattordici non subiscono un divieto assoluto, possono infatti essere trasmesse in orario non protetto (dalle 23 alle 7) o essere accompagnate da accorgimenti tecnici che escludano che i minori che si trovano nell'area di diffusione vedano o ascoltino normalmente tali programmi (art. 37, comma 2). Sarà il medesimo regolamento adottato dall'Autorità (ai sensi del comma 1) a definire i criteri con cui distinguere le opere e la loro nocività, e a indicare gli strumenti tecnologici per escludere i minori dalla visione.

Tutti i fornitori di servizi di media diffusi su qualsiasi canale o piattaforma soggiacciono all'obbligo generale previsto dall'art. 37, comma 6, di rispettare le disposizioni a tutela dei minori previste dal Codice di autoregolamentazione media e

⁵³ Per la tutela dei minori nel Tusmar: S. VENTURINI, *Autoregolamentazione e coregolamentazione nell'audiovisivo*, in F. BASSAN, E. TOSI (a cura di), *Diritto degli audiovisivi. Commento al nuovo Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici*, cit., 349 ss.; L. MUSELLI, *La tutela dei minori*, in V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *La nuova televisione europea*, cit., 149 ss.

minori. Per i soli fornitori di servizi (non sono menzionate le piattaforme), invece, è prevista l'adozione «di specifiche misure a tutela dei minori nella fascia oraria di programmazione compresa tra le ore 16 e le ore 19 e all'interno dei programmi direttamente rivolti ai minori, con particolare riguardo ai messaggi pubblicitari» (comma 7).

Accanto ai divieti, l'art. 37 propone anche azioni positive in favore di un rapporto virtuoso tra minori e audiovisivo. Il comma 10 prevede che il Ministero possa d'intesa con il Ministro dell'istruzione, con l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza e con il Presidente del Consiglio dei ministri ovvero, se nominata, con l'Autorità delegata all'editoria, disporre la realizzazione di iniziative scolastiche per un uso corretto e consapevole del mezzo televisivo; anche mediante trasmissioni dedicate agli adulti e attraverso i canali del servizio pubblico. L'art. 38 fissa le sanzioni in caso di inosservanza degli obblighi previsti dal testo unico, si tratta di sanzioni amministrative (da trentamila a seicentomila euro) e nei casi più gravi della sospensione della autorizzazione a trasmettere da sette a centottanta giorni. Per la violazione dell'art. 37, comma 3, cioè divieto di trasmettere contenuti gravemente nocivi, si prevede la sanzione della disattivazione dell'impianto⁵⁴.

Quando il Tusma passa a disciplinare, negli artt. 41 e 42, le piattaforme per la condivisione di video non mancano i riferimenti alla posizione dei minori. Il grande uso di questi canali da parte del pubblico adolescenziale e giovanile è uno dei motivi per cui le piattaforme di video-sharing sono state inglobate nella regolazione dell'audiovisivo. La loro natura giuridica (come accennato, sia pure in breve, nel terzo paragrafo) li pone però in una area intermedia e di confine in cui si sovrappongono altre normative, come quella sul commercio elettronico che esonera la responsabilità dei providers o quella sui servizi digitali che responsabilizza invece le compagnie web su taluni profili di attività. L'art. 41, comma 7, fa riferimento alla facoltà di limitare le comunicazioni provenienti da una piattaforma di condivisione di video che ha sede in uno Stato membro adottando la procedura prevista dal Codice del commercio elettronico (art. 5, d. lgs. 70/2003): nel rispetto però degli artt. da 14 a 17 di quest'ultimo che esonerano dalla responsabilità del controllo diretto e preventivo le piattaforme. Tra le ipotesi che consentono l'attivazione di tale procedura, figura alla lett. a) «la tutela dei minori da contenuti che possono nuocere al loro sviluppo fisico, psichico o morale a norma dell'art. 38, comma 1». L'art. 42, comma 1, indica le misure di tutela che le piattaforme soggette alla giurisdizione nazionale devono rispettare e, sempre premettendo che resta salvo quanto disposto dagli artt. 14-17 del d.lgs. 70/2003, si sancisce che esse devono «adottare misure adeguate a tutelare: a) i minori da programmi, video generati dagli utenti e comunicazioni commerciali audiovisive che possano nuocere al loro sviluppo fisico, mentale o morale a norma dell'articolo 38, comma 3». Qui è richiamato l'art. 38, comma 3, che riguarda le violazioni più gravi del divieto di trasmissione di contenuti inadatti ai minori (quelli «gravemente nocivi») prevedendo la sanzione della disattivazione dell'impianto. Tale misura non pare chiaramente applicabile a una piattaforma di video-sharing, la quale sarà invece senza

