



# QUADERNI DI DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA



Numero 1  
Anno I  
Maggio/Giugno 2011

## CON CONTRIBUTI DI:

Sveva Bernardini, Paolo Brini, Iacopo Pietro Cimino, Michele Contartese, Valeria Falce, Gianpiero Gamaleri, Alberto Maria Gambino, Gustavo Ghidini, Elisabetta Grassi, Elena Maggio, Valerio Mosca, Davide Mula, Gilberto Nava, Giulio Pascali, Ferdinando Tozzi, Eleonora Sbarbaro, Marco Scialdone, Andrea Stazi, Vincenzo Zeno-Zencovich.

ISSN (Online edition): 2239-7442

Diritto Mercato Tecnologia  
[www.dimt.it](http://www.dimt.it)  
ISSN (Online edition): 2239-7442

## SOMMARIO

### SAGGI

Cultura, industria e proprietà intellettuale

***Diritto d'autore e nuovi processi di patrimonializzazione*** p. 5  
di Alberto Maria Gambino

***Accesso a informazione e conoscenza nell'era multimediale*** p. 13  
di Gustavo Ghidini

***La Costituzione garantisce il diritto di autore*** p. 18  
di Vincenzo Zeno-Zencovich

***McLuhan Cento anni: una nuova edizione della Galassia  
Gutenberg, libro che ha cambiato la storia*** p. 20  
di Gianpiero Gamaleri

***L'accesso ai media sulle due sponde dell'Atlantico\**** p. 22  
di Andrea Stazi

Diritti della persona e responsabilità in rete

***Diritti della personalità e mercato*** p. 97  
di Ferdinando Tozzi

### COMMENTI

Cultura, industria e proprietà intellettuale

***Impatto delle violazioni online del copyright prive di scopo  
di lucro su economia e creazione di opere*** p. 123  
di Paolo Brini, Marco Scialdone

Mercato, concorrenza e regolazione

***Nuovo orientamento del TAR Lazio in merito alla  
valutazione degli impegni in materia antitrust. Nota a TAR  
Lazio, sezione I, sentenza n. 3964 del 9 maggio 2011.*** p. 135  
di Gilberto Nava, Elisabetta Grassi

***Il marketplace quale strumento di interposizione nel  
commercio elettronico: nuovo operatore del mercato o  
nuovo mercato? Quali regole contro gli abusi?*** p. 153  
di Iacopo Pietro Cimino

## Pratiche commerciali e tutela dei consumatori

- Il contratto di sponsorizzazione. Dall'atto di liberalità alla pratica commerciale*** p. 166  
di Valeria Falce
- Il foro competente nei contratti conclusi dal professionista per esigenze personali*** p. 171  
di Davide Mula
- Riflessioni circa il rapporto di terzietà nella circolazione dei veicoli in area privata*** p. 199  
di Sveva Bernardini
- Evoluzione degli obblighi di informazione*** p. 202  
di Michele Contartese
- Pratiche commerciali scorrette: il Consiglio di Stato chiarisce le relazioni tra operatori di telefonia mobile e content provider.*** p. 212  
di Gilberto Nava, Valerio Mosca

## NOVITÀ

## Cultura, industria e proprietà intellettuale

- Il Caso Eminem: quando la distribuzione digitale e la definizione di masters entrano in contatto.*** p. 237  
di Giulio Pascali
- Diritto di autore e accesso alla Rete. Posizioni a confronto: la pronuncia del Consiglio per i Diritti Umani delle Nazioni Unite e la campagne europee contro la pirateria online.*** p. 240  
di Elena Maggio

## Mercato, concorrenza e regolazione

- Caso Lega Calcio: il Consiglio di Stato conferma annullamento della delibera AGCM di accettazione degli impegni dalla Lega.*** p. 243  
di Eleonora Sbarbaro

## Diritti della persona e responsabilità in rete

- Hadopi perde i dati di navigazione degli utenti.*** p. 246  
di Michele Contartese

### **Comitato Scientifico**

- Prof. Guido Alpa
- Prof. Vincenzo Di Cataldo
- Prof.ssa Giusella Finocchiaro
- Prof. Giorgio Floridia
- Prof. Gianpiero Gamaleri
- Prof. Alberto Maria Gambino
- Prof. Gustavo Ghidini
- Prof. Andrea Guaccero
- Prof. Mario Libertini
- Prof. Francesco Macario
- Prof. Roberto Mastroianni
- Prof. Giorgio Meo
- Prof. Cesare Mirabelli
- Prof. Enrico Moscati
- Prof. Alberto Musso
- Prof. Luca Nivarra
- Prof. Gustavo Olivieri
- Prof. Cristoforo Osti
- Prof. Roberto Pardolesi
- Prof.ssa Giuliana Scognamiglio
- Prof. Giuseppe Sena
- Prof. Salvatore Sica
- Prof. Vincenzo Zeno-Zencovich
- Prof. Andrea Zoppini

### **Comitato Editoriale**

- Andrea Stazi (Responsabile di Redazione)
- Davide Mula (Vice-Responsabile di Redazione)
- Emanuela Arezzo
- Sveva Bernardini
- Emanuele Bilotti
- Oreste Calliano
- Gianni Capuzzi
- Angelo Castaldo
- Giuseppe Cassano
- Iacopo Pietro Cimino
- Elio De Tullio
- Massimo Di Prima
- Massimiliano Dona
- Lifang Dong
- Philipp Fabbio
- Valeria Falce
- Nicoletta Falcone
- Marilena Filippelli
- Raffaele Giarda
- Francesco Graziadei
- Lucio Lanucara
- Antonio Liguori
- Elena Maggio
- Raffaele Marino
- Maximiliano Marzetti
- Giuseppe Mastrantonio
- Marianna Moglia
- Tobias Malte Mueller
- Gilberto Nava
- Francesca Nicolini
- Giovanni Nuzzi
- Maria Cecilia Paglietti
- Valeria Panzironi
- Cinzia Pistolesi
- Augusto Preta
- Eugenio Prosperetti
- Maria Francesca Quattrone
- Ana Ramalho
- Andrea Renda
- Annarita Ricci
- Giovanni Maria Riccio
- Serena Rossi
- Eleonora Sbarbaro
- Cristina Schepisi
- Marco Scialdone
- Guido Scorza
- Benedetta Sirgiovanni
- Paola Solito
- Giorgio Spedicato
- Claudia Stazi
- Federica Togo
- Ferdinando Tozzi
- Francesco Vizzone

***Diritto d'autore e nuovi processi di patrimonializzazione***

di  
**Alberto Maria Gambino**

Da una rassegna delle più recenti modifiche alla legge sul diritto d'autore emerge il vano tentativo operato dal legislatore italiano di poter incasellare nei vecchi paradigmi normativi le nuove esigenze di tutela legate all'innovazione tecnologica. Una soluzione più pragmatica ed efficace si è invece concentrata sul fattore dello sfruttamento economico dell'opera dell'ingegno quale archetipo del bene autoriale da proteggere. Ne è conseguita così una progressiva stratificazione di matrice economica dei contenuti tutelati dell'opera dell'ingegno umano, che ha finito coll'incrinare il legame tra l'autore e le sue prerogative non patrimoniali.

I nuovi processi e le nuove tecniche di patrimonializzazione del diritto d'autore vanno così a legittimare applicazioni speculative del diritto morale d'autore.

La frammentaria e inefficace rincorsa legislativa (2004-2010) nell'era digitale Un approccio realistico o, se si preferisce, fenomenologico alle dinamiche dell'attività economica nel comparto della tutela autoriale induce a riconsiderare criticamente ciò che le realtà oggetto del diritto d'autore rappresentano sul mercato. Uno sguardo sul futuro risulta, dunque, possibile solo ove ci si rivolga al passato - e alle sue soluzioni normative; passato remoto e passato prossimo.

Come da un vaso di Pandora cominciamo allora ad estrarre cose belle e cose brutte. Iniziamo dalle prime: è il mondo della nostalgia, il mondo della legge del 1941; il mondo, insomma, delle cose semplici, dove la letteratura odorava di carta, la musica di vinile e la cinematografia di pellicola in acetato di cellulosa [1]. I diritti dell'autore - nelle accezioni morale e patrimoniale - erano impregnati, impastati di questi elementi. La norma statuiva: i diritti sulle opere dell'ingegno sono tutelati «qualunque ne sia il modo o la forma di espressione». Sembrava una disposizione innocente e innocua; anzi un'espressione che, stante il suo carattere elastico, non aveva tempo e si sarebbe adattata alle molteplici e innovative forme espressive che avrebbero assunto le opere dell'intelletto, oltre l'immaginario del legislatore [2].

Così non è stato.

La forma espressiva era infatti protetta in primis dal suo involucro materiale, certo, ma anche giuridico, in quanto presupposto dei meccanismi di tutela tipici delle privative autoriali.

Valga una carrellata dei tentativi maldestri, che, nel passato prossimo, hanno contraddistinto l'incipiente esuberanza del legislatore italiano, convinto di poter incasellare nei vecchi paradigmi normativi le nuove

esigenze di tutela correlate all'innovazione tecnologica ed informatica [3].

Si pensi alla parabola del contrassegno virtuale, che, introdotto dalla l. 21 maggio 2004, n. 128, avrebbe dovuto tutelare gli autori attraverso il meccanismo di un avviso unilaterale circa l'assolvimento degli obblighi di legge a carico di chi immetteva un'opera dell'ingegno in un sistema di reti telematiche [4].

Tale formalità obbligatoria, inidonea a verificare come invece consente il tradizionale contrassegno

SIAE, di cui all'art 181 bis l.a., apposto sull'esemplare in commercio [5] - è stata miseramente espunta dal nostro ordinamento per effetto della modifica apportata dall'art. 3 sexies della l. 31 marzo 2005, n. 43, ad un pugno di mesi dalla sua introduzione [6].

Altro e più noto tentativo fallimentare di adattare l'esistente apparato regolatorio alla mutata condizione tecnologica del diritto d'autore si è registrato nel file sharing. Questo, sanzionato all'art 171 ter l.a. nell'ambito di una tipologia - il peer to peer - che appariva caratterizzare l'immissione in rete di un'opera dell'ingegno, poi, con l'evoluzione dei sistemi di seconda generazione che utilizzano una rete di condivisione di file decentralizzata senza passare per un server centrale, è sfuggito all'applicazione della norma [7].

Una terza performance legislativa di misero spessore si legge nel nuovo art. 70 comma 1 bis l. aut. (introdotto dall'art. 2 della l. 9 gennaio 2008, n. 2) dove si autorizza «la libera pubblicazione attraverso la rete internet, a titolo gratuito, di immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate (sic!), per uso didattico o scientifico». Vicenda che ha dato la stura al fenomeno in voga tra i social network che va sotto il nome di "degradarte", concorso online dove si premiano le caricature più creative (le degradazioni, dunque) delle opere più famose, a cominciare dalla Gioconda di Leonardo

[8]. Per quel poco di comune senso di pudore che ancora resiste, a quella norma il Ministero per i Beni e le Attività culturali mai ha dato attuazione.

Un ultimo esempio (ma l'elenco potrebbe non finire qui) di improvvida rincorsa al digitale attraverso l'apparato normativo pensato per l'analogico, si registra nella vicenda della copia privata da videoregistrazione da remoto, che, nel calderone del c.d. decreto "Mille-proproghe" del 31 dicembre 2007, ha visto l'ordinamento giuridico italiano arricchirsi di una disposizione (quella del nuovo art. 71 septies l.a.) che così recita: «Per i sistemi di videoregistrazione da remoto il compenso [...] è dovuto dal soggetto che presta il servizio ed è commisurato alla remunerazione ottenuta per la prestazione del servizio stesso» [9]. Norma che, con tutte le buone intenzioni del caso (l'esigenza

di garantire il prelievo Siae sulle copie da apparecchio remoto di fonogrammi e videogrammi), determina l'anomala introduzione della figura dell'intermediario-prestatore di servizio, del tutto estranea allo

schema normativo della riproduzione privata ad uso personale [10] (per quanto, poi, la recente sentenza della Corte di giustizia CE del 21 ottobre 2010 sul caso Padawan [11], valorizzi proprio tale ruolo).

### **Il più pregnante rimedio recuperatorio delle utilità perdute**

Preso atto della fallacia e l'astrusità di un meccanismo sanzionatorio fondato sulla presunta analogia tra le situazioni definite nella legge sul diritto d'autore e le nuove fattispecie provenienti dalle prassi telematiche, si è ritenuto di individuare nello sfruttamento economico dell'opera dell'ingegno il cuore di una efficace tutela autoriale al cospetto dell'information technology.

L'archetipo del nuovo approccio trova le sue radici nei ragionamenti della Corte svedese, che, chiamata a decidere sulla legittimità dei siti torrent, decideva con consueto pragmatismo. Aldilà, infatti, dei tecnicismi avanzati dalla difesa di The Pirate Bay, che facevano leva sul fatto che il loro servizio era soltanto quello di ospitare "chiavi utili" per rintracciare file condivisi all'interno di migliaia di macchine collegate attraverso internet, la Corte condannava i responsabili del sito in quanto questi erano a conoscenza dello scambio illegittimo e, stante l'estesa accessibilità del loro sito, decisivo appariva il fatto che l'intera operazione era condotta dagli stessi in modo organizzato per scopi commerciali [12].

Anche sul piano del diritto interno la genesi del mutamento di prospettiva si rintraccia nello slittamento dal concetto di "fine di lucro" a "fine di profitto" (utilità) [13], che in chiave civilistica significa l'abbandono del modello della tutela aquiliana per dolo o per colpa a favore dell'esplorazione di nuove potenzialità proprie dell'istituto dell'arricchimento senza causa [14].

Esempio che viene dal mercato italiano si condensa nell'accordo tra la federazione dei pubblici esercizi (FIPE) e la società consortile dei produttori di fonogrammi (SCF) che, ai fini della corresponsione a questi ultimi dell'equo compenso per la diffusione di musica nei pubblici esercizi, ha accolto il paradigma che tale diffusione si configuri come ulteriore atto di comunicazione al pubblico comunque derivante dall'uso della fissazione dell'opera sul suo supporto originario atto a consentire il successivo sfruttamento della musica da parte del pubblico esercizio [15].

### **Consequente ripiegamento del diritto d'autore sulle sue ragioni economiche.**

La macro conseguenza di tale metamorfosi nella percezione normativa della natura dell'opera autoriale, attraverso una sua progressiva patrimonializzazione, si trova nella dinamica della stratificazione di matrice economica dei contenuti tutelati dell'opera dell'ingegno umano. Valga ancora quale esempio l'intervento normativo operato dal d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 28 sui finanziamenti pubblici alla cinematografia che, per la prima volta in Italia, legittima espressamente il collocamento

pianificato di marchi e prodotti nelle scene di un'opera cinematografica, così lasciando tali film a forme di finanziamento privato, che, nelle modalità del product placement, finiscono per incidere con il contesto narrativo del film e, dunque, con la libertà creativa degli autori [16].

L'evoluzione normativa dei diritti legati al mondo delle immagini in movimento è emblematica. L'art. 45 l.a. attribuisce «a chi ha organizzato la produzione» l'esercizio dei diritti di utilizzazione economica dell'opera cinematografica, a consacrazione delle rilevanza del processo industriale, con l'organizzazione tipica dell'impresa, quale elemento decisivo a monte dell'opera filmica (con dinamica analoga alla stessa "fissazione" ricordata per l'opera musicale), con la correlativa salvaguardia all'art. 44 dei diritti morali dell'autore del soggetto, lo sceneggiatore, l'autore della musica, il regista. Il nuovo art. 78 ter affianca alla figura del produttore di opera cinematografica quella del produttore di opere audiovisive o sequenze di immagini in movimento, attribuendogli la titolarità dei diritti esclusivi di «riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte, degli originali e delle copie delle proprie realizzazioni» [17]. L'insidia dell'espressione «in qualunque modo o forma» si svela.

L'autorizzazione può riguardare la riproduzione parziale attraverso le modalità telematiche. Ma ciò che può anche possedere una logica per taluni settori, come quello dei videogiochi, dove è flebile la separatezza tra produttore e autore dell'opera (del resto i videogiochi inizialmente erano annoverati nella generica categoria di software), segna la definitiva sopraffazione dell'interesse del primo sul secondo, in antitesi alla tradizionale applicazione rigorosa e ristretta dell'art. 47 in ordine alla facoltà di modifica del produttore. Le «modifiche necessarie per il loro adattamento cinematografico» di cui al comma 1 dell'art. 47 l.a., sfociano nell'art. 78 ter nella tipologia delle riproduzioni parziali in qualunque modo o forma, così segnalando il nuovo orizzonte dello sfruttamento economico dell'immagine in movimento [18].

Ma con lo scivolamento progressivo dalle facoltà di adattamento dell'opera dell'ingegno alle facoltà di sfruttamento, si finisce coll'incrinare il legame tra l'autore e le sue prerogative morali, specie nella conformazione del diritto all'integrità dell'opera [19].

### **L'approdo: reificazione delle prerogative autoriali?**

Il quadro delineato trova la sua cornice ideale nell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che - rubricato come "Diritto di proprietà" - proclama al punto 2 che «La proprietà intellettuale è protetta», così sistematicamente confermando il processo di reificazione e, dunque, definitiva patrimonializzazione dell'opera autoriale, con la conseguenza che non interessi ex se l'integrità del corpus mechanicum, ma l'idoneità di una sua rappresentazione esteriore a sfruttare inesplorate potenzialità economiche [20].

Quanto rimane allora agganciata a quel passato remoto, con cui si è intrapreso il percorso, la definizione normativa di integrità dell'opera?