⁵⁴ L'art. 37, comma 3, riguarda solo i fornitori di servizi non lineari e specifica le condizioni da rispettare affinché possano trasmettere contenuti (quelli "gravemente nocivi") interdetti ai fornitori di servizi lineari. Una eventuale violazione da parte di questi ultimi del divieto di diffondere opere gravemente nocive rientrerebbe tra quelle da punire con la disattivazione dell'impianto o tra le generiche violazioni dell'art. 37 da sanzionare pecuniariamente o al massimo con la sospensione del titolo?

dubbio sanzionata con la rimozione del video o al massimo con l'inabilitazione dell'accesso alla piattaforma. Il comma 6 dell'art. 42 specifica, inoltre, che ai «fini della tutela dei minori di cui al comma 1, lettera a), i contenuti *maggiormente nocivi* sono soggetti alle più rigorose misure di controllo dell'accesso». Già il rimando al comma 3 dell'art. 38, contenuto nella lett. a) del primo comma dell'art. 42, andava chiaramente nella direzione di indicare una maggiore nocività dei programmi: anche se qui si usa una aggettivazione distinta, «maggiormente» e non «gravemente». Da notare, invece, come l'art. 41, comma 7, lett. a), quando disciplina il potere straordinario dell'Autorità di limitare le comunicazioni di piattaforme estere si riferisca all'art. 38, comma 1, che rimanda alla Autorità il potere di verificare l'osservanza dei divieti previsti all'art. 37: in questa fattispecie sembra allora che non solo i contenuti gravemente o maggiormente nocivi possano essere oggetto di misura sanzionatoria, ma tutti in generale.

Per regolare l'attività delle piattaforme di condivisione, l'art. 42, comma 3, dispone che «l'Autorità, sentito il Comitato di applicazione del Codice di autoregolamentazione media e minori, promuove forme di co-regolamentazione e di autoregolamentazione tramite codici di condotta». Non solo quindi regolamenti ma anche strumenti più affini – come i codici di condotta – alla regolamentazione europea delle grandi compagnie di providers di Internet.

6. Comunicazioni commerciali

La tutela dei minori incrocia anche la parte del testo unico relativa alle comunicazioni commerciali. L'armonizzazione di un quadro minimo di regole sulla pubblicità è il cuore più antico della normazione europea sulla radiotelevisione, qualificando il contenuto del primo intervento comunitario sull'audiovisivo, la cosiddetta “direttiva Tv senza frontiere” n. 552 del 1989. Da allora i limiti qualitativi e quantitativi alle varie forme di propaganda commerciale si sono evoluti, sia in relazione al mutamento della morale sociale diffusa e sia in rapporto alla trasformazione tecnologica. Da questo ultimo punto di vista, il passaggio da un regime di scarsità di risorse trasmissive a uno con sovrabbondanza di offerta ha modificato il ruolo dell'utente, convertendone la posizione, prima quasi del tutto passiva, in quella di un soggetto che ha una ampia gamma di scelta di programmi. La nuova disciplina del Tuma si confronta con questo nuovo contesto, introducendo maggiori margini di flessibilità per i fornitori di servizi ma tenendo al contempo ben in conto le differenti caratteristiche dei servizi offerti⁵⁵. L'impatto ordinamentale della legislazione sulla pubblicità commerciale coinvolge molteplici profili: dalla trasparenza del mercato e dalla correttezza della concorrenza, passando per la tutela di alcuni profili della dignità umana, per giungere anche al valore del pluralismo vista l'implicazione con il finanziamento delle voci editoriali (come segnalato anche dalla giurisprudenza costituzionale, ad esempio nelle sentenze 202/1976 o 826/1988).

La rubrica del testo unico che racchiude gli articoli dal 43 al 49 è denominata «disposizioni sulla pubblicità, le sponsorizzazioni e l'inserimento di prodotti»; se ne può già dedurre che le tipologie di comunicazioni commerciali previste siano almeno queste tre grandi categorie. L'art. 43 contiene i limiti di natura strumentale e qualitativa alle comunicazioni commerciali. Per il primo profilo, esse devono essere riconoscibili, è fatto divieto assoluto di forme occulte o subliminali di propaganda. Per quanto riguarda i

⁵⁵ M. BASSINI, *Le comunicazioni commerciali nella riforma della disciplina europea dell'audiovisivo*, in G. ABBAMONTE, E. APA, O. POLLICINO (a cura di), *La riforma del mercato audiovisivo europeo*, cit., 148, osservava già tale tendenza nella regolazione europea, ora ripresa dal legislatore interno.

contenuti, la pubblicità non può pregiudicare il rispetto della dignità umana; essere discriminatoria per ragioni di sesso, razza, etnia, nazionalità, religione, convinzioni personali, età, disabilità o orientamento sessuale; incoraggiare comportamenti pregiudizievoli per salute e sicurezza o gravemente pregiudizievoli per l'ambiente (art. 43, comma 1, lett. c). Sono vietate le comunicazioni commerciali relative a tabacco e prodotti con nicotina e gioco d'azzardo; medicinali e cure mediche per cui è necessaria la prescrizione medica. Mentre per quanto riguarda i minori, le pubblicità non possono arrecare «pregiudizio fisico o morale ai minori. Non esortano pertanto i minori ad acquistare o locare un prodotto o un servizio sfruttando la loro inesperienza o credulità, né li incoraggiano a persuadere i loro genitori o altri ad acquistare i beni o i servizi pubblicizzati, né sfruttano la particolare fiducia che i minori ripongono nei genitori, negli insegnanti o in altre persone, né mostrano senza motivo minori che si trovano in situazioni pericolose».

Per le bevande alcoliche si conferma un regime di divieto condizionato, con l'interdizione assoluta di rivolgersi ai minori e di raccomandare un uso smodato. Fatto ciò salvo, l'art. 44, comma 9, contiene un elenco di sette punti⁵⁶ che devono essere rispettati per la pubblicità di prodotti alcolici; tuttavia, l'art. 43, comma 3, contiene una disposizione che sembra introdurre un regime un po' più mite per i fornitori di servizi a richiesta, i quali, è sancito, «fatta eccezione per la sponsorizzazione e per l'inserimento di prodotti, si conformano ai criteri dettati dall'articolo 44, comma 9»: sembra dunque che inserimento e sponsorizzazione possano sfuggire ai predetti limiti? Anche in questo caso però interviene il potere regolamentare dell'Autorità, infatti, si prevede (art. 43, comma 4), che l'Agcom promuova «forme di co-regolamentazione e di autoregolamentazione con i fornitori di servizi di media, attraverso codici di condotta concernenti le comunicazioni audiovisive commerciali relative a bevande alcoliche e le comunicazioni audiovisive commerciali non appropriate che accompagnano i programmi per bambini o vi sono incluse, relative a prodotti alimentari, inclusi gli integratori, o bevande che contengono sostanze nutritive e sostanze con un effetto nutrizionale o fisiologico, in particolare quelle come i grassi, gli acidi grassi trans, gli zuccheri, il sodio o il sale, la cui assunzione eccessiva nella dieta generale non è raccomandata». La medesima procedura è intrapresa dall'Autorità, d'intesa però con il Ministero delle pari opportunità, per giungere a codici di condotta finalizzati al rispetto dei divieti indicati nell'art. 43, comma, 1, lett. c).