Integrità non solo materiale - si pensi al progressivo decadimento qualitativo che, specie per l'ascolto della musica, le nuove tecnologie hanno comportato rispetto ai precedenti supporti di riproduzione (è nota tra i cultori della materia, la maggiore qualità del suono di un disco in vinile rispetto a quello compattato in un file) - ma anche di indole strutturale, ove ad esempio si verifichi che l'opera si manifesti nella sua fisica integrità, ma il contesto, le modalità, l'utilizzo nell'esposizione possano pregiudicare l'autore, nella misura in

cui l'intervento sia idoneo a falsare il carattere e il significato dell'opera nel giudizio del pubblico. La casistica individua effetti risarcitori patrimoniali nella lesione del diritto morale in relazione a quei casi in cui il vulnus all'integrità dell'opera comporti vicende di degrado tale da riflettersi sull'artista creatore, con riferimento sia ad imperfezioni fisiche (per i casi di masterizzazioni difettose) che al contesto distributivo (come l'abbinamento dell'opera a campagne promozionali di altri prodotti e servizi), così soffocando l'emersione di particolari spunti definitivi di nuovi danni alla personalità artistica dell'autore [21]. Il che finisce per segnalare definitivamente la coloritura economicistica del tratto morale, che meccanicamente riflette la prassi di parametrare il danno sul prezzo della mancata monetizzazione del consenso.

In questa tendenza si iscrive il d.m. 30 dicembre 2009 del Ministro per i Beni e le Attività culturali di rideterminazione dei compensi per copia privata [22], che prevede il prelievo di una somma forfettaria su ogni apparecchio di memoria venduto, commisurata all'estensione della memoria stessa, da attribuire alla Siae che poi la ripartirà tra i titolari dei diritti di privativa, con ciò consacrando una sorta di riparazione preventiva e presuntiva per l'eventualità che con tali dispositivi si copino opere coperte da privative (fattispecie che, peraltro, come chiarito dalla sentenza della Corte di Giustizia dello scorso 21 ottobre, non può consentire applicazioni indiscriminate) [23]. Il che - come evidente - lascia sullo sfondo l'eventualità che la copiatura delle opere dell'ingegno possa comportare altresì una menomazione dell'integrità delle stesse tale da riflettersi sull'interesse morale dell'autore [24].

La lettura del sistema normativo, mai a fondo rivisitato secondo le dinamiche delle nuove tecnologie informatiche, risente così dei processi di patrimonializzazione dell'opera dell'ingegno, plasticamente rappresentati dalla distribuzione tramite social network e servizi basati su pubblicità [25]. Dati ormai irreversibili, punto di non ritorno, che segnano il ribaltamento dei valori economici in campo, relegando ad una funzione ancillare l'opera dell'ingegno autoriale ormai costretta dentro le esigenze di profitto dell'industria dell'entertainment [26]. L'esempio dei videogiochi, che ormai rappresentano il 30% della distribuzione dell'opera musicale, è lì a confermare la rivoluzione [27].

La conclusione, a questo punto, è altrettanto marmorea: i nuovi processi e le nuove tecniche di patrimonializzazione del diritto d'autore vanno a confutare la tesi ormai lontana e nostalgica che il rapporto ideale fra autore e opera permanga in capo all'autore a prescindere dalle vicende

circolatorie dei diritti a contenuto patrimoniale. Oggi l'ordinamento implicitamente o esplicitamente, con occhio e lettura realistici, ha infatti finito per legittimare applicazioni speculative del diritto morale d'autore.

---

Note:

[1] È lo stesso mondo rimpianto da V. Franceschelli, ne *Il buon droit d'auteur d'antant e l'odioso diritto d'autore oggi*, in *Riv. dir. ind.*, 2008, I, 151 ss.

[2] L'espressione «qualunque ne sia il modo o la forma di espressione» pare consentire, dunque, che la normativa autoriale non sia messa in crisi dalla «sfida portata dalle nuove tecnologie» (così F. Tozzi, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni sui contenuti creativi on line nel mercato unico ed equilibrio del sistema del diritto di autore - pirateria ed offerta lecita: alcune brevi considerazioni*, in *Dir. aut.*, 2009, 115).

[3] Risultava del tutto inascoltato l'appello a non legiferare a mo' di "vestito di arlecchino" di M. S. Spolidoro, *Una nuova riforma per il diritto d'autore nella società dell'informazione*, in *Corr. giur.*, 2003, 848 ss. Non che se la passino meglio, tuttavia, altri ordinamenti: v. G. Votano, *Internet fra diritto d'autore e libertà di comunicazione: il modello francese*, in *Dir. inf.*, 2009, 533 ss.; cfr., anche, S. Albanini, *La disconnessione da Internet come sanzione per il download illegale*, in *Dir. ind.*, 2010, 176 ss.

[4] Cfr. P. Di Fabio, *La nuova disciplina del contrassegno (cd bollino) SIAE*, in *Dir. aut.*, 2004, 22 ss.

[5] Si vedano, da ultimo, S. Albanini, *Il contrassegno SIAE: un obbligo illegittimo?*, in questa *Rivista*, 2009, 279 ss., la quale solleva dubbi sulla legittimità del D.P.C.M. 23 febbraio 2009, n. 31, nella parte in cui estende l'obbligo del contrassegno a soggetti e supporti non contemplati dall'art. 181 bis l.a. (per il testo del D.P.C.M., *ibidem*, 275 ss.) e F. Voltan, *Il contrassegno SIAE e i riflessi della sentenza Schwibbert in Italia*, *ibidem*, 93 ss., cui adde Id., *La nuova giurisprudenza dopo la sentenza Schwibbert in Italia*, *ibidem*, 578 ss.

[6] Norma che ravvisa la soluzione alternativa nella "sottoscrizione di codici di deontologia e di buona condotta per determinati settori".

[7] Per una recente rassegna sulla casistica in materia di peer to peer si veda S. Lavagnini, *La proprietà intellettuale in Internet*, in *AIDA*, 2009, spec. 224 ss. Cfr., anche, D. De Angelis, *Le licenze collettive estese e la condivisione di opere dell'ingegno sulle reti peer to peer*, in *Dir. aut.*, 2009, spec. 411 ss.

[8] Cfr.: [www.lab.nova100.ilsole24ore.com/degradarte](http://www.lab.nova100.ilsole24ore.com/degradarte).

[9] Art. 71 septies l.a., come modificato dall'art. 5, commi 2 ter e 2 quater, l. 28 febbraio 2008, n. 31, di conversione con modifiche del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248 (c.d. "Milleproroghe").

[10] L'anomalia è segnalata da F. Tozzi, Il diritto d'autore nel nuovo ambiente tecnologico. La copia privata, mentre è condivisa da A. Zoppini, La nuova disciplina della copia privata da remoto, entrambi in Scenari e prospettive del diritto d'autore, a cura di A.M. Gambino e V. Falce, Roma, 2009, rispettivamente 188 e 105 ss., consultabile anche online all'indirizzo:

<http://www.librari.beniculturali.it/upload/documenti/DirittoAutoreOKpw.pdf?l=it>.

[11] Per il testo v. [www.comparazonedirittocivile.it](http://www.comparazonedirittocivile.it).

[12] E. De Tullio, commento sub artt. 1-5 l. 21 maggio 2004, n. 128, in C. Galli - A.M. Gambino, Codice ipertestuale della proprietà intellettuale, Torino, in via di pubblic., cui adde per la bibliografia sul punto e il parallelo approccio della giurisprudenza italiana, F. Merla, Diffusione abusiva di opere in internet e sequestro preventivo del sito web: il caso "The Pirate Bay", in *Dir. inf.*, 2010, 448 ss. Per il particolare orientamento della giurisprudenza spagnola si veda D. Mula, "Il p2p è come un prestito", carenze dell'ultima sentenza spagnola in tema di diritto al link, in *DIMT (Diritto Mercato e Tecnologia, rivista online consultabile all'indirizzo: [www.dimt.it](http://www.dimt.it))*; ivi il testo della sentenza.

[13] In tema, M. Lillà Montagnani, Dal peer to peer ai sistemi di Digital Rights Management: primi appunti sul melting pot della distribuzione on-line, in *Dir. aut.*, 2007, 2 ss.

[14] Cfr.: A. Nicolussi, Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato: la restituzione degli utili nell'art. 45 Trips, in Europa e diritto privato, 2002, 406 ss; C. Castronovo, La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento, in *Dir. ind.*, 2003, 7 ss.; P. Sirena, L'efficienza dei rimedi civilistici a tutela del diritto d'autore: prospettive di una ridefinizione sistematica, in *AIDA*, 2003, 552 ss.; A. Plaia, Allocazione contrattuale del rischio e tutela civile della proprietà intellettuale, in *Danno e resp.*, 2008, 499 ss.

[15] La Convenzione FIPE-SCF è attualmente online all'indirizzo: [www.fipe.it/fipe/accordi-e-/convenzione-scf.pdf](http://www.fipe.it/fipe/accordi-e-/convenzione-scf.pdf). Sul principio, pacifico, della necessità di autorizzazione per consentire la percezione dell'opera ad un pubblico più esteso, si veda - ma con riferimento al web - G. Mari, Brevi cenni in tema di web radio broadcasting e webcasting, in *Dir. aut.*, 2009, 547 ss.

[16] Sul tema particolare si veda S. Salvetti, Il product placement cinematografico nel nuovo branded entertainment, in *Riv. dir. ind.*, 2009, I, 52 ss. Per un primo commento sull'attuazione della direttiva 2007/65/CE con il d.lgs. 15 marzo 2010, n. 44, che tra l'altro disciplina il product placement v. R. Razzante, Il product placement, in *Dir. inf.*, 2010, 33 ss.

[17] Cfr. A. Musso, Il rispetto dei diritti d'autore e connessi nell'attuazione italiana della Direttiva n. 2007/65/CE sui servizi di media audiovisivi, in *Dir. inf.*, 2010, 218 ss. Si veda anche L. Mansani, Le finestre di utilizzo delle opere audiovisive, in *AIDA*, 2009, 308 ss., che rileva l'inefficacia del modello tradizionale delle finestre temporali a causa della diversificazione delle modalità distributive dell'opera cinematografica ed il conseguente slittamento verso la regolazione convenzionale.

[18] Viene ovviamente a mente il sito di You Tube, che infatti ha sollevato i primi contenziosi in materia, su cui si veda L. Guidobaldi, YouTube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei providers tra hoster attivi, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza, in *Dir. inf.*, 2010, 278 ss.

[19] Sulla non idoneità della formula "adattamento cinematografico" a coprire vicende di "sfruttamento cinematografico", v. le ancora attuali pagine di V. Sgroi, Facoltà del produttore del film in materia di modifiche necessarie per l'adattamento cinematografico, in *Dir. aut.*, 1967, 28 s.

[20] Più coerente con i nuovi scenari tecnologici sarebbe stato rubricare il tema della proprietà intellettuale anche con l'espressione "diritto all'accesso" (cfr. M. Ricolfi, Le nuove frontiere della proprietà intellettuale. Da Chicago al cyberspazio, in *AA.VV.*, Diritto ed economia della proprietà intellettuale, Padova, 1998, 83 ss.; S. Stabile, Internet e diritto d'autore: il cyberspace e la mondializzazione delle opere, in *Dir. ind.*, Milano, 1999, 87 ss.; R. Romano, L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale, Padova, 2001, 183 ss.; A. Stazi, "Marketplace of ideas" e "accesso pluralistico" tra petizioni di principio e ius positum, in *Dir. inf.*, Milano, 2009, 635 ss.).

[21] Il percorso è stato già svolto in A.M. Gambino, Il danno non patrimoniale da lesione del diritto d'autore, in *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, diretto da S. Patti, a cura di S. Delle Monache, Torino, 2010, 513 ss.

[22] Il testo è consultabile online all'indirizzo: [http://www.beniculturali.it/mibac/multimedia/MiBAC/documents/1263481888506\\_d1.pdf](http://www.beniculturali.it/mibac/multimedia/MiBAC/documents/1263481888506_d1.pdf)

[23] Cfr. nota 11.

[24] Per la vicenda dei contenuti informativi incorporati nelle opere multimediali, si veda A. Contaldo, Il diritto d'autore e l'editoria elettronica: la tutela dell'opera in digitale, in *Dir. aut.*, 2007, spec. 336 ss.

[25] Si vedano, da ultimo, P. Di Mico, Il rapporto tra diritto di autore e social network: un nuovo capitolo, ma non l'ultimo, in *Dir. aut.*, 2010, 262 ss. e M. Lillà Montagnani, A new Interface between Copyright Law and Technology: How User-Generated Content will Shape the Future of Online Distribution, in *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, 2009, 719 ss.

[26] Situazione che a questo punto non rispecchia più (o soltanto) la natura del diritto d'autore, che - come ricorda ancora oggi attenta dottrina - si struttura, invece, attorno «all'interesse dell'autore come creatore dell'opera ed all'interesse del pubblico cui l'opera, per la sua natura e funzione, è destinata» (M. Fabiani, *Il diritto di autore tra informazione e conoscenza. La sfida della proprietà intellettuale nell'era digitale. Un seminario di Studi all'Università Europea di Roma*, in *Dir. aut.*, 2009, 503).

[27] Cfr. F. P. Regoli, *I videogiochi ed i videoclip nella recente disciplina legislativa*, in *Dir. aut.*, 2007, 80 ss.

***Accesso a informazione e conoscenza nell'era multimediale.***

di  
Gustavo Ghidini

Il presente contributo costituisce l'introduzione al volume *Accesso a informazione e conoscenza nell'era multimediale*, a cura di Gustavo Ghidini e Andrea Stazi, Luiss University Press, Roma, 2011.

1. “Esclusione” ed “accesso” (dei terzi) sono i tradizionali “antagonisti” della proprietà intellettuale, e il perno delle dispute, che attorno ad essa si accendono, talora con toni da guerre di religione. Ma sono anche “fratelli”: siamesi anzi, reciprocamente dipendenti. Il potere di escludere i free riders capaci di frustrare investimenti e lavoro del titolare, è lo stesso che consente di includere, e dunque far accedere allo sfruttamento del bene immateriale protetto i terzi collaboratori del titolare (licenziatari, co-venturers, etc.), così che questi potrà avvantaggiarsi di una più ampia gamma di modi di sfruttamento economico del diritto di privativa, rispetto a quello diretto e personale, necessariamente limitato dalle sue individuali capacità industriali e finanziarie... (E del resto, anzi, non è proprio la titolarità del copyright che consente al licenziante Open Source di far rispettare le regole di “condivisione cooperativa” tipiche del sistema?!). D'altra parte, l'accesso dei terzi ai beni in cui le creazioni dell'ingegno umano – sia quelle di fruizione pratica, oggetto di brevetto, sia quelle di fruizione meramente intellettuale, tipicamente oggetto di diritto d'autore – è il culmine e insieme la condizione per la realizzazione concreta, da parte del titolare, del suo interesse economico, e altresì di quello morale – anzitutto all'attribuzione/riconoscimento di paternità della creazione, e della valorizzazione della reputazione come autore o inventore. Ed è al contempo, e ovviamente, la condizione che consente ai terzi il concreto godimento materiale dei beni della vita, ovvero la fruizione intellettuale della nuova “opera dell'ingegno”.

2. L'opera che il nostro “Osservatorio di proprietà intellettuale, concorrenza e comunicazioni” della Luiss Guido Carli qui presenta – e la realizzazione della quale si deve in ampia misura all'impegno e alla passione di Andrea Stazi – raccoglie una riflessione a più voci sulla tematica, cruciale per lo sviluppo insieme economico e democratico della comunità, dell'“accesso” all'informazione, nonché alla conoscenza e fruizione di nuove realizzazioni dell'umano ingegno, oggetto di diritti di proprietà intellettuale – copyright e brevetto. Una riflessione doppiamente moderna: perché è aggiornata alle evoluzioni normative, giurisprudenziali e dottrinali succedutesi, spesso impetuosamente, nell'ultimo decennio. E soprattutto perché riflette una prospettiva ermeneutica sollecitata dall'esigenza di (ri)equilibrare la tutela dei

titolari con la garanzia della diffusione della cultura e lo stimolo del progresso culturale – in quell’unità «des sciences, des arts et des métiers» alla quale è consacrata l’Encyclopédie illuminista. L’esigenza, dunque, di valorizzare, oltre a quelli “strettamente” coinvolti nei conflitti interindividuali (fra titolari e imitatori, fra titolari e altri titolari, fra titolari e singoli fruitori non autorizzati), altri interessi d’ordine generale, o se si vuole “di sistema”, ai quali si riferiscono diverse tutele di rango costituzionale.

3. Prima ancora di ricordare alcune evidenze normative a conforto della urgente necessità di provvedere a siffatta esigenza di equilibrio, è opportuno richiamare l’attenzione – proprio a proposito del valore-obiettivo della diffusione della cultura – su di un tratto differenziale che caratterizza, sul piano effettuale, la tematica dell’accesso dei terzi alle opere dell’ingegno rispetto all’accesso alle invenzioni industriali. L’accesso alla conoscenza di queste ultime è tipicamente interesse di concorrenti: un accesso “rivale”, dunque, che non si accompagna tipicamente ad una “ritrasmissione” diffusa della conoscenza stessa: per ovvie ragioni legate appunto al contesto competitivo. Viceversa, l’accesso alle opere oggetto classico del diritto d’autore, ossia quelle destinate a fruizione culturale e di entertainment (a noi – e alla Costituzione – premono soprattutto le prime), corrisponde tipicamente all’interesse di una platea non solo ben più vasta, potenzialmente illimitata, bensì anche ad una ove i fruitori (dagli studiosi ai musicofili) si fanno “moltiplicatori” delle conoscenze: il raggio delle quali si espande, per l’appunto, per trasmissione/comunicazione sociale diffusa. Questa differenza, dicevo, rende viepiù rilevante la tutela delle ragioni dell’accesso a queste opere – laddove, per quelle di fruizione utilitaria, provvede abbastanza adeguatamente il paradigma brevettuale, soprattutto attraverso lo “scambio” fra privatizzazione dello sfruttamento economico e pubblicizzazione della conoscenza (conoscenza particolareggiata, grazie all’onere di “sufficiente descrizione” dell’invenzione) che caratterizza il paradigma stesso.