La disciplina europea dell'audiovisivo si concentra, già a partire dalla direttiva "Tv senza frontiere" del 1989, anche sulla presenza di indici di affollamento o limiti quantitativi alla pubblicità commerciale. In particolare, il sistema era contrassegnato da due elementi principali: da un lato, la previsione di una doppia soglia, una giornaliera e l'altra oraria, che le emittenti erano tenute a rispettare; e dall'altro, sulla distinzione tra

⁵⁶ Tusma, art. 44, comma 9, «La pubblicità televisiva e la televendita delle bevande alcoliche devono conformarsi ai seguenti criteri: a) non rivolgersi espressamente ai minori, né, in particolare, presentare minori intenti a consumare tali bevande; b) non collegare il consumo di alcolici con prestazioni fisiche di particolare rilievo o con la guida di automobili; c) non creare l'impressione che il consumo di alcolici contribuisca al successo sociale o sessuale; d) non indurre a credere che le bevande alcoliche possiedano qualità terapeutiche stimolanti o calmanti o che contribuiscano a risolvere situazioni di conflitto psicologico; e) non incoraggiare un uso eccessivo e incontrollato di bevande alcoliche e non presentare in una luce negativa l'astinenza dall'uso di alcol o la sobrietà; f) non usare l'indicazione del rilevante grado alcolico come qualità positiva delle bevande»

messaggi pubblicitari e «altre forme di pubblicità» che potevano giustificare margini più ampi per il computo delle già menzionate quote di affollamento⁵⁷. Tale impianto è stato nel tempo soggetto a successive revisioni che sono tutte andate nel senso di una maggiore flessibilizzazione dei limiti di natura quantitativa⁵⁸, sino giungere anche alla abrogazione del tetto giornaliero con la direttiva 2007/65 SMAV. Il quadro di armonizzazione previsto dal diritto europeo indica comunque parametri minimi che possono essere inaspriti dai singoli Stati membri. Così, la disciplina previgente del Tusmar, all'art. 38, non solo conservava la duplice soglia giornaliera e oraria per l'affollamento pubblicitario, ma per quest'ultima prevedeva anche un limite più basso rispetto a quello indicato nella direttiva SMAV⁵⁹.

Nel nuovo testo unico i limiti quantitativi hanno subito una ulteriore flessibilizzazione, l'art. 45 del Tusma, infatti, seguendo la direttiva 2018/1808, semplifica il quadro indicando soglie di affollamento applicabili a due grandi fasce orarie, dalle ore 6,00 alle 18,00 e dalle ore 18,00 alle 24,00. La natura dei soggetti emittenti determina la differenza delle percentuali tollerabili. Per il servizio pubblico «la trasmissione di messaggi pubblicitari» non può eccedere il 6% in ciascuna delle fasce orarie indicate; inoltre è indicato anche il limite orario massimo del 12% per ora. Per le emittenti private nazionali, l'art. 45, commi 3 e 4, dispone che «La trasmissione di spot pubblicitari televisivi, di telepromozione e di televendita» non può eccedere il 20% in ognuna delle due fasce orarie se la emittente è in chiaro, oppure il 15% se si tratta di canali a pagamento⁶⁰. Il legislatore ha conservato la ambigua differenza terminologica tra “messaggi pubblicitari”, riferiti esclusivamente alla concessionaria del servizio pubblico, e “spot pubblicitari”⁶¹ che riguardano invece tutte le altre emittenti: rispetto al vecchio testo però c'è una maggiore precisione perché ora non si parla solo di spot ma sono esplicitamente citate anche televendite e telepromozioni, mentre prima non lo erano. Restano fuori dal computo dei limiti di affollamento (art. 45, comma 5) gli annunci di sponsorizzazione e gli inserimenti di prodotti (come nel Tusmar), nonché i cosiddetti «schermi neutri» che intercorrono tra programma e spot e tra i singoli spot (novità), e infine anche gli annunci di

⁵⁷ Direttiva 1989/552, art. 18, ovi si sanciva che: «1. Il tempo di trasmissione dedicato alla pubblicità non deve superare il 15 % del tempo di trasmissione quotidiano. Tuttavia questa percentuale può essere portata al 20% se comprende forme di pubblicità come le offerte fatte direttamente al pubblico ai fini della vendita, dell'acquisto o del noleggio di prodotti, oppure della fornitura di servizi, purché l'insieme degli spot pubblicitari non superi il 15%. 2. Il tempo di trasmissione dedicato agli spot pubblicitari entro un determinato periodo di un'ora non deve superare il 20%. 3. Fatto salvo il paragrafo 1, le forme di pubblicità come le offerte fatte direttamente al pubblico ai fini della vendita, dell'acquisto o del noleggio di prodotti, oppure della fornitura di servizi, non devono superare un'ora al giorno».

⁵⁸ Cfr. P. CARETTI, A. CARDONE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza*, cit., 132-136.

⁵⁹ Tusmar, art. 38, prevedeva limite orario del 18% per le emittenti in chiaro e addirittura del 12% per quelle a pagamento, quando la direttiva indicava il 20%.

⁶⁰ Per le emittenti televisive locali il limite nelle due fasce orarie (6,00-18,00 e 18,00-24,00) è del 25%, mentre per le radio private la soglia è del 20% se operanti in ambito nazionale e 25% se locali.

⁶¹ Tra le definizioni che il Tusma adotta c'è quella di spot pubblicitario ma non anche quella di messaggio pubblicitario. Tusma, art. 3, lett. qq) ove: «"spot pubblicitario": una forma di pubblicità televisiva a contenuto predeterminato, trasmessa dalle emittenti radiofoniche e televisive, sia analogiche che digitali».

«autopromozione», che costituiscono un ampliamento della categoria degli annunci relativi ai propri programmi e ai prodotti da questi direttamente derivati presenti nel testo unico previgente⁶².

Il testo unico disciplina, inoltre, quelle che si sono ormai consolidate come le altre forme della comunicazione commerciale audiovisiva, vale a dire le sponsorizzazioni, le televendite e l'inserimento di prodotti. Vengono qui sostanzialmente riconfermate le disposizioni del Tusmar, con i divieti assoluti relativi ai prodotti di tabacco a cui sono equiparati anche i dispositivi elettronici di assunzione della nicotina; mentre dal divieto assoluto di sponsorizzazione scompaiono i superalcolici. Anche i medicinali soggetti a prescrizione non rientrano tra i prodotti soggetti a propaganda commerciale, anche se per le sole sponsorizzazioni è possibile promuovere il marchio di una impresa operante nel settore medico o farmaceutico. Si conferma il divieto di sponsorizzazione di telegiornali, radiogiornali e notiziari di carattere politico; così come il divieto di mostrare il logo di una sponsorizzazione durante i programmi per bambini, i documentari e i programmi religiosi. Per l'inserimento di prodotti si registra una novità nella introduzione di un regime differenziato a seconda che i programmi risultino prodotti prima o dopo il 19 dicembre del 2009. Nel primo caso, infatti, si applica la risalente norma che vede tale pratica possibile solo per taluni programmi quali, opere cinematografiche, film e serie prodotti per i servizi di media audiovisivi, programmi sportivi e di intrattenimento leggero, con esclusione dei programmi per bambini; mentre per i secondi, la regola è inversa, per cui l'inserimento di prodotti è consentito in ogni programma tranne che per i notiziari e i programmi di attualità, i programmi per i consumatori, i programmi religiosi e i programmi per bambini (art. 48, commi 1 e 2).