4. Peraltro, è proprio nel campo del diritto d’autore che, come noto, la tensione fra “right” e “access” si è fatta più intensa, e complessa, in conseguenza dell’affermazione delle tecniche digitali di riproduzione e di trasmissione telematica: tecniche che consentono di realizzare e diffondere in “tempi reali” perfette riproduzioni di opere di ogni tipo a platee planetarie di fruitori. Si giustifica dunque, in linea di principio, che le tecnologie di contrasto mediante criptaggio, dunque operanti ex ante (le c.d. misure tecnologiche di protezione, MTP, il profilo tecnologico del più ampio orizzonte del c.d. Digital Rights Management, DRM) siano state avallate dalla normativa comunitaria (Direttiva 2001/29/CE, c.d. sulla “Società dell’informazione” – Infosoc) e poi dai legislatori nazionali (su alcuni tratti del recepimento italiano, v. fra breve), sancendosi la illegittimità di rimozioni non autorizzate dal

titolare. Non si giustifica affatto, invece, che la disciplina foggata in sede comunitaria proponga un modello normativo per più versi squilibrato in danno degli interessi dell'accesso dei terzi (beninteso: dell'accesso "buono", corrispondente a interessi di fondamento costituzionale - non all'accesso dei free riders commerciali, sempre da contrastare). Per più versi, dicevo: a) perché la Direttiva, mentre impone agli Stati membri ("shall": art. 2.1, 3.1, 4.1) di garantire la protezione dei titolari dei diritti d'autore e connessi (anche vietando, come ricordato, la rimozione dei sistemi di criptaggio) consente agli stessi ("may": art. 5.2, 5.3) di riconoscere con piena discrezionalità (salvo un caso) sia nell'an e sia nel quo-modo, limitati (e tassativamente enumerati nel "massimo") spazi di libertà di accesso dei terzi, "permitted" (sic: considerando 14) ora a titolo gratuito ("eccezioni"), ora dietro compenso ("limitazioni": rinvio qui al magistrale saggio di Mario Fabiani che apre questo volume); b) perché, come appena accennato, il riconoscimento di siffatte "eccezioni" (un tempo si sarebbe detto "libere utilizzazioni"... ) è rimesso alla discrezione dei legislatori nazionali anche quando il godimento di spazi di libertà da parte dei terzi coinvolga valori-obbiettivo di indiscutibile fondamento costituzionale, come la libertà di informazione, di ricerca, di insegnamento; c) perché si sanzionano solo le "forzature" non autorizzate dei sistemi di criptaggio, mentre non una parola è spesa per prevenire o reprimere l'abusiva apposizione di siffatte misure per escludere l'accesso a contenuti che siano in pubblico dominio - in particolare per scadenza dei termini di protezione esclusiva; d) perché la pur facoltativa e limitata previsione di "eccezioni e limitazioni" viene rimessa, quanto a concreta effettiva applicazione, ad un ulteriore vaglio giudiziario - espresso da un c.d. three-step test - per verificare che quello spazio di libertà - pur in linea di principio fruibile - non pregiudichi, in quel particolare caso, gli interessi del titolare (cfr. art. 5.5).

5. È appena il caso di ricordare che la nostra legge sul diritto d'autore mantiene o introduce (dopo la Direttiva Infosoc) diversi "aggravamenti" dell'impostazione protezionistica della normativa comunitaria. Fra gli altri, basti qui richiamare, ad esempio, la limitazione della libertà di riproduzione di testi a fini (anche) di ricerca scientifica a "brani" o "parti" di essi (art. 70.1 LA): limitazione non contenuta nella Direttiva, e intrinsecamente grottesca in relazione alla materia: come si fa a mettere in discussione una dimostrazione matematica citandola "a brani"?! E sempre a proposito di cose grottesche, che dire della "libertà" di pubblicare, attraverso Internet, a scopi - si badi - didattici o scientifici - musicali e immagini, purché "a bassa risoluzione o degradate" (art. cit., 1-bis): per la soddisfazione dei fruitori e degli stessi autori...1 (sui possibili conflitti d'interesse fra autori ed editori v. ancora il cenno infra, § 7). [\*]

6. L'impostazione squilibrata della disciplina comunitaria - ed altresì, anche di riflesso, di quella nazionale - si svela anche sotto un profilo diverso. Dette normative non prestano alcuna attenzione ai nuovi modelli di distribuzione e finanche di produzione delle opere dell'ingegno in formato digitale sulle reti telematiche. Modelli di distribuzione e produzione che propongono la condivisione come "leva" dello sviluppo della creatività, in particolare rispetto alle "opere derivate", moltiplicando l'offerta culturale (vien fatto di evocare il paradosso aritmetico della parabola evangelica dei pani e dei pesci: per moltiplicare si deve [con]dividere...). Nessuna attenzione, dunque, per i modelli di distribuzione c.d. Open Source (che pure, come ricordato, postulano, per l'enforcement delle regole proprie del sistema - la titolarità di copyright in capo al licenziante "originario"). Nessuna, parimenti, per il fenomeno, in (pluriforme) crescita, del c.d. user generated content. Orbene, una tale disattenzione non svela solo un deficit di cultura "industriale" rispetto a modelli di circolazione che un crescente numero di imprenditori ha fatto propri o sui quali, comunque, riesce ad innestare nuove iniziative, trasformando le "minacce" in opportunità. Opportunità, insisto, sia autoriali in senso stretto, sia imprenditoriali: come ben vide, sin dal 2003, quel fogliaccio sovversivo di "The Economist", allorquando in un suo editoriale auspicò con forza la rimozione delle troppe chiusure che caratterizzano il paradigma legale generale: e proprio allo scopo di «foster creativity in the digital age».

7. Vi è di più. "Scavando", in materia di diritto d'autore, nella problematica dell'accesso, emerge un profilo poco analizzato, al quale mi limito qui ad accennare (e proporre ai giovani come meritevole di organici approfondimenti): il diverso atteggiarsi dell'interesse dell'autore- persona rispetto a quello degli editori/produttori/distributori che organizzano ed attuano la immissione e circolazione sul mercato delle nuove creazioni intellettuali, rispetto appunto all'interesse del pubblico, e suoi segmenti specifici (studiosi, operatori dell'informazione...) ad una diffusa - permanentemente diffusa - conoscenza delle opere. Mi limito a pochi cenni. Anzitutto sotto l'aspetto "morale", è abbastanza ovvio osservare che l'interesse dell'autore- persona si dirige verso la massimizzazione illimitata della conoscenza da parte dei terzi, in quanto postulato della massimizzazione della reputazione personale. Quello dell'imprenditore trova un limite fisiologico nella convenienza economica della pubblicazione e circolazione del "prodotto" (come certi manager, as distinguished dagli editori e dai librai veri, chiamano i libri). Ancora: come tutti purtroppo spesso constatiamo, opere importanti, libri di grande spessore culturale, sono "fuori catalogo" dell'editore - di quell'editore che ancora detiene i diritti, magari per decine d'anni. Se le previsioni sul rapporto costi/ricavi lo sconsigliano, l'editore non ripubblica. Né vi è modo di forzare il blocco: se un editore diverso chiede di ripubblicare, il primo può semplicemente replicare "no, tu no"

- magari per ragioni di ostilità concorrenziale. Nel copyright, infatti, non vige la regola brevettuale per la quale l'inerzia nel porre, ovvero mantenere sul mercato l'invenzione viene sanzionata con il venir meno dell'assolutezza del potere escludente e con il "passaggio di mano" del diritto di produrre e vendere prima a licenziatari "obbligatori", poi eventualmente, a tutti gli operatori. E così, tanto per fare alcuni esempi, l'odierno frequentatore di librerie italiane è costretto a stilare un... processo verbale di vane ricerche per opere di narratori come Gorkji, Majakovskji, Pearl S. Buck, Horace McCoy, Dos Passos, Doctorow, etc. etc. - per non parlare di clamorose assenze nella poesia (è sparito Heine!), nel teatro, nella saggistica... Analoghe riflessioni riguardano la traduzione, l'"opera derivata" che per eccellenza accresce il prestigio dell'autore e diffonde la cultura sul piano internazionale. Qui, l'indistinto allineamento della facoltà di tradurre nel novero di quelle garantite da esclusiva per i fatidici 70 anni dalla morte dell'autore - allineamento frutto di un increscioso *règlement* normativo rispetto all'originaria regola di Berna, che limitava a dieci anni il diritto esclusivo di tradurre - fa sì che anche sotto questo profilo sia la legge del conto economico a prevalere su quella della circolazione della cultura. Di nuovo, l'interesse morale dell'autore e quello conoscitivo del pubblico soccombono a quello aziendale. Rectius, a quello aziendale dell'"originario" editore: senza alcuna garanzia di poter dare luce verde ad altri editori che nel caso concreto potessero attivarsi per diffondere la conoscenza dell'opera sul piano internazionale. La dialettica degli interessi è dunque duplice: fra autori ed editori, e, fra gli editori, fra competitors dinamici e beati possidentes.

Qui mi fermo: anche per non rischiare che il mio carissimo amico Mario Fabiani sospetti ch'io voglia seminare zizzania nel composito mondo associativo al quale egli da sempre presta, con tanta intelligente generosità, la sua dottrina...

[\*] Al di là della "irricevibile" angustia di una simile previsione rispetto agli standard di qualità richiesti - proprio a scopi didattici o scientifici - in certe materie, ad esempio in medicina o nelle arti figurative, risulta decisiva, e probante, l'assenza di una definizione della qualità della risoluzione "originaria" rispetto alla quale individuare una misura accettabile di "bassa risoluzione" o "degradazione".

***La Costituzione garantisce il diritto di autore.***

**di  
Vincenzo Zeno-Zencovich**

Da più parti – ed anche su questa rubrica il 29 maggio scorso – si paventa che le iniziative proposte dall’AGCOM per contrastare la dilagante pirateria on-line possano ledere principi e valori costituzionali. La tesi merita un ragionato ma fermo dissenso.

1. Per quanto riguarda il diritto alla protezione dei dati personali sancito dall’art. 8 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali [cui l’art. 6 del Trattato di Lisbona attribuisce pari valore del Trattato medesimo] la procedura di “notice-and-take-down” proposta dall’AGCOM prescinde del tutto dalla identificazione dell’utente il quale ha un rapporto esclusivo con il soggetto (operatore di rete, gestore del sito, aggregatore di contenuti) cui compete – ai sensi della Direttiva 136/09 – fornire tutte le informazioni riguardanti eventuali irregolarità nella fruizione dei vari servizi.

2. Per quanto riguarda l’eventuale lesione del diritto di informazione e della libertà di manifestazione del pensiero, tutelati dall’art. 21 Cost., va dissipato un grave equivoco. La diffusione al pubblico di una opera protetta perché questo possa riprodurla invito domino non rientra in alcun modo nell’ampia sfera di protezione accordata dalle disposizioni costituzionali alla libertà di espressione.

3. Al contrario, l’invocazione di una immunità costituzionale per poter violare l’altrui diritto d’autore è rigettata dalle corti costituzionali che tale questione si sono poste, a cominciare dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, ordinamento all’interno del quale il 1° Emendamento alla costituzione è ritenuto da almeno mezzo secolo pietra angolare di tutto il sistema e valore preminente sugli altri. È opportuno dunque richiamare la decisione *Eldred v. Ashcroft* del 2003, che ha sostanzialmente chiuso la porta a contenziosi contro la protezione accordata dal diritto d’autore sulla base di argomentazioni fondate su un presunto contrasto con la libertà di espressione.

4. La Corte Suprema ha infatti ricordato che la disciplina del diritto d’autore ha precipuamente lo scopo di promuovere la creazione e la diffusione di una espressione libera. “Il diritto d’autore è il motore della libertà di espressione. Nell’affermare un diritto allo sfruttamento economico delle proprie espressioni, il diritto d’autore fornisce l’incentivo a creare e diffondere idee”.

5. Peraltro, concetti analoghi erano stati espressi un trentennio prima dalla Corte Costituzionale italiana che – trattando dell’ancor più delicato tema del sequestro di opere dell’ingegno abusivamente riprodotte – nella sentenza 38/73 aveva escluso che le norme a tutela del diritto d’autore violino l’art. 21 Cost. ponendo limitazioni alla manifestazione

del pensiero o sottoponendo i mezzi di diffusione ad autorizzazione o censura. Pare inutile osservare che quando taluno rende disponibile, invito domino, l'altrui opera protetta, non sta manifestando il proprio pensiero, bensì sta utilizzando per un proprio vantaggio il pensiero altrui, che si è concretizzato in una opera creativa tutelata dal diritto.

6. Va solo aggiunto che il bilanciamento fra protezione dell'opera dell'ingegno e diritto di informazione e critica è insito sia nella copiosa normativa internazionale e comunitaria in questione, che nella legge sul diritto d'autore (che vi si conforma), laddove vengono con estremo dettaglio disciplinate le utilizzazioni libere delle opere altrui ed il diritto di copia privata, contemperando le diverse esigenze dell'autore e del pubblico. Tali disposizioni sono presidiate dall'art. 11 della nostra Costituzione, stante il principio internazionalistico del *pacta sunt servanda*.

7. E proprio le norme di rango internazionale ci ricordano (art. 54 della Carta europea dei diritti fondamentali) il principio invalicabile del divieto dell'abuso del diritto: la libertà di manifestazione del pensiero non può seriamente essere invocata quando questa, nei fatti (e nelle intenzioni), risulta nella distruzione della protezione accordata alla creatività artistica e al suo esclusivo sfruttamento da parte dell'autore. Come pure sa di (beffardo) abuso invocare il contraddittorio per soggetti che deliberatamente si sono collocati in luoghi inaccessibili alla giustizia europea, nascondendosi dietro prestanomi dichiarati (i 'proxies').

Publicato in Il Sole 24 Ore, 20 giugno 2011, rubrica Osservatorio Ceradi - Luiss G.C.

***McLuhan Cento anni: una nuova edizione della Galassia Gutenberg,  
libro che ha cambiato la storia***

**di  
Gianpiero Gamaleri**

1962-2012. Ricorrono cinquant'anni dalla prima edizione canadese de *The Gutenberg Galaxy. The making of the Typographic Man*, edita dalla Toronto University Press e pubblicata in Italia da Armando Editore nel 1976 nell'accurata traduzione di Stefano Rizzo. Eppure il testo resiste brillantemente al passare del tempo, tanto da richiedere una nuova edizione che esce proprio nel centenario della nascita dello studioso canadese.

La tenuta di questo libro ha una motivazione semplice: la sua capacità di ricercare nelle modalità di comunicazione del passato le dimensioni dell'uomo contemporaneo. In una parola, McLuhan propone una rilettura della storia che ci consente di cogliere gli interrogativi essenziali che l'umanità si pone da che mondo è mondo e che vengono rappresentati attraverso l'esperienza letteraria, l'espressione artistica, la riflessione filosofica, la meditazione religiosa.

Verso una cultura postalfabetica

Bisogna subito aggiungere che in nessun altro Paese come in Italia il pensiero di McLuhan, malgrado il ritardo nella traduzione di alcune sue opere, è stato colto così in profondità. Vogliamo qui ricordare una relazione che risale addirittura al 1969 e che fu tenuta a Perugia nell'ambito del convegno "Il mondo di domani". In essa Paolo Filiassi Carcano - un nostro filosofo che andrebbe riscoperto - dava la chiave di lettura de *La galassia Gutenberg*: "La cosa fondamentale da notare a questo riguardo è, secondo McLuhan, che la forma del medium (cioè la sua modalità percettiva) è più importante rispetto al contenuto trasmesso: e questa osservazione può diventare la premessa di una nuova storiografia, la quale insista e metta in rilievo le svolte caratteristiche più importanti inerenti alle tecnologie della comunicazione (...). L'invenzione della scrittura, poi quella dell'alfabeto, infine quella della stampa, e ora la diffusione dei mass media, segnano delle tappe storiche, estremamente significative, delle quali forse non siamo riusciti ancora a comprendere tutta la portata. Mentre da un lato in gran parte del mondo si combatte una grande battaglia contro l'analfabetismo, per rendere possibile il passaggio da una cultura orale a una cultura letterata, nei Paesi scientificamente e tecnologicamente più sviluppati si avverte la crisi della cultura alfabetica e l'esigenza di una nuova cultura postalfabetica".

Da Gutenberg alla galassia elettronica

Quando scrive *La galassia Gutenberg*, McLuhan è a sua volta tanto persuaso dell'irruzione di questa cultura postalfabetica - rivalutazione dell'oralità rispetto alla scrittura - da rendere necessario un decisivo approfondimento della grande epopea della stampa perché solo recuperando le radici si possono apprezzare senza timori i rami nuovi di una società e della sua cultura. In chiusura della sua opera, l'autore si poneva cinquant'anni fa un interrogativo attualissimo: "Quali saranno le nuove configurazioni di meccanismo e di alfabetizzazione via via che queste più antiche forme di percezione e di giudizio vengono permeate dalla nuova tecnologia elettrica?". E rispetto al momento in cui persino le penne biro vengono sostituite dai bambini dai tasti del computer e dalla pratica del touch screen delle nuove lavagne interattive multimediali, McLuhan già scriveva: "La nuova galassia elettrica di eventi è già penetrata profondamente nella galassia Gutenberg. Anche senza una collisione, una simile coesistenza di tecnologie e di forme di consapevolezza provoca traumi in ogni persona vivente". La presa di coscienza di questi possibili traumi costituisce il miglior antidoto per superarli.

## ***L'accesso ai media sulle due sponde dell'Atlantico\****

di

**Andrea Stazi**

SOMMARIO: I. La centralità della tematica dell'accesso nella società e nell'economia odierne. - II. Le industrie a rete, la convergenza tecnologica e l'accesso ai *media*. - III. L'approccio statunitense: III.1. Il "*marketplace of ideas*": metafora o approccio funzionale? - III.2. Le tipologie di accesso ai *media*. - IV. L'approccio comunitario: IV.1. L'accesso ed il pluralismo: "*sliding doors*"? - IV.2. L'accesso nel quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche. - IV.3. La disciplina speciale dell'audiovisivo fra ordinamento comunitario e normativa italiana. - V. Conclusione. L'inesistenza nello *ius positum* di un diritto di "accesso pluralistico" ai *media*.