7. Cenni conclusivi

Il Tusma disciplina anche altri aspetti del diritto dei media audiovisivi, su cui si faranno solo brevi cenni. Il Titolo VIII, che comprende gli articoli dal 59 a 66 indica i principi e le regole per il *Servizio pubblico generale radiotelevisivo e disciplina della concessionaria*, proponendo alcune modifiche e integrazioni di carattere sostanzialmente ordinamentale, al fine di coordinare il nuovo testo unico alla direttiva del 2018. L'art. 59, comma 1, individua direttamente la *Rai* come concessionaria del servizio pubblico, invece del vago riferimento a una società per azioni come avveniva nel vecchio testo (art. 45 Tusmar). Il medesimo articolo, al comma 2, lettera d), tratta del diritto all'accesso alla programmazione da parte dei partiti e dei gruppi rappresentati in Parlamento, e nei Consigli regionali, delle organizzazioni associative delle autonomie locali, dei sindacati nazionali, delle confessioni religiose e anche dei movimenti politici, per i quali ora è richiesto che siano «dotati di un sufficiente grado di rappresentatività»: non è ben esplicitato che cosa debba intendersi con tale formula, e neppure chiaramente disposto – ma pare così dal tenore letterale – se siano esclusi da tale requisito i soggetti politici presenti in Parlamento o nei Consigli regionali.

Un altro profilo storicamente presente nella regolazione europea è quello dedicato alla tutela e alla promozione delle opere europee: la direttiva 2018/1808 rafforza tali

⁶² Tusma, art. 3, lett. eee), ove si definisce l'«autopromozione» come «gli annunci effettuati da emittenti e fornitori di servizi di media in relazione ai propri programmi e ai prodotti collaterali da questi direttamente derivati ovvero in relazione a programmi e servizi di media di altre entità appartenenti al medesimo gruppo di emittenti».

disposizioni che vengono recepite negli articoli dal 52 al 58, nel Titolo VII rubricato *Promozione delle opere italiane ed europee da parte dei fornitori*. Si prevedono due grandi tipologie di obblighi, di investimento e di programmazione. Per i primi si introduce un complesso sistema di quote (e di sotto-quote) per cui le emittenti in chiaro di servizi lineari devono riservare almeno il 12,5% dei loro introiti nazionali all'acquisto o produzione di opere europee prodotte da produttori indipendenti; per il servizio pubblico tale limite è fissato invece al 17% minimo dei ricavi complessivi (canone, pubblicità introiti vari)⁶³. Tali obblighi di investimento non si applicano a «soggetti aventi un fatturato o un pubblico di modesta entità»; e neppure alla emittenza locale, che è esclusa per intero dalle norme di tutto il Titolo VII. Per i fornitori di servizi non lineari si prevede invece un obbligo di avere in catalogo almeno il 30% di opere europee poste in rilievo. Tutti i dettagli di tale normativa, a iniziare dalla determinazione dei “produttori indipendenti” e dal regime di eventuali deroghe, passerà per uno o più regolamenti dell'Agcom.

Resta, infine, centrale nel Tusma – come nella direttiva SMAV – il principio cardine del cosiddetto “Paese d'origine” (*Home State control*) in base al quale la giurisdizione su un fornitore spetta a un solo Stato, per evitare una doppia soggezione sulla medesima attività imprenditoriale⁶⁴. Il nuovo testo unico vede rafforzato tale principio nel senso di specificare e incrementare i poteri di intervento straordinario delle autorità nazionali (ad esempio, per interrompere provvisoriamente trasmissioni in violazione di determinati principi, *ex art. 7, comma 2*); di precisare criteri e parametri di trasparenza che rendano identificabili le sedi di stabilimento dei fornitori onde evitare surrettizie e fraudolente condotte; di rafforzare le procedure di determinazione della competenza in caso di conflitto mediante l'intervento dell'ERGA, cioè il consesso europeo dei regolatori operante presso la Commissione europea.