### **I. La centralità della tematica dell'accesso nella società e nell'economia odierne.**

All'inizio degli anni duemila, il sociologo statunitense Jeremy Rifkin ha posto in evidenza un mutamento epocale al quale stiamo assistendo e partecipando quotidianamente. Al giorno d'oggi, i mercati stanno cedendo il passo alle reti, i beni ai servizi, ed il concetto di proprietà è sempre più sostituito da quello di accesso. Le imprese ed i consumatori tendono sempre più ad abbandonare la tipologia di rapporto che sinora ha costituito il fulcro dell'economia moderna, ovvero lo scambio su un mercato di titoli di proprietà fra un venditore e un acquirente, a favore di un rapporto che si svolge nell'ambito di una rete e si basa sull'accesso e l'utilizzo temporaneo di una risorsa [1].

Nella visione economica tradizionale di Adam Smith, il gioco del mercato si fonda sulla capacità di acquisire ed essere titolari di diritti di proprietà sui beni, escludendone i terzi [2]. In una economia delle reti, è piuttosto l'integrazione dell'attività economica di ciascuno in un reticolo di relazioni reciproche volto ad ottimizzare lo sforzo collettivo, che favorisce il successo di un'impresa, attraverso una strategia "*win-win*".

La contrazione dei processi produttivi e l'abbreviazione del ciclo di vita dei prodotti, il costo crescente delle attività di ricerca e sviluppo, unitamente ai necessari costi di *marketing*, spingono numerose aziende ad unirsi in consorzi e alleanze strategiche, quando non in vere e proprie compagini societarie poliedriche a più livelli [3], per condividere informazioni, utilizzare risorse in comune e ripartire i costi, al duplice fine di avere a disposizione le risorse necessarie per competere sul

mercato e assicurarsi contro le perdite, nel contesto sempre più rapido e volatile del nuovo scenario economico.

L'economia globale basata sulle reti è guidata – guidandola, al contempo – dalla repentina ed incessante accelerazione del processo d'innovazione tecnologica. Da ciò consegue che, in un ambiente mediato elettronicamente, i processi di produzione, le attrezzature, i beni e i servizi risultano obsoleti con notevole rapidità, per cui l'accesso di breve periodo agli stessi diviene una soluzione adottata sempre più di frequente [4].

Nel nuovo scenario, in sostanza, accanto alle tradizionali economie di scala, stanno acquisendo un ruolo sempre più rilevante le economie di velocità [5]. Essere per prima sul mercato consente ad un'impresa di imporre un prezzo più elevato e godere di margini di profitto più ampi; anche pochi mesi di anticipo sui concorrenti possono risultare determinanti, al fine di realizzare un profitto prima che il prodotto diventi obsoleto o diffuso attraverso un numero tale di reti e supporti alternativi – magari con lievi variazioni che impediscano la violazione di diritti di proprietà intellettuale – da perdere, o dover condividere con i concorrenti, gran parte dell'utilità economica da esso generata per l'impresa.

La velocità di arrivo su un mercato, d'altronde, può consentire altresì ad un'impresa di precludere, da un lato, l'accesso ad altri operatori, dall'altro, a monte, la stessa nascita del mercato, con un'azione che potrebbe definirsi di “pre-accesso distruttivo”.

Alla riduzione del ciclo di vita dei prodotti, inoltre, si accompagna un'attenzione sempre più labile da parte dei consumatori. Di fronte a migliaia di nuovi prodotti e servizi offerti sul mercato a ritmo incessante, l'intervallo fra desiderio e gratificazione si sta avvicinando alla simultaneità, ed i consumatori si attendono un ricambio dei prodotti e loro versioni più evolute a frequenza assai elevata.

Sono queste le giustificazioni economiche più evidenti che conducono spesso i nuovi entranti su un mercato ad evitare il più possibile investimenti in costi fissi o irrecuperabili, in quanto appunto sussiste il serio rischio che tali investimenti non siano recuperati affatto, dati la rapidità dell'innovazione ed il continuo ricambio dei prodotti. Nella nuova fase economica in cui ci troviamo, pertanto, il fornitore per lo più conserva la proprietà dei beni, che noleggia, affitta o cede in uso temporaneo a fronte del pagamento di una tariffa, un abbonamento, *etc.* La cessione della titolarità del bene lascia il passo ad un accesso temporaneo agli stessi, o più di frequente ai servizi, che viene negoziato fra *server* e *client* in una relazione di rete. In questo modo, nel processo economico la proprietà del capitale fisico, in precedenza fondamento della civiltà industriale, diviene assai meno rilevante. Viceversa, in una economia basata sulle reti essa è considerata sempre più spesso dalle aziende un mero costo operativo, più che un patrimonio; si preferisce “prendere in prestito” il capitale fisico, piuttosto che possederlo [6].

Anche il capitale intellettuale, d'altronde, del quale Rifkin ha posto in evidenza la centralità e la maggiore appetibilità nel nuovo sistema, risulta coinvolto in tale processo di "deviazione" verso uno scambio basato sull'accesso e sull'uso temporaneo [7]. Esso viene scambiato raramente, restando piuttosto un possesso del fornitore, il quale lo noleggia o ne autorizza un uso limitato da parte di terzi.

Le imprese hanno già percorso molta strada, nel percorso di transizione dalla proprietà all'accesso, cedendo immobili, riducendo scorte, noleggiando attrezzature, devolvendo in *outsourcing* rami della propria attività, in una lotta per la sopravvivenza che tende all'abbandono di ogni proprietà e costo fisso superflui. Il possesso di molte cose è considerato obsoleto e inadatto ad una economia come quella odierna, caratterizzata dalla velocità e dalla volatilità. Mentre nell'economia di mercato si parlava di venditori e acquirenti, oggi si tende a parlare di fornitori e utenti. In un contesto simile, le transazioni cedono il passo alle alleanze strategiche, ad esempio sotto forma di accordi per mettere in comune risorse o condividere ricavi, creando reti allargate per cogestire le rispettive attività.

In una economia fondata sull'accesso, del resto, il buon andamento dell'impresa dipende meno dal singolo scambio di beni e più dalla capacità di creare un rapporto commerciale a lungo termine con i clienti. Basti pensare che oggi spesso le imprese sono disposte ad offrire gratuitamente i propri prodotti, al fine di instaurare un simile rapporto e "fidelizzare" la clientela.

Il passaggio dal regime di proprietà - fondato sul concetto della cessione della titolarità dei beni - al regime di accesso - basato sulla garanzia della disponibilità temporanea di beni o servizi (controllati per lo più da reti di fornitori) - muta radicalmente la nozione stessa di potere economico. In questo senso, come ha evidenziato Rifkin il potere maggiore, già al momento attuale e sempre più negli anni a venire, sembra destinato a confluire nelle mani di quei soggetti che si pongono quali "*gatekeepers*", "guardiani" rispetto all'accesso alle reti ovvero ai beni o servizi scambiati attraverso di esse.

Questi fenomeni, ha rilevato il sociologo statunitense, avvengono nel contesto di una trasformazione più ampia che riguarda l'essenza stessa del sistema capitalistico, interessato da uno spostamento di lungo periodo dalla produzione industriale a quella culturale. Nel futuro, una quota sempre crescente di scambi economici dovrebbe riferirsi alla commercializzazione, più che di beni e servizi prodotti industrialmente, di una vasta gamma di esperienze culturali, fruite tramite i diversi mezzi d'intrattenimento esistenti sul mercato e moltiplicati esponenzialmente dal progresso tecnologico.

In questo nuovo scenario economico, la garanzia di accesso alle esperienze e risorse culturali, nonché alle reti polifunzionali che le diffondono, acquisisce una rilevanza analoga a quella della proprietà sui beni materiali [8].

Le reti elettroniche sulle quali si basano oramai la maggior parte delle nostre esperienze quotidiane, del resto, sono controllate da un numero limitato di operatori sempre più multinazionali. Questi possiedono le infrastrutture attraverso le quali le persone comunicano fra loro, e controllano una parte determinante dei contenuti culturali e d'intrattenimento che costituiscono "l'esperienza a pagamento" del mondo odierno [9].

Le grandi imprese che gestiscono le reti di comunicazione ed i loro fornitori di contenuti rappresentano quindi i *gatekeeper*, i guardiani che determinano le condizioni in base alle quali, da un lato, le imprese concorrenti e, dall'altro, l'universo dei consumatori/utenti possono avere accesso alle relazioni sociali ed economiche a livello globale.

Siamo di fronte, come ha ben evidenziato ancora Rifkin, ad una "nuova forma di monopolio commerciale"[10]: un monopolio esercitato sull'esperienza vissuta - o *in fieri*, deve aggiungersi con un rilievo ancora maggiore - da parte di una notevole quota della popolazione mondiale. In questo senso, la sfida principale nell'"era dell'accesso" appare dunque quella relativa al ripristino di un equilibrio adeguato fra il dominio della cultura e quello dell'economia.

Le risorse culturali e relazionali offerte dall'evoluzione tecnologica - nuovo "patrimonio dell'umanità" al pari delle risorse naturali nell'era industriale - rischiano di essere sfruttate, ed eventualmente depauperate, sotto il controllo di una cerchia ristretta di soggetti, ai quali si è fatto riferimento come "guardiani", che detengono il controllo delle risorse essenziali sotto il profilo delle infrastrutture e dei contenuti da queste veicolati, con relativa minaccia non soltanto della libertà di concorrenza ma altresì della libertà di espressione, e quindi in ultima analisi della essenza stessa dell'individuo nelle sue manifestazioni sociali ed economiche più caratteristiche.

Per quanto riguarda poi specificamente l'industria dell'intrattenimento, questa deve gestire il rischio che deriva da prodotti con un ciclo di vita brevissimo; ciò rende l'approccio reticolare a quest'attività economica una necessità.

Il sistema di produzione a rete è stato introdotto dapprima nell'industria cinematografica hollywoodiana negli anni cinquanta del secolo scorso, in risposta al bisogno di disporre di professionalità diverse per ciascun progetto e di ripartire il rischio in caso di suo fallimento. In tal modo hanno iniziato a diffondersi case di produzione indipendenti, delle quali i grandi *studios* si avvalgono agendo da investitori, fornendo ai produttori indipendenti le risorse finanziarie necessarie in cambio, oltre che del controllo sul processo di produzione, dei diritti di distribuzione del prodotto finale [11].

Questo modello, in linea generale, è ripreso oggi anche dall'industria audiovisiva, ed in particolare televisiva, del nostro Paese, con le emittenti che rivestono il ruolo di coordinatrici e distributrici in luogo degli *studios*. Ciò, evidentemente, dà luogo alla possibilità che queste, in relazione ai contenuti prodotti di propria iniziativa - ma parimenti

d'altronde a quelli acquisiti da terzi, ovvero a quelli che questi ultimi vorrebbero trasmettere mediante le reti delle emittenti stesse – possano rivestire quel ruolo di *gatekeeper* al quale si faceva cenno in precedenza, riducendo la quantità e le possibilità di fruizione dei contenuti ovvero selezionandone la provenienza.

Dal punto di vista del consumatore/utente, la produzione d'intrattenimento “multi-piattaforma” e “multi-canale” è oramai una realtà nella vita quotidiana, con relativo spostamento degli interessi e dei consumi dai prodotti industriali a quelli *lato sensu* culturali. Ottenere l'accesso ai *media* e ai servizi o contenuti più graditi da ciascuno è divenuto uno degli elementi essenziali dello stile di vita contemporaneo [12].

L'approccio reticolare all'organizzazione produttiva, che sul modello hollywoodiano si è in seguito diffuso a macchia d'olio nei principali settori dell'economia odierna [13], dà ad un ampio numero di imprese la possibilità di liberarsi di impianti, attrezzature e personale, creando relazioni strategiche con i fornitori per la produzione dei contenuti.

In uno scenario di concorrenza crescente e senza confini, di beni e servizi sempre più diversificati e di cicli di vita dei prodotti sempre più brevi, le imprese conservano le loro posizioni di *leadership* attraverso il controllo dei canali di finanziamento e distribuzione ed il trasferimento a soggetti economici più piccoli o esterni del peso della proprietà e della gestione del capitale fisico.

D'altro canto a fronte di tutto ciò le imprese, maggiori e minori, tentano incessantemente di entrare a far parte delle reti commerciali in espansione o in formazione. In un'era basata sull'accesso, il problema maggiore, la necessità più impellente per un'impresa è quella di essere inclusa nelle reti e nei rapporti che consentono di svolgere la propria attività economica.

In conseguenza della vera e propria rivoluzione di cui si è tentato di porre in evidenza alcuni tratti essenziali, come ha evidenziato ancora Rifkin, al giorno d'oggi il termine “accesso” è uno fra quelli più diffusi e rilevanti nella nostra vita quotidiana: “Esso è diventato il titolo necessario per accedere al progresso e alla soddisfazione personale e possiede una potenza evocativa pari a quella che, per le passate generazioni, ha avuto la visione democratica”.

Da tale fenomeno, in particolare, secondo il sociologo statunitense discende il rischio che: “Nell'era prossima ventura, il potere apparterrà ai cosiddetti *gatekeepers* (guardiani): coloro che controllano l'accesso sia alla cultura popolare sia alle reti geografiche e ciberspaziali, che espropriano, confezionano e mercificano la cultura in forma di intrattenimento ed esperienze personali a pagamento” [14].

In un sistema basato sull'accesso, la differenza è fra chi è connesso e chi non lo è, fra inclusi ed esclusi, ed in questo ambito chi possiede i canali di comunicazione e controlla gli ingressi alle reti stabilisce chi opera nel sistema e chi ne resta fuori. È per questa ragione che, ad esempio, le principali società d'intrattenimento, *software* e

telecomunicazioni, consapevoli del ruolo essenziale dei *gatekeeper*, stanno acquisendo i fornitori di servizi e contenuti di maggiore successo: le multinazionali dei *media* sono impegnate in una lotta incessante per il controllo dei canali di comunicazione e delle risorse culturali, al fine di poter espandere il proprio potere di controllo del mercato delle esperienze e dell'intrattenimento.

In generale, con la riorganizzazione della società e dell'economia come fondate sulle reti, la funzione dei "guardiani" diviene determinante, in quanto come accennato essi definiscono i termini di accesso alle reti stesse, nonché ai servizi o contenuti su queste veicolati. La possibilità di svolgere il ruolo del *gatekeeper*, in sostanza, consente di controllare porzioni strategiche di una rete e/o un canale trasmissivo, in cui confluiscono beni, servizi o contenuti, in modo da poter decidere se la risorsa che vi si sta diffondendo possa essere ammessa o no [15].

La funzione di sorveglianza, o *gatekeeping*, come è stato rilevato, può essere ritenuta un fattore importante per la comprensione delle dinamiche dell'accesso quanto la "mano invisibile del mercato" lo è stata nella visione sinora dominante per la comprensione delle regole che disciplinano la proprietà e lo scambio dei beni [16].

Sotto il profilo giuridico-normativo, le considerazioni sopra accennate sembrerebbero poter dare luogo a una rivisitazione della teoria dei diritti soggettivi, e in particolare dei diritti reali, in quanto il nuovo "diritto individuale di non essere escluso dall'uso o dal godimento delle risorse produttive accumulate dalla società nel suo complesso" [17] potrebbe condurre a una declinazione di tale diritto di non esclusione dall'accesso nell'ambito dell'ordinamento giuridico.

In un mondo sempre più incentrato sulle reti sociali ed economiche, per lo più mediate elettronicamente, il diritto all'accesso acquisisce un'importanza crescente. Nell'economia delle reti, in particolare, il concetto di libertà dell'individuo si basa sugli indici dell'accesso e dell'inclusione, piuttosto che sui precedenti dell'autonomia e del possesso.

In questo nuovo contesto, si afferma, il ruolo dello Stato sarebbe quello di garantire a ciascuno il diritto di accedere alle infinite reti attraverso le quali gli individui interagiscono, comunicano, gestiscono le attività economiche e creano cultura [18].

Prendendo avvio dalle riflessioni sin qui accennate riguardo all'odierno scenario socio-economico e tecnologico, la presente ricerca - attraverso un'analisi comparatistica delle disposizioni vigenti nell'ordinamento statunitense ed in quello comunitario, e in specie in quello italiano - è volta a indagare se nel nostro ordinamento possa ritenersi configurabile, *de iure condito*, un "diritto di accesso" alle risorse produttive [19], che sia dotato di piena dignità giuridica e fondato su una base normativa di effettiva valenza cogente.

In particolare, la questione relativa ad un simile diritto d'accesso - che come accennato risulta di rilievo in generale, sia pure con peculiarità differenti nelle singole fattispecie, per le diverse industrie a rete [20] -

sarà affrontata contestualizzandola nell'ambito in cui più ampiamente è stata presa in considerazione, e al contempo presenta profili di maggiore complessità per l'intersezione cui dà luogo fra la libertà di manifestazione del pensiero tutelata dall'art. 21 della Costituzione [21] e la libertà d'iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. [22], ossia nell'ambito in precedenza televisivo e che oggi, a seguito dell'evoluzione tecnologica, pare opportuno definire come del "mercato integrato dell'audiovisivo" [23].

## **II. Le industrie a rete, la convergenza tecnologica e l'accesso ai *media*.**

In generale, le industrie a rete sono organizzate secondo modalità diverse, ognuna delle quali pone differenti questioni, sfide ed implicazioni per la *policy* dell'accesso alla rete.

Un primo modello è quello di una industria verticalmente integrata con un "collo di bottiglia" ("*bottleneck*") centrale e mercati complementari concorrenti a monte e/o a valle della rete. Ipotesi simili sono quasi sempre suscettibili di dare luogo a danni notevoli per i consumatori, se la questione dell'accesso viene tralasciata.

I concorrenti nei mercati complementari, per essere raggiungibili, devono ottenere l'accesso alla infrastruttura "collo di bottiglia", e pertanto questa è tipicamente regolata affinché vi sia garantita una eguaglianza di accesso a tutti i concorrenti a condizioni ragionevoli. E' il caso, ad esempio, della rete telefonica commutata, con la centrale locale in genere vista come *bottleneck* e la porzione di lunga distanza come concorrenziale [24].