Per concludere, si può forse tentare di fissare alcuni punti che emergono da una prima lettura d'insieme del nuovo testo unico sull'audiovisivo. In primo luogo, l'articolato esprime la maggiore e crescente dipendenza del diritto dei media, e specialmente di quelli che transitano su Internet, dal diritto europeo. Si tratta di una tendenza ben precisa, di cui la Commissione europea è a capo, che inserisce i media digitali entro una strategia di valorizzazione e di protezione del valore cardine della democrazia. La recente produzione normativa e amministrativa europea ha mostrato attenzione ai vari profili della società dell'informazione digitale, adottando una metodologia di regolamentazione fortemente integrata da elementi di coregolamentazione e autoregolamentazione che vedono come protagonisti sempre più responsabilizzati i grandi “baroni digitali” di Internet. L'assoggettamento delle piattaforme di condivisione video a talune regole dell'audiovisivo, sia pure con le difficoltà di precisare le fattispecie visto il concorso di più ambiti normativi, va in questa direzione. Questo processo ha però un effetto non secondario, in quanto ridimensiona il peso degli Stati membri in un duplice verso: da un lato, la legge nazionale dipende da fonti sovranazionali; dall'altro lato, tali fonti indicano percorsi di regolazione che prediligono il ruolo delle Autorità tecniche amministrative. Si corre così il rischio di dimidiare la dimensione politico-democratica della legislazione

⁶³ Tusma, l'art. 54, commi 3 e 6, prevede anche delle sotto-quote, per cui le emittenti in chiaro devono destinare almeno il 3,5% dei propri introiti a opere cinematografiche di espressione originale italiana, mentre per il servizio pubblico tale sotto-quota per le medesime opere è fissata al 4,2%.

⁶⁴ R. MASTROIANNI, *Country of origin e principio di territorialità*, in G. ABBAMONTE, E. APA, O. POLLICINO (a cura di), *La riforma del mercato audiovisivo europeo*, cit., 5 ss.

interna su parti significative dell'ordinamento dell'informazione; e proprio di quelle parti più evolute e tecnologicamente avanzate. Abbiamo visto come il Tusma deleghi praticamente ogni ambito della sua attuazione a interventi della Agcom.

In secondo luogo, va riconosciuto come il Tusma rappresenti una occasione di adeguamento del diritto dell'informazione allo sviluppo tecnico ed economico del settore dell'audiovisivo. Da questo punto di vista costituisce una opportunità per chiudere con una storia legislativa, come quella italiana della normazione sulla televisione, particolarmente tormentata e persino costituzionalmente anomala: contrassegnata da un ritardo cronico del decisore politico, apparso paralizzato nella contemplazione di una realtà inafferrabile e spinto ad agire solo da precisi moniti della Corte costituzionale. Le nuove norme a tutela del pluralismo rappresentano un punto di svolta importantissimo, il superamento del sistema dei limiti *ex ante* nel contesto delle comunicazioni elettroniche e nella abbondanza delle reti può essere uno stimolo nuovo, idoneo a implementare la medesima definizione del principio pluralistico. Il ruolo centrale assegnato in materia alla Autorità di garanzia deve però indurre a vigilare sulla indipendenza e neutralità di tale organismo, e soprattutto sul rischio che l'analisi economica dei mercati non soverchi il valore giuridico del pluralismo: attraverso di esso si realizza infatti quel diritto fondamentale alla libertà di parola che è la premessa costituzionale della democrazia. Insomma, la radiotelevisione del futuro ci consegna questioni che sono – in virtù della pervasività polimorfa della sfera digitale – ancor più connesse con la democrazia costituzionale, e che richiedono, pur nella loro tecnicità, forme di controllo e di decisione che non possono prescindere né dalla dimensione nazionale e né da quella politica.

Cultura giuridica e diritto vivente

Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Giuseppe Giliberti (Università di Urbino)

Co-direttori: Luigi Mari (Università di Urbino), Lucio Monaco (Università di Urbino), Paolo Morozzo Della Rocca (Università di Urbino).

Direttore responsabile

Valerio Varesi (La Repubblica)

Consiglio scientifico

Luigi Alfieri (Università di Urbino), Jean Andreau (ÉHÉSS), Franco Angeloni (Università di Urbino), Antonio Blanc Altemir (Università di Lleida), Alessandro Bondi (Università di Urbino), Licia Califano (Università di Urbino), Maria Aránzazu Calzada González (Università di Alicante), Piera Campanella (Università di Urbino), Antonio Cantaro (Università di Urbino), Donato Carusi (Università di Genova), Francesco Paolo Casavola (Presidente Emerito della Corte Costituzionale), Alberto Clini (Università di Urbino), Maria Grazia Coppetta (Università di Urbino), Lucio De Giovanni (Università di Napoli, Federico II), Laura Di Bona (Università di Urbino), Alberto Fabbri (Università di Urbino), Carla Faralli (Università di Bologna), Fatima Farina (Università di Urbino), Lorenzo Gaeta (Università di Siena), Vincenzo Ferrari (Università di Milano), Paolo Ferretti (Università di Trieste), Andrea Giussani (Università di Urbino), Matteo Gnes (Università di Urbino), Peter Gröschler (Università di Magonza), Guido Guidi (Università di Urbino), Chiara Lazzari (Università di Urbino), Giovanni Luchetti (Università di Bologna), Guido Maggioni (Università di Urbino), Manuela Mantovani (Università di Padova), Valerio Marotta (Università di Pavia), Realino Marra (Università di Genova), Luca Nogler (Università di Trento), Paolo Pascucci (Università di Urbino), Susi Pelotti (Università di Bologna), Aldo Petrucci (Università di Pisa), Paolo Polidori (Università di Urbino), Elisabetta Righini (Università di Urbino), Orlando Roselli (Università di Firenze), Eduardo Roza Acuña (Università di Urbino), Massimo Rubechi (Università di Urbino), Gianni Santucci (Università di Trento), Desirée Teobaldelli (Università di Urbino), Patrick Vlacic (Università di Lubiana), Umberto Vincenti (Università di Padova).

Coordinamento editoriale

Marina Frunzio (Università di Urbino), M. Paola Mittica (Università di Urbino)

redazioneculturagiuridica@uniurb.it

Redazione

Luciano Angelini (Università di Urbino), Chiara Gabrielli (Università di Urbino)

Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Alice Biagiotti, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Darjn Costa, Marica De Angelis, Giacomo De Cristofaro, Elisa De Mattia, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Natalia Paci, Valeria Pierfelici, Ilaria Pretelli, Giulia Renzi, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini.

Referee esterni

Stefano Barbati, Andrea Bonomi, Nerina Boschiero, Antonio Cavaliere, Donato Antonio Centola, Maria Vita De Giorgi, Valentina Fiorillo, Gabriele Fornasari, Biagio Giliberti, Paolo Heritier, Orazio Licandro, Angela Lupone, Alessandra Magliaro, Arrigo Manfredini, Felice Mercogliano, Massimo Miglietta, Vania Patanè, Stefano Polidori, Alvisè Schiavon, Chiara Scivoletto, Laura Scomparin, Susanna Screpanti, Matteo Timiani, Giovanni Battista Varnier.

Cultura giuridica e diritto vivente - Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR ai fini dell'ASN - è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).