Un secondo modello è quello di reti *end-to-end* multiple concorrenti, come ad esempio le reti ATM [25], i servizi turistici e la musica *on-line* [26]. La rivalità fra reti concorrenti può stimolare l'innovazione tecnologica, ma i notevoli effetti di rete presenti nelle relative industrie possono anche fornire diverse opportunità per comportamenti strategici [27].

Le industrie che rientrano in questo modello solitamente non sono soggette a regolamentazione riguardo ai profitti, al prezzo o all'accesso. Piuttosto, risultati socialmente desiderabili, fra i quali il massimo benessere del consumatore, sono assicurati mediante l'applicazione della normativa a tutela della concorrenza.

Un terzo modello organizzativo è quello proprio di numerose reti complesse odierne, molte delle quali hanno certi elementi che sono costosi da riprodurre e per i quali esistono alternative limitate. In questi casi, porzioni della rete possono essere pienamente regolate [28], altre porzioni sono regolate attraverso metodi indiretti quali le licenze o l'autodisciplina, ed altre ancora sono lasciate alla concorrenza e alle sue regole.

Un modello simile aggiorna pertanto la tradizionale classificazione "binaria" dei mercati dell'accesso alle reti, evidenziando la natura assai variegata delle medesime. Piuttosto che reti monopolizzate o, al

contrario, reti *end-to-end* in concorrenza, deve rilevarsi come la maggior parte dei mercati a rete includano un misto di attributi quali componenti di rete fisiche e virtuali e caratteristiche concorrenziali e non concorrenziali [29].

Per quanto concerne specificamente l'industria delle comunicazioni, lo sviluppo del linguaggio numerico binario quale mezzo di elaborazione delle informazioni, e quindi della tecnologia digitale per la trasmissione delle stesse, hanno dato avvio al processo della cosiddetta "convergenza tecnologica" fra i comparti industriali dell'informatica, delle telecomunicazioni e della radiotelevisione. Tale accezione esprime, da un lato, la capacità di differenti piattaforme di rete di gestire servizi di tipo fondamentalmente simile; dall'altro, l'unificazione del funzionamento e della fruibilità di apparecchiature di largo consumo tradizionalmente non compatibili [30].

Il fenomeno della convergenza consente di rendere omogenei, e quindi veicolabili sugli stessi canali e tramite i diversi apparecchi presenti sul mercato, servizi o contenuti storicamente appartenenti ai tre diversi settori sopra menzionati.

Di conseguenza, risulta possibile per un insieme sempre più ampio di persone a livello globale, attraverso infrastrutture comuni informatiche, di telecomunicazioni o radiotelevisive, accedere a servizi ed applicazioni di informazione e/o comunicazione sempre più avanzati, multimediali – ovvero caratterizzati dalla "neutralità" del mezzo rispetto al contenuto veicolato – ed interattivi, ossia in grado di consentire all'utente appunto d'interagire con la risorsa, indirizzando il sistema affinché possa adattarsi alle sue specifiche esigenze [31].

Sul versante delle imprese coinvolte nel nuovo processo di sviluppo, la convergenza implica conseguenze altrettanto radicali, "ri-delineando" i modelli di *business* e, quindi, i profili organizzativi [32]. Le modifiche nelle strategie delle imprese derivanti appunto dalle innovazioni tecnologiche sopra evidenziate, ed in specie la estensione, da parte delle stesse, del proprio perimetro di operatività in settori contigui a quello nel quale si sono impegnate in origine, investono sia la produzione, sia l'organizzazione dell'impresa, sia come detto, riguardo al risultato del processo produttivo, le modalità di fruizione degli *output* da parte dei consumatori/utenti [33].

Tale complesso percorso conduce alla definizione di nuovi confini all'interno della filiera dell'industria delle comunicazioni, con l'ingresso di operatori ulteriori nei mercati interessati e conseguenti nuovi equilibri e posizionamenti sulla catena del valore dei diversi comparti.

In conseguenza del processo al quale si è fatto riferimento, in particolare, il settore dei *media* italiano ed internazionale sta attraversando da alcuni anni un periodo di incessanti mutamenti, dovuti sia alla progressiva sostituzione della piattaforma digitale terrestre all'attuale piattaforma analogica, sia all'emergere di piattaforme nuove, attraverso le quali è possibile veicolare la medesima offerta di contenuti e servizi [34].

In particolare, attualmente risulta possibile distribuire contenuti e servizi audiovisivi mediante cinque diverse piattaforme fondamentali: analogica e digitale terrestre, satellite, banda larga con tecnologie xDSL o fibra ottica, mobile.

In specie a seguito dell'avvento del digitale terrestre [35], la sempre più evidente convergenza fra piattaforme in precedenza alla base di mercati diversi, e la conseguente necessità di conquistare e consolidare rapidamente quote di quello che può definirsi come il nuovo “mercato integrato dell'audiovisivo”, hanno dato luogo, negli ultimi tempi, a mutamenti notevoli nella catena del valore a monte ed a valle del mercato delle trasmissioni di contenuti, audiovisivi appunto, oramai sempre più multimediali.

Di conseguenza, oggi la catena del valore del settore dei *media* risulta caratterizzata, essenzialmente, da quattro attività fondamentali, le quali possono essere svolte dallo stesso soggetto o da soggetti diversi, ovvero: a) la produzione di contenuti, svolta dall'emittente stessa o da società indipendenti; b) la creazione di palinsesti, curata dall'emittente, attività che individua la figura del fornitore di contenuti); c) la gestione della rete, ossia delle frequenze e delle infrastrutture di rete; d) la gestione delle risorse correlate, ossia la gestione dei servizi di accesso condizionato [36], d'interfaccia applicativa dei programmi [37] e di guida elettronica dei programmi [38], curati dal fornitore di servizi.

In un simile scenario, caratterizzato appunto dalla progressiva affermazione di piattaforme trasmissive ulteriori nonché dalla entrata sul mercato di nuovi soggetti, gli operatori televisivi commerciali “tradizionali” stanno procedendo con decisione verso l'introduzione della televisione digitale, tramite nuove reti gestite direttamente o canali tematici affidati a piattaforme di terzi, nonché verso la sperimentazione delle opportunità offerte dalla convergenza, in particolare riguardo ai cosiddetti servizi a valore aggiunto [39]. In tale contesto, una questione rilevante riguarda la possibilità per i fornitori di contenuti indipendenti dai *broadcasters* di accedere alle infrastrutture trasmissive installate da questi per diffondervi i propri programmi.

Per quanto concerne i contenuti, risulta evidente come gli stessi, specie nel caso di contenuti cosiddetti *premium* [40], in grado di attirare notevoli masse di utenti, siano oramai sempre più centrali e contesi per la competizione sia “intra-piattaforma” che “inter-piattaforma”, ponendo anche in questo caso dubbi e questioni in merito ai rapporti fra diritti di esclusiva ed accessibilità ai contenuti più rilevanti da parte dei concorrenti e dei consumatori/utenti finali.

Sotto il profilo della domanda, il consumatore/utente ha potuto beneficiare, da un lato, di una maggiore offerta — in particolare, nel mercato italiano, in virtù dell'affermazione della *pay-tv* via satellite, nonché del rapido sviluppo del digitale terrestre [41] — dall'altro, di una contemporanea diminuzione dei prezzi dei servizi, sia tradizionali, sia *premium*, dovuta alle strategie di acquisizione dei diritti adottate dai diversi operatori sul mercato. In conseguenza delle suddette evoluzioni,

quindi, attualmente i consumatori/utenti televisivi sono in grado di ricevere contenuti attraverso reti e piattaforme diversificate — l'etere analogico o digitale, il satellite, il cavo, la rete telefonica fissa e mobile — tra le quali hanno la possibilità di optare sulla base delle caratteristiche, dei costi, del livello di aggregazione dei servizi offerti e della disponibilità degli stessi.

Nell'ambito del settore dei *media*, la rilevanza dell'accesso è spesso ricondotta a concetti già noti nell'ambito della teoria della democrazia, quali i pericoli derivanti da un monopolio sui mezzi di comunicazione di massa e le implicazioni degli squilibri sostanziali nell'accesso a strumenti d'influenza sull'opinione pubblica.

Il concetto di accesso, peraltro, come detto svolge un ruolo primario nell'economia odierna, caratterizzata dalla dematerializzazione della proprietà. In questo senso, la rilevanza dell'accesso rispetto ai *media* è duplice. Da un lato, l'accesso stesso diviene oggetto di quelle relazioni economiche e commerciali, solitamente incentrate sui servizi, che sono fondate sull'esistenza di reti e consistono appunto nella fornitura di accesso agli utenti finali. Pertanto l'accesso, in forma non fisica ma elettronica, acquista un valore economico e una funzione centrale, nell'ambito dell'economia della conoscenza.

L'accesso e l'interconnessione, inoltre, nelle industrie a rete in genere, costituiscono strumenti essenziali per stimolare la concorrenza tra fornitori di servizi [42]. Ciò, in quanto l'accesso e l'interconnessione riducono le barriere all'entrata create dai costi d'installazione delle reti, riducendo l'ambito delle esternalità di rete e minando così due delle principali giustificazioni economiche di una struttura monopolistica [43].

Il concetto di accesso risulta fortemente evocativo della servitù di derivazione romanistica, ossia della facoltà di un soggetto di attraversare la proprietà di un'altro, oppure, nel diritto internazionale, del diritto di una nazione priva di sbocco al mare di accedervi. In sostanza, il concetto implica per lo più un diritto straordinario, una situazione in cui la proprietà coinvolta è nel controllo di un soggetto diverso, ma le circostanze richiedono che le prerogative della proprietà siano modificate per una ragione specifica.

Le idee dell'accesso sono vaghe, ma spesso fondamentali ai fini dell'individuazione di un modello definitorio o architettonico riguardo all'infrastruttura rilevante per la *policy* in materia.

Il concetto di "accesso ai *media*" può essere definito, in generale, come un diritto di un individuo o di una organizzazione di utilizzare un particolare *medium* - un giornale o un canale radio o televisivo, ovvero un altro mezzo offerto oggi dall'evoluzione tecnologica (Internet, *etc.*) - per diffondere un'opinione sotto forma di articolo, programma o contenuto [44].

Nella sua forma "romantica", l'accesso suggerisce una ricerca di replicare le condizioni del villaggio mediante l'utilizzo della tecnologia, il desiderio di trovare un mezzo per mettere in contatto le persone.

L'accesso, in questo senso, contribuisce alla trasformazione dei *mass media* da mezzi di comunicazione da uno a molti a mezzi di comunicazione di molti con molti.

Inoltre, il concetto di accesso si riferisce anche alla garanzia da parte del governo di una rappresentazione corretta delle opinioni, della inclusione dei cittadini nella sfera pubblica, del contrasto ai monopoli dell'informazione. Dal punto di vista politico, il concetto può significare esprimere il riconoscimento a coloro i quali, per una varietà di ragioni, sono esclusi dal dialogo pubblico, della possibilità di parteciparvi. Ancora, fornire accesso può significare creare "cancelli" alle fonti d'informazione per coloro i quali siano stati privati di tali fonti in precedenza, ovvero fornire a tali soggetti accesso ad un pubblico che è stato loro precluso [45].

Ad ogni modo, vi è palesemente una relazione assai stretta fra l'accesso ai mezzi di comunicazione di massa, il pluralismo delle idee, la libertà di espressione e, più in generale, la democrazia. Dal punto di vista sociale, i *media* consentono all'individuo di uscire dalla propria sfera individuale e partecipare, contribuire alla creazione di un dialogo pubblico e di una società democratica [46]. In concreto, se l'accesso è controllato da una molteplicità di soggetti o da un insieme di regole neutrali, e non è strutturato in un modo che renda l'attività di alcuni gruppi o emittenti più complessa che per altri, allora si avrà libertà di espressione [47].

D'altro canto, deve evidenziarsi come le modalità concrete della fornitura dell'accesso presentino una serie di questioni di notevole rilevanza. In primo luogo, evidentemente, la libertà di accesso ai *media* ha scarso significato là dove non esista un pubblico effettivamente in grado di ricevere i contenuti trasmessi (e disponibile a farlo).

Inoltre, più specificamente, il costo dell'accesso in un sistema privato può difficilmente essere pari a zero, in virtù del costo di trasmissione. Ciò comporta che le persone con una limitata disponibilità economica rischiano di vedersi negata la libertà di espressione, così come è ad essi negato un certo grado di libertà in altre attività. Analogamente, se il numero dei canali è limitato, devono essere impiegati strumenti come il prezzo o le "code", e l'individuazione degli strumenti corretti risulta complessa. Infine, il comportamento economicamente efficiente dei consumatori conduce alla selezione da parte loro degli editori o dei servizi editoriali che vagliano in anticipo i programmi e messaggi indesiderati.

L'accesso, piuttosto che limitarsi a raccolte editate di programmi e messaggi, dovrebbe significare l'opportunità di utilizzare il *medium* per la trasmissione dei propri contenuti. Il grado di accesso, peraltro, è determinato dalle condizioni economiche ed istituzionali nelle quali avvengono le transazioni fra soggetto richiedente e soggetto concedente l'accesso.

D'altronde, in generale l'accesso ai *media* non può comportare la possibilità di inserire messaggi all'interno del processo editoriale di altri.

Né l'accesso può essere gratuito, a prezzo zero, in quanto ciò avrebbe conseguenze intollerabili: da un lato, una domanda di capacità trasmissiva che non potrebbe essere soddisfatta senza sussidi pubblici, sussidi tradizionalmente accompagnati da interventi; dall'altro, vi sarebbe un "overload" (sovraccarico) di consumo di capacità, per cui si ridurrebbe il numero dei messaggi effettivamente trasmissibili e ricevibili. Il costo per i consumatori nell'esercitare le proprie scelte sarebbe così innalzato al punto che soltanto poche scelte avrebbero un valore tale da meritare di essere compiute [48].

L'accesso al mezzo televisivo, in particolare, può avvenire attraverso diversi sistemi. Ad esempio, può essere instaurato un mercato privato dello spettro frequenziale - direzione nella quale pare stiano muovendosi le più recenti iniziative in materia della Commissione europea [49] - in modo che ciascuno, in teoria, possa avviare una nuova emittente [50]; lo stesso vale, evidentemente (ma qui la possibilità - almeno sotto il profilo delle regole - già esiste), per le ulteriori piattaforme offerte dall'attuale quadro tecnologico. Inoltre, può essere previsto un diritto di accesso ai canali esistenti dietro pagamento di un corrispettivo, o perfino attraverso modificazioni di una struttura concentrata di controllo societario, ai sensi della disciplina regolatoria del settore o di quella generale a tutela della concorrenza (*antitrust*).

Ad ogni modo, una difficoltà essenziale legata all'accesso resta quella per cui il suo prezzo non dovrebbe essere pari a zero. Ciò comporta, d'altronde, che alcuni programmi e messaggi siano esclusi. In particolare, lo saranno quelli che i consumatori valuterebbero meno del loro costo di creazione e trasmissione, e che nessun soggetto o gruppo avrebbe intenzione o sarebbe in grado di subsidiare. Inoltre, saranno esclusi altresì i messaggi che i consumatori valuterebbero - e quindi pagherebbero per ricevere - più del loro costo, ma che i fornitori non possono produrre a causa delle distorsioni della concorrenza monopolistica nel mercato del prodotto.

Infine, deve rilevarsi come il prezzo di accesso quale barriera alla libertà di espressione possa risultare significativo altresì nel caso in cui i *media* siano liberi dalle concentrazioni di potere che conducono ai prezzi monopolistici, in quanto la creazione e trasmissione di programmi e messaggi può risultare semplicemente troppo costosa anche là dove i mezzi stessi siano concorrenziali ed efficienti. Ciò può avvenire qualora il livello di produzione dei contenuti corretto dal punto di vista sociale, tenendo in considerazione le valutazioni politiche, sia maggiore di quello corretto dal punto di vista economico [51].

Il concetto di accesso e le sue declinazioni rispetto ai *media*, ad ogni modo, mutano in conseguenza di ogni trasformazione tecnologica, sociale ed economica dei medesimi. Pertanto, la relazione fra l'accesso e queste trasformazioni richiede una ricognizione sistematica.

### **III. L'approccio statunitense: III.1. Il "marketplace of ideas": metafora o approccio funzionale?**

Nell'esperienza statunitense, per indicare la rilevanza della varietà delle opinioni, delle informazioni e dei contenuti nell'ambito del settore dei *media*, nonché dell'essenziale fondamento economico che risiede alla base della loro circolazione, si è utilizzato il concetto di "mercato delle idee" ("*marketplace of ideas*") [52].

Il concetto di mercato delle idee può dare luogo a più di una interpretazione. Una prima possibile può sorgere pensando all'epigrafe posta in apertura del noto scritto di John Milton "Areopagitica" [53]. In base ad essa, le "idee" competono per la dominanza intellettuale sulle menti umane, e presumibilmente la verità prevale soltanto abbastanza spesso da rendere la competizione interessante.

Un altro senso, economico, dell'accezione è invece quello secondo cui vi è un mercato nel quale l'informazione, l'intrattenimento e i "beni" intellettuali sono acquistati e venduti. I *media* svolgono un ruolo determinante (anche se non esclusivo) in questo mercato, per operare nel quale, come acquirente o venditore, è necessario di solito trattare con intermediari quali emittenti televisive o case editrici.

In questo senso, una posizione dominante nel mercato delle idee non indica la circostanza in cui un'idea ha ottenuto, per la sua forza intellettuale o emozionale, un ascendente sulle menti umane, bensì piuttosto uno stato in cui una impresa o istituzione detiene una posizione dominante in senso economico (monopolistica od oligopolistica), in genere raggiunta attraverso il controllo dell'accesso ai mezzi di trasmissione dei messaggi [54].

Una dominanza simile risulta viziata sotto diversi profili: il soggetto dominante ha il potere di utilizzare discrezionalmente i suoi extra-profitti, e può decidere di spenderli in modi contrari agli interessi sociali, economici e politici della collettività. Egli può scegliere di comportarsi in modo antieconomico per escludere concorrenti, nella misura in cui ciò gli è consentito dalle barriere all'entrata nel mercato e dalla struttura di controllo della sua impresa, al fine di evitare che vengano diffusi messaggi o idee diversi da quelli di proprio interesse; potrebbe, ad esempio, escludere altresì coloro che sono pronti a pagare per l'accesso, riducendo in tal modo evidentemente anche la libertà di espressione [55].

Ciò comporta che, da un lato, la quantità, qualità e varietà dei beni prodotti possa risultare inefficiente in senso economico; dall'altro, il "processo miltoniano" può non funzionare correttamente, e le idee che non rappresentano la verità possono dominare il mercato intellettuale come risultato della sistematica esclusione dei messaggi che non corrispondono agli interessi economici o politici di coloro che controllano l'accesso ai mezzi di trasmissione.

Anche là dove non venga in rilievo il secondo vizio cui si è accennato – in quanto ad esempio vi sia una dominanza da parte di un soggetto pubblico che tenda al servizio della collettività – può comunque ritenersi che il processo competitivo miltoniano sia un fine desiderabile in sé [56].

In merito al bene fornito e domandato nel mercato delle idee, può affermarsi che i *media* forniscano "informazione". Il termine informazione ha acquisito un significato matematico piuttosto chiaro come risultato di studi sulla teoria della comunicazione, che analizza questioni quali la modalità di codificare i segnali efficientemente, o quella di massimizzare il flusso d'informazioni in un dato canale di comunicazione. In quest'ambito, l'informazione è definita come un evento che muta la precedente distribuzione delle probabilità di un individuo riguardo a possibilità alternative.

Questa nozione, peraltro, non sembra essere molto utile nel caso dei *media*, almeno all'apparenza. Gran parte del loro prodotto è "intrattenimento", o "opinione", mentre sono relativamente poche le "notizie" del tipo che ricade nel paradigma della teoria della comunicazione.

Ma cosa è "intrattenimento"? E' opportuno guardare a questo concetto dal punto di vista del benessere del comportamento di consumo. Può essere utile, in tal senso, la psicologia sociale alla base del consumo dei *media*. Un'idea affermata nella letteratura psicologica è quella della teoria della "dissonanza" della comunicazione [57]. In breve, le persone tendono a non dare credito ai messaggi che rappresentano una variazione rispetto alle loro aspettative precedenti. Così, la persuasione richiede l'uso di strumenti per superare la resistenza alla dissonanza cognitiva, come ad esempio la ripetizione.

Il "rafforzamento" di messaggi o segnali, d'altronde, è accettato dai consumatori e valutato positivamente sebbene essi non diano ulteriori informazioni, in quanto dà soddisfazione il fatto di vedere la propria opinione "confermata".

Queste considerazioni spiegano la ragione per cui il valore economico delle informazioni può derivare molto più dalla sua relazione con il sistema cognitivo e decisionale delle persone piuttosto che con il loro contenuto oggettivo.

Ciò conduce peraltro solamente al dato che le persone esprimono una "domanda" - nel senso anche economico del termine - per le notizie, le opinioni e l'intrattenimento, diversa a seconda degli individui, e questa domanda è interessata da variabili standard quali prezzo e reddito [58].

In quest'ambito, risulta opportuno trattare unitariamente notizie, opinioni e intrattenimento, in particolare per due ragioni. Anzitutto, le notizie sono talora consumate in quanto esse costituiscono altresì intrattenimento [59]. Inoltre, buona parte dell'intrattenimento contiene commenti politici o sociali, dei quali, proprio in virtù del contesto in cui sono inseriti, è tradizionalmente ben nota la capacità persuasiva.

La domanda per i contenuti diffusi dai *media*, evidentemente, dipende dall'ambiente sociale e culturale in cui le persone vivono, poiché quest'ambiente condiziona l'"utilità" delle informazioni ricevute e il grado di interesse degli utenti rispetto ad esse. Ciò è d'aiuto nella determinazione della struttura dei *media* stessi, in quanto questi ultimi hanno effetto sull'attrattività del messaggio [60].

Dal punto di vista dell'offerta, in linea teorica possono individuarsi tre stadi fondamentali di produzione di contenuti per i *media*, ovvero: a) la creazione dei programmi; b) il processo editoriale; c) la trasmissione dei contenuti al pubblico.

Per quanto concerne la creazione dei programmi, questa riguarda chiaramente la fase di scrittura e produzione del programma. In astratto, le barriere all'entrata sono limitate, poiché la creazione può avvenire sulla base della fantasia e dell'iniziativa imprenditoriale di ciascuno, ma in concreto giungere alla produzione e trasmissione del programma risulta in effetti più complesso.

Il processo editoriale, posto in essere da professionisti del settore, dipende di fatto dall'organizzazione economica, che in questa fase è determinante per decidere quali fra i molti programmi potenziali saranno trasmessi al pubblico, e quindi fra quali il pubblico potrà scegliere. Questo ruolo di *gatekeeping*, come detto in precedenza, esplica un'influenza enorme là dove l'editore sia in posizione dominante.

Infine, lo stadio della trasmissione dei contenuti al pubblico riguarda le emittenti dei programmi scelti dagli editori. Negli ultimi decenni, la tecnologia e la gestione del processo di trasmissione sono state soggette a numerosi drastici mutamenti, che hanno avuto e continuano ad avere effetti profondi sulla struttura dei *media* e sui loro costi, così come effetti derivati sui modelli di consumo, che hanno modificato – almeno in parte – anche l'approccio normativo verso uno spirito meno paternalistico e più libertario.

I tre stadi della produzione di programmi per i *media*, dunque, sono palesemente collegati fra loro. Nell'ambito dei diversi mezzi di comunicazione, la relazione fra i tre stadi si è strutturata in modi derivanti in parte dalle istanze della tecnologia, in parte dalle forze degli interessi economici; talora, poi, certi rapporti sono imposti dai poteri pubblici. Ad ogni modo, è guardando alla relazione fra questi stadi nelle diverse fattispecie che risulta possibile comprendere molti aspetti della struttura e del comportamento dei *media*.

### **III.2. Le tipologie di accesso ai *media*.**

Per quanto concerne le tipologie di accesso ai *media* di derivazione normativa, nell'ordinamento statunitense esse sono state identificate in generale nelle seguenti: a) accesso "della proprietà"; b) accesso "della produzione"; c) accesso "*common carrier*"; d) accesso "pubblico"; nonché e) una categoria ampia di accesso "volontario", ovvero originato da pressioni politiche o economiche di gruppi d'interesse [61]. Di seguito, si prendono brevemente in esame i caratteri essenziali di queste categorie:

a) accesso "della proprietà": è stata la tecnica utilizzata più ampiamente negli Stati Uniti dal Congresso e dalla *Federal Communications Commission* per soddisfare le esigenze di accesso evitando una intromissione diretta nell'informazione o nei contenuti.

Le regole concernenti il controllo delle licenze televisive sono basate sull'assunto che la diversificazione della proprietà costituisca un metodo per raggiungere l'obiettivo sostanziale di incrementare ed arricchire il novero delle fonti d'informazione [62]. Per questa ragione, sono dettate norme che attribuiscono a certi gruppi di soggetti opportunità privilegiate di avere accesso alle licenze [63].

La FCC, quando ha adottato le sue politiche di accesso "della proprietà", ha specificato che l'obiettivo era quello di incidere sull'informazione pubblica. Allo stesso tempo, peraltro, la Commissione medesima ha costantemente richiamato le limitazioni costituzionali che precludono al Governo la possibilità di intervenire sulle trasmissioni in modo da minarne la libertà dei contenuti.

L'assunto dell'arricchimento delle fonti d'informazione in conseguenza della diversificazione dei proprietari, peraltro, non sembra supportato da evidenze di particolare rilievo. Per quanto i programmi dei diversi licenziatari provengano da soggetti diversi, vi saranno comunque profili di somiglianza notevole, basata sui caratteri che appaiono meglio in grado di massimizzare l'*audience* o le entrate pubblicitarie [64].

b) accesso "della produzione": una diversa modalità di assicurare l'accesso è quella di focalizzare l'attenzione non sulla proprietà, bensì sulla produzione di programmi. Ciò attraverso l'emanazione di norme le quali richiedano che un *carrier* di programmi, ad esempio un'emittente televisiva o un operatore via satellite o cavo, diffonda determinate categorie di programmi o i programmi di certi fornitori [65].

Le previsioni di questo tipo sono adottate non soltanto per intervenire sui contenuti, ma altresì a causa di taluni *bottlenecks* nella distribuzione dei programmi o di situazioni di monopolio o quasi-monopolio sui veicoli di distribuzione.

Al possessore della rete, considerato *gatekeeper*, è richiesto di fornire opportunità di accesso ad alcune tipologie di soggetti, eventualmente in determinati momenti, per diffondere i loro programmi e messaggi.

Questa tipologia di accesso può assumere forme diverse, quali ad esempio l'accesso da parte dei partiti o candidati politici, la *par condicio* e il diritto di replica, i canali riservati alle trasmissioni pubbliche o educative, l'accesso da parte di specifici gruppi di minoranza, gli obblighi di "*must carry*" e l'accesso nel "*prime time*".

Di particolare rilievo, ai fini della presente ricerca, risultano queste ultime due ipotesi. Per quanto concerne gli obblighi di *must carry*, il Cable Act statunitense del 1992 [66] ha disposto che gli operatori via cavo diffondano i programmi delle televisioni commerciali locali e delle emittenti pubbliche [67], riflettendo la prassi secondo cui, per ragioni economiche e sociali, la FCC aveva previsto che fosse garantito l'accesso attraverso il cavo a numerose strutture televisive esistenti.

Gli operatori via cavo, d'altronde, hanno opposto resistenze notevoli a queste previsioni, specie lamentando che esse violassero la loro libertà di espressione [68]. Il problema della definizione di questo profilo, evidentemente, risulta essenziale per la questione dell'accesso. Se gli

operatori di rete sono considerati soggetti che comunicano con il pubblico la giustificazione di simili regole di accesso risulta più complessa, rispetto all'ipotesi in cui la rete sia considerata come un mero strumento trasmissivo.

Le regole di *must carry*, fra l'altro, negli Stati Uniti, avrebbero riorientato il modo in cui le emittenti commerciali percepiscono le proprie responsabilità pubbliche. Ciò poiché in qualche modo, in base a tale ricostruzione, soltanto se esse forniscono un certo tipo di servizio e servono gli obiettivi che ispirano le regole di accesso, la loro richiesta di accesso sarà giustificata [69].

Ciò, d'altronde, sembra palesemente disatteso nella pratica dalla stessa FCC, la quale nel 1993 ha stabilito che i canali di vendita televisiva rientrino negli standard d'interesse pubblico alla base degli obblighi di *must carry* [70].

Un ulteriore sottotipo di accesso "della produzione", non presente nel nostro ordinamento ma rilevante ai fini della presente ricerca specie in virtù dei soggetti che da esso beneficiano negli Stati Uniti, è l'accesso nel "*prime time*", ovvero negli orari di maggiore ascolto.

Nell'ambito di questi orari, l'ordinamento statunitense prevede l'opportunità per i "produttori indipendenti", ossia non legati alle maggiori reti, di ottenere accesso al mezzo televisivo [71].

Questa forma di accesso riflette evidentemente le preoccupazioni in merito alla concorrenza fra i produttori di programmazione ed il potere delle reti televisive. Se i distributori di informazione o contenuti sono anche produttori di essi, sussiste il rischio che il distributore discrimini altri produttori suoi concorrenti.

Nella prassi, peraltro, la regola è stata sfruttata per trasmettere programmi d'intrattenimento leggero, di scarsa rilevanza dal punto di vista dell'interesse pubblico. La sua utilità è stata piuttosto quella di contribuire allo sforzo di dar vita a regole generali, in materia di televisione, a proposito dei comportamenti anticompetitivi e dell'integrazione verticale [72].

c) accesso "*common carrier*": quest'approccio rappresenta, in qualche modo, l'opposto dell'accesso proprietario. L'idea di accesso è intrinseca all'essenza stessa del *common carrier*, che funge da strumento per consentire l'uso corretto e non discriminatorio di una risorsa di rilievo pubblico.

Quello del *common carrier* è visto spesso come il modello ideale per una società di mercato libero che consenta una libertà d'informazione senza vincoli e l'accesso ai modi di distribuzione di quell'informazione. I sistemi di *common carrier* multicanali, auspicati quali "*deus ex machina*" del nuovo scenario tecnologico, evitano il bisogno di un intervento intrusivo da parte dei poteri pubblici.

Ma, d'altronde, il *common carrier* fornisce uguali opportunità, non uguale accesso. L'impianto della comunicazione al pubblico può mutare, in conseguenza dell'introduzione di un sistema simile, ma non necessariamente verso un assetto più pluralistico.

L'introduzione del modello *common carrier* per le applicazioni audiovisive e la stampa rappresenta una decisione architettonica secondo cui alcuni modi di distribuzione, come il cavo o la fibra ottica, o almeno parti di essi, debbono essere disciplinati come il telefono, con tariffe pubbliche non discriminatorie e la proprietà separata dal controllo dei contenuti. L'accesso ne risulterebbe facilitato, e potrebbe affermarsi che vi è assenza di *gatekeeper*, evitandosi l'intervento dei poteri pubblici nella scelta fra i potenziali fornitori d'informazioni e contenuti.

Il Communications Act statunitense [73] ha precluso alla FCC di trattare le emittenti televisive come *common carrier*, ed il Cable Act del 1992 ha posto restrizioni sostanziali alle amministrazioni locali e alla FCC in termini di regolazione del cavo [74]. È previsto un limitato trattamento degli operatori via cavo come *common carrier*, essendo loro imposto un obbligo di trasportare le emittenti televisive esistenti (e certi *carriers* specializzati a livello locale).

Da ultimo, sul punto deve rilevarsi come con l'avvento delle nuove piattaforme digitali ed il correlato aumento del numero dei canali in teoria i prezzi dell'accesso dovrebbero ridursi; peraltro, possono sempre esservi canali o piattaforme preferibili, con prezzi maggiori, e d'altronde il costo d'accesso può essere comunque ridotto in relazione al costo della produzione [75].

d) accesso "pubblico" [76]: prevede canali pubblici, accessibili a chiunque, senza garanzia di *audience*, ma ispirati al criterio che debba esservi spazio per ciascuno, gruppi o individui, per esprimere le proprie opinioni od offrire i propri contenuti o informazioni.

Il modello è stato imposto già da molti anni negli Stati Uniti agli operatori via cavo. Il funzionamento è spesso "*first-come, first-served*". In molte comunità, sono messe a disposizione attrezzature a basso livello di tecnologia per consentire a questi gruppi o individui di realizzare i programmi.

In un ambiente audiovisivo sempre più globalizzato, peraltro, l'*audience* di programmi simili rischia di essere in concreto prossimo allo zero; d'altronde, come dimostrano anche le recenti esperienze delle tv "di strada" o "di quartiere", tali canali consentono anche a piccole realtà di esprimere i propri punti di vista e fornire informazioni, per l'utilità quanto meno di coloro che ne fanno parte.

Gli operatori via cavo, comunque, hanno mosso critiche all'imposizione di tali canali, lamentando che ciò violasse la loro libertà di espressione [77]. Nella riforma del 1992, è stata ridotta l'ampia libertà degli utenti dell'accesso pubblico, in particolare attraverso linee guida che individuano ciò che costituisce programmazione inaccettabile, indecente od oscena [78].

e) accesso "volontario": questa tipologia di accesso origina dalla pressione politica o economica di gruppi d'interesse. Questi ultimi agiscono al fine di influenzare le decisioni di produttori di programmi

d'informazione, sit-com, sceneggiati ed altra offerta audiovisiva affinché li includano nei contenuti di questa programmazione.

In una simile ipotesi, peraltro, più che di accesso, dovrebbe parlarsi di minaccia di boicottaggio, pressione indebita e censura. In particolare, piuttosto che richiedere accesso in modo diretto, tali gruppi tentano di modificare quelli che ritengono i messaggi negativi di altri per inserire ciò che essi considerano positivo.

A rendere interessante questa forma di accesso è che esso sposta il processo decisionale dal sistema politico formale ad un ambito di tipo diverso. La leva che è utilizzata è spesso quella del consumatore, a volte anche per finalità positive come l'eliminazione o segnalazione dei contenuti violenti od osceni [79]. Piuttosto che cercare di ottenere l'intervento dei poteri pubblici per influenzare la programmazione, i gruppi d'interesse lavorano in specie con gli inserzionisti, o meglio la minaccia degli inserzionisti. Altre volte, il gruppo opera anche attraverso l'appello agli azionisti o dell'azienda di comunicazione o di quelle inserzioniste [80].

A valle di questo breve quadro delle opzioni alternative storicamente adottate nell'esperienza statunitense per l'accesso ai *media*, ad ogni modo, deve rilevarsi come il concetto di accesso [81] non risulti né sufficientemente fondato a livello teorico né adeguatamente giustificato a livello empirico.

Esso riflette una ricerca per un surrogato politico del pluralismo, un'architettura di superficie della libertà di espressione che combina le insegne della non interferenza governativa con l'illusione che la diffusione di informazioni e storie sia adeguatamente ripartita fra i loro ideatori e assemblatori. Vi è una sorta di ideale nel fascino della dottrina dell'accesso, la forma e la canalizzazione delle forze multiformi e sregolate delle opinioni e differenze della società.

Piuttosto che derivare dagli interventi normativi in materia di accesso, nella prassi la diversità ed il pluralismo di contenuti discendono da una combinazione di fattori, fra i quali in particolare: a) le pressioni indirette delle procedure di licenza o autorizzazione sui *broadcaster*; b) l'accesso "volontario", anche in conseguenza dei mutamenti sociali e culturali degli ultimi decenni; c) le trasformazioni del mercato e le possibilità di programmazione prodotti dalla rivoluzione combinata cavo-satellite dell'ultimo trentennio del secolo scorso, ai quali si aggiungono oggi le nuove opportunità offerte dalle ulteriori tecnologie in fase di sviluppo, dal digitale terrestre, alla televisione in mobilità, alla tv via Internet.

Ad esempio, il satellite ha consentito la distribuzione efficiente di fonti di programmi concorrenti alle piattaforme di distribuzione multicanali a base terrestre. Il potenziale pubblicitario del nuovo mezzo ha incrementato la diversità della programmazione per una semplice ragione: dopo avere raggiunto un'adeguata quantità di abbonati, gli imprenditori dell'audiovisivo hanno avuto un incentivo a proporre programmi di nicchia che attirassero abbonati e utenti addizionali. La nuova opportunità della *pay-per-view* consente a pubblici in precedenza

ignorati di dimostrare l'intensità del loro interesse per una programmazione specifica, offerta dietro pagamento del singolo contenuto [82].

Più in generale, peraltro, deve evidenziarsi come sussista una visione assai radicata della televisione quale in grado di creare o rinforzare la comunicazione ed il consenso pubblici. Il discorso pubblico è oggi essenzialmente discorso attraverso i *media* [83], e la regolamentazione dell'accesso è vista come utile a spingere il mezzo ad incrementare la sua funzione di ausilio al processo democratico, assicurando che esistano le condizioni per il coinvolgimento e il dialogo necessari in una democrazia moderna.

D'altronde, a proposito dei rapporti fra i mezzi di comunicazione audiovisiva e la sfera pubblica, si è correttamente rilevato [84] come la radio prima e la televisione in seguito costituiscano sviluppi della società democratica successivi al diciottesimo secolo, periodo in cui può rintracciarsi l'origine del ruolo pubblico dei *media* (nella contrapposizione fra i mezzi d'informazione, come il giornale, e quelli d'intrattenimento, come il cinema o il teatro). In quest'ottica, la storia e le caratteristiche della radio e della televisione le rendono quasi antitetici rispetto alla nozione idealizzata della sfera pubblica: sin dall'inizio, la radio ha rappresentato un veicolo d'intrattenimento, aggregatore di masse, piuttosto che un luogo per il discorso razionale interpersonale fra individui dedicato al benessere pubblico.

Ad ogni modo, la tecnologia moderna ha contribuito a fare in modo che questi mezzi siano considerati oggi come una sorta di *forum* neutrale per la comunicazione pubblica. Pertanto, la sfera pubblica nel ventesimo secolo non può essere descritta senza pensare al ruolo della radio e della televisione. Con il passare del tempo, i *media* sono divenuti tanto pervasivi, legati alle istituzioni politiche e ritenuti rilevanti per la formazione delle opinioni, che oggi la sfera pubblica non può più essere immaginata al di fuori della comunicazione audiovisiva. Tuttavia, la vitalità e le dinamiche di quest'ultima dipendono dal ruolo e dalla disciplina dei *media* nello specifico contesto socio-economico di riferimento.

#### **IV. L'approccio comunitario: IV.1. L'accesso ed il pluralismo: “*sliding doors*”?**

Nell'esperienza comunitaria, storicamente la *ratio* per la disciplina della titolarità e del controllo dei *mass media* audiovisivi è stata quella della tutela del pluralismo.

In ambito europeo, il principio del pluralismo è stato previsto a più riprese in diverse normative, specie di natura convenzionale, che lo hanno reso un vero e proprio principio fondamentale dell'ordinamento comunitario. A fronte di tale ruolo del principio, d'altronde, non si sono avute, per ragioni anzitutto politiche, le necessarie norme di attuazione all'interno dei diversi Stati membri.

In particolare, a livello comunitario gli interventi culturali, democratici e sociali sul tema sono stati realizzati – a causa del tradizionale stretto vincolo fra la disciplina della radiotelevisione e la politica (dei singoli Stati membri) [85] – essenzialmente attraverso misure di “*soft law*”, relative a strumenti di finanziamento diretti o indiretti o a clausole di esenzione dalla regolazione del mercato, le quali prevedono che gli Stati membri possano attivarsi al fine di realizzare taluni fini politico-sociali e culturali, indicati peraltro in modo generale e la cui selezione, integrazione e declinazione sono lasciate in sostanza alla pressoché totale discrezionalità degli Stati.

A livello nazionale, poi, questi fini sono spesso perseguiti dagli Stati attraverso mere petizioni di principio, ed assai più raramente mediante norme specifiche, dato appunto il notevole impatto a livello politico e democratico di simili misure, al quale contribuisce fra l’altro l’incidenza delle stesse su altre libertà costituzionalmente garantite, quale in specie quella d’iniziativa economica privata.

Per quanto concerne le previsioni di principio cui si è fatto riferimento, in particolare, innanzitutto viene in rilievo l’articolo 10 della «*Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*» [86], in base al quale: «*Ogni persona ha diritto alla libertà d’espressione. Tale diritto include la libertà d’opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza ingerenza alcuna da parte delle autorità pubbliche e senza considerazione di frontiera*» [87].

Analogamente, l’articolo 19 del «*Patto Internazionale relativo ai Diritti Civili e Politici*» [88], al comma 2 aveva previsto che: «*Ogni individuo ha il diritto alla libertà di espressione; tale diritto comprende la libertà di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee di ogni genere, senza riguardo a frontiere, oralmente, per iscritto, attraverso la stampa, in forma artistica o attraverso qualsiasi altro mezzo di sua scelta*» [89].

Nel 2000, poi, si è avuta l’adozione della «*Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*» [90], nella quale all’art. 11 si è introdotto nell’ordinamento comunitario il primo vero e proprio espresso richiamo al principio fondamentale del pluralismo, prevedendo che: «*1. Ogni individuo ha diritto alla libertà d’espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiere. 2. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati*» [91].

Ancora, i suddetti principi – peraltro con previsioni ancor più “generalissime”, data l’assai limitata ingerenza delle normativa comunitaria nei confronti degli S.M. in materia radiotelevisiva [92] – sono stati ripresi altresì dal *framework* comunitario del 2002 [93], che in particolare, nella direttiva «*quadro*», 2002/21/CE, oltre a richiamarli nei considerando 5°, 6° e 31°, all’art. 8 ha precisato che: «*Le autorità nazionali di regolamentazione possono contribuire nell’ambito delle loro competenze a garantire l’attuazione delle politiche volte a promuovere*

*la diversità culturale e linguistica e il pluralismo dei mezzi di comunicazione».*

In virtù di quanto previsto nella CEDU, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha frequentemente sottolineato il ruolo dei *media* in una società democratica, affermando in particolare che “*cannot be successfully accomplished unless it is grounded in the principle of pluralism, of which the State is the ultimate guarantor. This observation is especially valid in relation to audio-visual media, whose programmes are often broadcast very widely*”. Ciò, specificando come possa essere desiderabile avere una offerta di programmi non solo plurale, ma anche proveniente da fonti diverse [94].

Il Consiglio d'Europa, nel medesimo senso, ad esempio nella sua «Dichiarazione sulla libertà di espressione ed informazione», ha rilevato che “*states have the duty to guard against infringements of the freedom of expression and should adopt policies designed to foster as much as possibile a variety of media and a plurality of information sources, thereby allowing a plurality of ideas and opinions*” [95].

L'idea alla base del principio del pluralismo, in linea di massima, è quella secondo cui la programmazione che viene da ultimo trasmessa al pubblico rappresenta i differenti gruppi e opinioni presenti nella società [96].

Il concetto ha attratto una pluralità di significati, ma pare esservi accordo, in generale, a proposito di tre oggetti essenziali associati con esso, spesso descritti in modo per lo più intercambiabile in termini di pluralismo (*pluralism*) o diversità (*diversity*) [97]. Un primo oggetto è la pluralità o diversità di contenuti, che si riferisce alla sostanza del materiale trasmesso suggerendo la disponibilità di una gamma di vedute, opinioni e argomenti. Un secondo oggetto è la pluralità o diversità delle fonti, che implica una varietà di produttori, editori o titolari di programmi o informazioni. Terzo oggetto è la pluralità o diversità di canali, con cui si indica una varietà di servizi di trasmissione che selezionino e presentino il materiale direttamente al pubblico.

Evidentemente, queste diverse concezioni del pluralismo dei *media* non hanno tutte le stesse implicazioni. In particolare, né la diversità delle fonti né quella dei canali può garantire il risultato della diversità di contenuti [98]. Il requisito della pluralità delle voci, o delle fonti d'informazione, è ancora una nozione in via di sviluppo negli ordinamenti europei. Esso è stato riconosciuto come un attributo della libertà di espressione in Francia nelle decisioni in materia di televisione (e di stampa) del *Conseil Constitutionnel* [99], e come un aspetto della libertà di radiodiffusione dalle Corti Costituzionali tedesca [100] ed italiana [101].

La posizione delle corti in generale è quella secondo cui la legislazione deve assicurare che i *media* siano aperti ad una varietà di opinioni e non siano dominati da monopoli od oligopoli privati. Ad esempio, in Francia il *Conseil Constitutionnel* ha richiesto che le regole di concorrenza nel settore della legge francese fossero rese più stringenti in diversi aspetti,

prima che le misure potessero essere ritenute costituzionalmente valide. La Corte Costituzionale tedesca, nella sua decisione *Fourth Television* ha insistito affinché le Autorità statali preposte all'assegnazione delle licenze considerino se un richiedente la licenza possa esercitare un ruolo dominante sul mercato, ove questa gli sia concessa. La Corte Costituzionale italiana, nella sua sentenza n. 826/1988, ha ripetuto la richiesta, già espressa nelle sue pronunce precedenti sul tema, che il Parlamento emanasse regole “*antitrust*” precise prima che l'attività radiotelevisiva privata fosse consentita a livello nazionale.

Ad ogni modo, le preoccupazioni relative al pluralismo insorgono dal tradizionale assunto riguardo alla relazione fra contenuti trasmessi dai mezzi di comunicazione di massa e giudizi ed azioni degli individui. Al di là delle diverse opinioni in merito alla capacità di persuasione dei *media* nei confronti del pubblico, la questione sorge dal fatto che essi rappresentano oggi la fonte primaria di conoscenza della realtà che ci circonda. Da ciò, nasce l'esigenza di assicurare che le fonti d'informazione non escludano possibilità alternative.

La *ratio* della tutela del pluralismo, dunque, risiede in uno dei pilastri della libertà di espressione. L'idea è che le opinioni non debbano essere censurate perché il pubblico ha bisogno della disponibilità di una gamma di vedute alternative, per essere certo che ciò a cui crede risponda effettivamente a verità. L'obiettivo dell'interesse è quindi il pubblico piuttosto che l'emittente; il pluralismo non richiede che i contenuti siano prodotti e resi pubblici, né forza le emittenti a diffondere informazioni o programmi.

Da ciò consegue che, fra le diverse concezioni del pluralismo, la diversità dei contenuti rappresenta la versione più forte. In questo senso, il pluralismo può essere visto come l'omologo “privato” della “pubblica” libertà d'informazione, consistendo appunto nella possibilità per gli individui-utenti dei *media* di avere a disposizione informazioni sufficienti per poter esprimere giudizi informati.

Una questione ulteriore è quella che concerne l'opzione se gli individui-utenti debbano avere una gamma d'informazioni fornita ad essi in modalità “*push*” senza sforzo da parte loro, o se invece siano tenuti a prendere l'iniziativa, in modo “*pull*”, nel ricercare prospettive alternative prima di giungere ai loro giudizi.

Un approccio liberista porterebbe a ritenere che gli individui-utenti debbano assumersi la responsabilità di reperire fonti informative tali da formarsi una base adeguata di giudizio. La visione precedente, che è riflessa nei valori del servizio pubblico radiotelevisivo, può essere considerata come una concezione paternalistica, nonché poco in linea con le recenti evoluzioni tecnologiche connesse all'avvento del digitale (fra le quali vi è una modalità di fruizione dei *media* da parte degli utenti sempre più interattiva e *pull*) [102].

D'altronde, là dove il pubblico non abbia una prospettiva ragionevole di trovare vedute alternative in modo facile ed economico, non avrebbe la possibilità di esercitare la sua responsabilità morale. Rispetto al

pluralismo, ciò conduce alla opportunità di valutare quali realistiche possibilità esistano per il reperimento di prospettive alternative [103].

I rimedi predisposti dagli ordinamenti per assicurare la tutela del pluralismo sono diversificati. L'approccio più ampio è riflesso negli obblighi di servizio pubblico, i quali richiedono che venga messa a disposizione degli utenti una gamma di contenuti, con presentazione imparziale delle notizie e dei temi controversi.

Questo approccio, cosiddetto pluralismo interno, è altamente invasivo: la selezione dei materiali si sovrappone alla scelta immediata sia dei fornitori di contenuti che del pubblico. Per questo, la connessione necessaria fra servizio pubblico radiotelevisivo e pluralismo è stata messa in discussione, ed oggi il servizio pubblico trasmette anche programmazione diversa, ad esempio "d'intrattenimento leggero". Dal momento in cui è stato possibile che altre iniziative di programmazione fornissero punti di vista alternativi, non vi era ragione di richiedere che tutto il prodotto dovesse incontrare standard di servizio pubblico.

A proposito degli strumenti ulteriori mediante i quali si assicura la tutela del pluralismo, cosiddetto esterno, deve rilevarsi anzitutto come nell'ambito degli Stati dell'Unione europea, in generale, l'attività televisiva sia subordinata all'ottenimento di un'autorizzazione. Inoltre, vi è un insieme di controlli sui contenuti che va oltre quelli imposti dal generale diritto civile e penale.

Un approccio di particolare rilevanza è quello della disciplina della proprietà dei *media*, che si basa su due argomenti. Uno è l'opinione che il controllo strutturale sul numero delle imprese in un settore avrà un impatto sulla natura dei prodotti forniti. L'altro è lo scopo di prevenire la possibilità che la programmazione sia dominata da uno o pochi soggetti potenti.

Ad ogni modo, la disciplina ha proceduto sulla base di assunzioni riguardo agli effetti del pluralismo la cui verifica risulta difficile da ottenere. In astratto, l'esistenza di un monopolio sui *media* non indica necessariamente l'assenza di pluralismo (come dimostra il caso del servizio pubblico). Peraltro, secondo l'orientamento preferibile, un monopolista che scelga di produrre un'ampia gamma di programmi e di opinioni per il suo pubblico, per quanto riduca gli effetti negativi del monopolio, non garantisce la libertà di espressione [104]. D'altronde, anche la presenza di molti soggetti in un mercato non garantisce una diversità di opinioni; né, dal punto di vista economico, il benessere del consumatore [105].

Pertanto, può essere riconosciuto che il controllo della proprietà è in grado soltanto di prevedere condizioni che siano in astratto le più favorevoli verso il pluralismo; ciò, in specie in considerazione del fatto che il fenomeno del controllo proprietario personale è stato oramai ampiamente sostituito dal potere di imprese di grandi dimensioni, soprattutto conglomerate, fattore che incrementa ulteriormente la difficoltà di stabilire una relazione precisa fra potere di mercato e contenuti dei *media* [106].

Al giorno d'oggi, poi, in virtù del fenomeno della convergenza tecnologica e della correlata fusione dei settori esistenti in precedenza, le regole sulla proprietà sembrano avere ancora minore ragion d'essere. Le norme correlate ai diversi settori dei *media*, mentre continueranno ad esistere nel breve periodo, paiono destinate a divenire del tutto inefficaci con la scomparsa di tali settori come a se stanti [107].

Questa tendenza, del resto, ha già preso avvio in Europa, ed è riflessa nel crescente utilizzo delle quote di ascolto – rispetto a quelle di mercato, utilizzate nel nostro ordinamento – per determinare i confini della proprietà consentiti [108].

Altre forme di tutela del pluralismo attualmente vigenti concernono obblighi positivi di trasmettere programmi di qualità, programmi d'informazione e attualità, film e commedie originali, nonché, in virtù della direttiva «*Tv senza frontiere*», già n. 89/552/CEE ed oggi 2007/65/CE, e della «*Convenzione europea sulla televisione transfrontaliera*» del 1989, di dedicare la maggioranza del tempo di trasmissione ad “opere europee” [109].

In particolare, un metodo di tutela del pluralismo è l'imposizione di controlli sui contenuti, ad esempio precludendo al proprietario di una emittente di proiettare soltanto le sue opinioni politiche, richiedendo imparzialità e correttezza e conferendo diritti di accesso a partiti politici, gruppi sociali e individui. Questo metodo è adottato nel caso dei canali di servizio pubblico radiotelevisivo, ed in misura più ridotta nei confronti dei loro concorrenti privati (non invece per la stampa).

Inoltre, l'accesso privato al mezzo televisivo è perseguito attraverso l'abolizione per legge, talora su impulso di decisioni delle corti costituzionali, del tradizionale monopolio pubblico della radiotelevisione. Per quanto sia incerto in quale misura il riconoscimento di licenze ad un numero ridotto di operatori privati incrementi realmente la gamma delle opinioni diffuse in televisione, il superamento del monopolio pubblico ha comunque contribuito a ridurre – almeno in parte – lo storico legame del settore con la politica [110].

Un ulteriore sviluppo di rilievo è il requisito ora presente in molte legislazioni in materia, per cui è previsto che una certa percentuale del tempo di trasmissione debba essere allocata a produttori indipendenti.

A livello comunitario, la direttiva «*Tv senza frontiere*» richiede a tutti gli Stati membri di riservare almeno il dieci per cento del tempo di trasmissione (escluso quello dedicato a notizie, sport e giochi) ad “opere europee di produttori indipendenti”. Una ulteriore norma della direttiva, assai generica, prevede che un’“adeguata percentuale” debba essere riservata per opere “recenti”, ovvero trasmesse entro cinque anni dalla produzione [111]. L'obiettivo di queste norme è quello di stimolare nuove fonti di produzione televisiva, specie nelle imprese medie e minori, e di fornire canali trasmissivi per talenti artistici creativi.

Ad ogni modo, in conseguenza della convergenza tecnologica, la piattaforma per la fornitura del contenuto diviene meno rilevante per la tutela del pluralismo nei *media*. Le restrizioni alla proprietà relative a

settori verticalmente integrati, che collegano la produzione di programmi e la distribuzione al pubblico, perdono di significato nel momento in cui la stessa programmazione può essere fornita attraverso strumenti che variano fra i precedenti settori della televisione terrestre, del satellite, del cavo o delle telecomunicazioni.

Di fronte a tale evoluzione, al di là dell'opportunità del mantenimento del servizio pubblico radiotelevisivo, socialmente desiderabile per ragioni che vanno anche oltre il pluralismo [112], gli strumenti migliori per tutelare quest'ultimo a livello nazionale appaiono, da un lato, la "targettizzazione" della produzione e della fornitura di programmi al fine di assicurare che queste ultime non vengano a trovarsi nella disponibilità di un numero limitato di soggetti.

In un'industria che muta rapidamente, ciò richiederà un'analisi della circolazione dei diritti di programmazione e degli accordi per la sua distribuzione e fornitura al pubblico. Sulla base di quanto avvenuto di recente nell'ambito della disciplina della proprietà, peraltro, si è proposto che l'obiettivo di tale analisi debba essere l'impatto di tali accordi sulla percentuale di pubblico raggiunta, piuttosto che sulle quote di mercato; con un approccio quindi più specificamente diretto alla tutela del pluralismo, rispetto ai tradizionali criteri *antitrust* [113].

Un ulteriore strumento utile, che potrebbe essere impiegato in modo complementare al precedente, sarebbe un'azione rispetto alla trasmissione al pubblico dei contenuti. Oltre all'opzione del *common carrier*, che comunque non garantisce necessariamente il pluralismo, potrebbero essere imposte delle quote rispetto alle fonti di fornitura. Ciò, sull'esempio di quanto avviene a livello comunitario con la quota del dieci per cento di produzioni indipendenti contemplata nella direttiva «*Tv senza frontiere*», o nell'ordinamento tedesco con la previsione di "programmi finestra" (*Fensterprogrammen*) per i terzi indipendenti [114]. Nell'ordinamento italiano, questa opzione è stata adottata con la previsione della legge n. 66/2001 relativa all'obbligo, per le reti digitali terrestri, di riservare una quota del quaranta per cento della propria capacità trasmissiva a produttori indipendenti, previsione che è stata da ultimo attuata attraverso il regolamento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni adottato con delibera n. 109/07/CONS [115].

Sotto un diverso profilo, si ritiene che un ulteriore strumento per la tutela del pluralismo consista nell'utilizzo delle leggi *antitrust* relative alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni, al fine di prevenire l'accumulo di licenze o autorizzazioni televisive e limitare il fenomeno crescente del possesso incrociato di partecipazioni in *media* - sempre meno peraltro - diversi (c.d. *cross-media ownership*) [116].

D'altronde, sono stati avanzati dubbi a proposito della efficacia di queste regole *ex se* ad assicurare un reale pluralismo di opinioni. Anche a livello normativo, la direttiva «*accesso*», n. 2002/19/CE, rileva espressamente come: «*Le regole di concorrenza da sole possono non*

*essere sufficienti per garantire la diversità culturale e il pluralismo dei media nel settore della televisione digitale».* Di conseguenza, si prevede che: «*Gli Stati membri possono specificare con tutti i mezzi legislativi, regolamentari o amministrativi che ritengono opportuni i servizi televisivi digitali ai quali gli utenti finali devono poter accedere»* [117].

Le regole a tutela della concorrenza, si afferma in particolare, sono in grado di impedire ad un'impresa di essere titolare di oltre un certo numero di licenze o autorizzazioni, di abusare della propria posizione di mercato, o di porre in essere accordi che riducano il novero delle fonti della produzione o distribuzione, ma la diversità di proprietà non garantisce una varietà di programmi [118]. Piuttosto, è molto più probabile che vi sarà una tendenza all'uniformazione, con i concorrenti che prenderanno di mira lo stesso, ampio pubblico, con prodotti simili [119].

A proposito della *cross-media ownership*, poi, questa sarà contrastabile in termini di diritto della concorrenza, data la diversità dei mercati rilevanti interessati, soltanto là dove possa essere dimostrato che una impresa dominante in un mercato sia in grado di esercitare un potere di leva su un altro, ad esempio tramite sussidi incrociati [120].

In quest'ottica, potrebbe affermarsi che l'applicazione del diritto *antitrust* - evidentemente rivolto in primo luogo a rafforzare la concorrenza sul mercato - sia condizione necessaria, ma non sufficiente, per la diversità della programmazione; ma anche tale assunto viene posto in discussione: più che la fattispecie anticompetitiva in sé, si precisa, sarà il suo impatto sul pubblico a produrre effetti in termini di pluralismo [121].

In tal senso, rileva anche la considerazione per cui il pluralismo non ha una relazione diretta con la sfera economica; in particolare, quando si riferisce ai contenuti, esso non ha un rapporto necessario né con la libertà né con l'efficienza economica ed il benessere dei consumatori [122].

A queste obiezioni, d'altronde, replicano coloro i quali hanno rimarcato comunque l'effetto negativo della concentrazione del potere di mercato nelle mani di un numero ristretto di soggetti, o peggio uno solo, anche ai fini del pluralismo delle idee. In tal senso, si afferma, non è chiaro se un soggetto in posizione di dominanza produca la stessa gamma di prodotti generata dalla concorrenza [123], e come detto anche ove lo faccia ciò non garantisce comunque libertà di espressione.

Ancora, è da dubitarsi che il "subentro" del mercato dei capitali nei casi di carenze nella massimizzazione dei profitti - ad esempio quando un soggetto dominante escluda certe vedute politiche a scapito del profitto - funzioni effettivamente nell'industria televisiva, in cui le cessioni di azioni debbono ricevere l'avallo delle Autorità pubbliche.

Infine, la posizione di dominanza sul mercato conduce in ogni caso ad imporre un prezzo più elevato, e ciò è difficilmente giustificabile dal punto di vista dell'accesso, per cui i prezzi possono risultare centrali, ai fini della valutazione [124].

Ad ogni modo, per quanto in generale la varietà delle idee e delle opinioni che caratterizza una offerta di contenuti pluralistica debba essere distinta dalla concorrenza economica, risulta evidente come quest'ultima possa influenzare la prima (e viceversa) [125].

Comportamenti consistenti, ad esempio, nel monopolizzare la base dei consumatori o nel rendere più difficile per gli abbonati la fruizione di servizi provenienti da fornitori diversi hanno non soltanto un effetto negativo sulla concorrenza. Le strategie di esclusione, le situazioni di *lock-in* tecnologico e contrattuale e l'accaparramento di un'ampia quantità di contenuti da parte di uno o più operatori possono risultare evidentemente suscettibili di impattare altresì sul pluralismo, all'interno della piattaforma e rispetto a quelle alternative.

Dal punto di vista del pluralismo, poi, può ritenersi che quando esso si riferisce alla fonti di produzione dei programmi, allora può essere considerato una misura della libertà di accesso, purché le imprese coinvolte siano eterogenee. Ma in questo senso, il pluralismo conduce direttamente a quella che resta sullo sfondo come la tematica principale, ovvero appunto la facilità di accesso ai *media* per i fornitori di contenuti, e la relativa facilità di accesso a fonti d'informazione alternative indipendenti per il pubblico [126].

Di recente, infine, la Commissione europea ha avviato e sta portando avanti un'iniziativa volta ad approntare un sistema per monitorare il pluralismo dei *media* negli Stati membri. All'inizio del 2007, in risposta alle reiterate preoccupazioni espresse dal Parlamento europeo e dalle organizzazioni non governative per la concentrazione dei *media* e le sue ripercussioni sul pluralismo e sulla libertà di espressione, ed in seguito alle proposte scaturite dalla Conferenza di Liverpool sull'audiovisivo del 2005, la Commissione ha avviato un percorso basato su un "*three-step approach*" in tema di pluralismo dei *media* nell'Unione europea.

Le tre tappe consistono in: 1) un documento di lavoro dei servizi della Commissione sul pluralismo dei *media* (presentato a gennaio 2007), che ha descritto le azioni per promuovere il pluralismo avviate da terze parti e organizzazioni, in particolare dal Consiglio d'Europa, e ha illustrato una prima indagine sintetica sui mercati dell'audiovisivo e della stampa scritta negli Stati membri; 2) uno studio indipendente sul pluralismo dei *media* negli Stati membri (pubblicato in versione definitiva a luglio 2009), che ha definito e sperimentato alcuni indici di valutazione del pluralismo e d'identificazione delle relative minacce; 3) una comunicazione della Commissione sugli indici di pluralismo dei *media* negli Stati membri dell'UE (prevista ora per il 2010), volta ad esaminare se sia opportuno applicare gli indici del pluralismo dei *media*, ad esempio nell'ambito di uno studio ulteriore [127].

In particolare lo studio, costruito secondo un modello di *risk-based framework*, elabora un sistema di ben centosessantasei indicatori, raggruppati in tre macro-aree in grado di coprire l'ampio ambito di estensione della nozione: l'area giuridica, l'area socio-demografica e l'area economica. Fanno parte dell'area giuridica quegli indicatori tesi a

valutare la disponibilità e l'efficacia di politiche e strumenti giuridici in senso ampio (ad esempio tanto norme di legge o regolamentari quanto codici di autodisciplina) in grado di supportare il pluralismo dei mezzi di comunicazione in un dato Paese. Sono considerati indicatori socio-demografici quelli volti a misurare la gamma dei *media* accessibili ai cittadini dei diversi Stati membri, sulla base di fattori quali la collocazione geografica, l'estrazione sociale, l'età, il sesso, *etc.* Rientrano nell'area economica quegli indicatori che misurano l'ampiezza, la diversità e la *performance* economica dei *media* dal lato dell'offerta, in base ad esempio al numero di operatori attivi, al livello di concentrazione nel mercato, *etc.*

Tutti gli indicatori, da ultimo, vengono resi operativi tramite un apposito programma, il c.d. *Media Pluralism Monitor*. Il MPM, dunque, è modellato come uno strumento di cui ogni *stakeholder* può avvalersi per verificare lo stato di salute del pluralismo nel proprio sistema dei *media*. Per ottenere ciò, occorre raccogliere gli opportuni dati e fornire le risposte ai vari quesiti formulati rispetto ai suddetti indicatori, acquisendo così, come risultante della combinazione delle stesse, una diagnosi finale sui rischi che corre il pluralismo mediatico nel sistema in cui il programma viene applicato.

Peraltro, il MPM ha già suscitato diverse critiche. In particolare, sono state sollevate perplessità sull'esito dello studio presentato, argomentando sia per l'intrinseca arbitrarietà e parzialità di un sistema di monitoraggio a livello europeo di un aspetto essenzialmente politico e nazionale, quale sarebbe il pluralismo dei *media*, sia per la difficoltà di riconciliare lo stesso MPM con le specificità delle realtà locali e più in generale dei nuovi mezzi di comunicazione. Ancora, è stato rilevato che il monitoraggio dei contenuti per mezzo dell'applicazione del MPM potrebbe comportare violazioni della libertà di stampa e di espressione in genere. Infine, si è affermato che dall'applicazione del MPM, soprattutto se ad opera delle Autorità di regolazione, potrebbe derivare il rischio, in caso di riscontro di pericoli per il pluralismo, di azioni univocamente di carattere regolatorio.

Ad ogni modo, il MPM può risultare in effetti soltanto uno strumento di ausilio nelle decisioni di *policy*, ed eventualmente uno strumento di *moral suasion* [128]. Analogamente, la prevista Comunicazione della Commissione europea che dovrebbe recepire gli indicatori elaborati nello studio, sarà ancora una volta uno strumento di *soft law*, privo di forza cogente.

#### **IV.2. L'accesso nel quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche.**

Nell'ordinamento comunitario, l'obiettivo principale delle normative di regolazione settoriale è quello di promuovere lo sviluppo della concorrenza assicurando il funzionamento delle strutture dei mercati interessati.

Inoltre, l'azione regolatoria è fondata su un insieme di motivazioni d'intervento più ampio, venendo in rilievo altresì per il raggiungimento "sul campo" di scopi ulteriori assimilabili - *lato sensu* - alla vera e propria politica industriale, fra i quali, nel settore radiotelevisivo, la promozione del pluralismo [129].

Tali fini sono perseguiti, in genere, attraverso gli specifici modelli regolatori sviluppati per le industrie a rete, le quali in virtù delle loro peculiari caratteristiche economiche - fra cui in specie appunto i cosiddetti effetti o esternalità di rete - non funzionano sulla base della libera concorrenza e delle regole del mercato come la maggior parte degli altri mercati [130]. Lo scopo primario della regolamentazione specifica di queste industrie è allora quello di prevenire le ipotesi di *market failure*. Gli strumenti più importanti utilizzati nel perseguire questo fine sono la disciplina dell'entrata sui mercati e dell'accesso agli stessi.

Il "pacchetto" di direttive emanate nel 2002 ha delineato un nuovo *framework* regolatorio per il settore delle comunicazioni elettroniche, recependo le esigenze di convergenza tecnologica e sottoponendo pertanto alle medesime norme tutte le reti ed i servizi di comunicazione elettronica [131]. Il quadro regolamentare delineato nelle direttive del 2002 è, da un lato, improntato alla neutralità rispetto alle diverse tecnologie esistenti, dall'altro, volto a favorire lo sviluppo di un assetto di mercato il più possibile concorrenziale, basato sull'apertura e sull'accesso alle reti, nonché sulla parità di opportunità fra i diversi soggetti che operano lungo la catena del valore [132].

Il principale elemento di novità introdotto dal suddetto *framework* comunitario concerne il processo di definizione e di valutazione della sussistenza di un "significativo potere di mercato" [133] in capo a un'impresa, ed è costituito dall'allineamento di tale nozione a quella fornita dalla Corte di giustizia europea riguardo alla posizione dominante di cui all'art. 82 del Trattato CE, secondo cui come noto si presume che sussista una posizione dominante — ovvero, nel contesto delle comunicazioni elettroniche, appunto un significativo potere di mercato — ove un'impresa, individualmente o congiuntamente con altri, goda di una posizione di forza economica tale da consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e, in definitiva, dai consumatori.

Ai sensi di quanto previsto dalla direttiva «*quadro*», la Commissione ha emanato una Raccomandazione avente ad oggetto i mercati rilevanti dei servizi e dei prodotti [134] - nella quale ha individuato i mercati dei prodotti e dei servizi all'interno del settore delle comunicazioni elettroniche, le caratteristiche dei quali siano tali da giustificare l'imposizione di obblighi di regolamentazione stabiliti da direttive particolari (senza che ciò pregiudichi la individuazione di mercati ulteriori in casi specifici).

Ad essa, si sono aggiunte delle «*Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato*»

[135], contenenti una sintesi degli orientamenti della Commissione medesima circa l'interpretazione del concetto di posizione dominante nell'industria delle comunicazioni elettroniche, che le Autorità nazionali di regolazione [136] devono tenere nella massima considerazione nello svolgimento delle loro analisi di mercato.

A seguito di tali analisi, è previsto che, qualora accerti che un mercato rilevante non sia effettivamente concorrenziale [137], l'ANR individui le imprese che dispongano di un significativo potere di mercato ed imponga a tali imprese gli appropriati obblighi regolatori previsti dal *framework* comunitario, ovvero mantenga in vigore o modifichi tali obblighi là dove già esistano.

L'applicazione *ex ante* della nozione di SPM da parte delle ANR, peraltro, richiede un adeguamento delle modalità di valutazione del potere di mercato utilizzate dalle Autorità per la concorrenza, dato che le decisioni dei regolatori di settore si basano necessariamente su ipotesi diverse da quelle assunte dalle Autorità *antitrust* nell'applicazione retrospettiva dell'art. 82: in particolare, le ANR devono avvalersi di elementi di tipo previsionale basati sui dati e le informazioni circa le condizioni del mercato disponibili al momento dell'adozione della decisione.

Passando ad esaminare gli specifici obblighi regolamentari che assistono e regolano il diritto di accesso nelle comunicazioni elettroniche, occorre tenere distinte le norme volte ad evitare distorsioni della concorrenza nello svolgimento dei rapporti fra operatori di rete, fornitori di contenuti e fornitori di servizi, da quelle ispirate ad una garanzia di accesso al mercato da parte dei fornitori di contenuto, al fine di assicurare un contesto pluralistico. Con riferimento al primo aspetto, vengono in rilievo le asimmetrie regolatorie introdotte, o ridefinite, dal *framework* comunitario dettato attraverso il "pacchetto" delle direttive del 2002, e in particolare dalla direttiva «accesso».

Il quadro regolamentare comunitario, come detto, riguarda indifferentemente tutte le reti di comunicazione elettronica, dando vita così ad una serie di obblighi tendenzialmente uniformi fra i vari sistemi distributivi convergenti. D'altro canto, nella direttiva «quadro» è espressamente previsto che il *framework* non riguardi gli aspetti relativi alla disciplina dei contenuti ed alla tutela del pluralismo informativo [138].

La direttiva «accesso», anzitutto, all'art. 2 definisce l'«accesso» come «*il fatto di rendere accessibili risorse e/o servizi ad un'altra impresa a determinate condizioni, su base esclusiva o non esclusiva, ai fini di fornire servizi di comunicazione elettronica*» [139].

Il concetto quale individuato dalla Direttiva non si riferisce all'accesso da parte dell'utente finale [140]. D'altronde, la Direttiva richiama la nozione di connettività *end-to-end* come una delle basi per imporre un obbligo d'interconnessione fra reti ed accessibilità per gli utenti finali alle trasmissioni radiofoniche o televisive digitali [141]. Queste previsioni

evidenziano la centralità dell'interesse dei consumatori/utenti nel contesto della regolamentazione specifica di settore [142].

Il concetto di accesso come sopra definito non appare, per le ragioni fin qui evidenziate, adeguato a disciplinare i rapporti fra i *broadcaster* in tecnica analogica. D'altro canto, l'avvento delle piattaforme digitali e l'integrazione di diversi servizi interattivi ha fatto emergere la questione dell'accesso condizionato alla televisione, per cui la trasmissione digitale risulta ora inclusa nell'ambito di applicazione del criterio di accesso al mezzo audiovisivo. Un tema ulteriore concerne poi l'accesso a queste piattaforme da parte di soggetti terzi, quali ad esempio dettaglianti, o banche, che consenta ad essi di fornire i propri servizi agli utenti finali.

L'interconnessione, sempre nell'ottica della regolamentazione di settore comunitaria, è una tipologia specifica di accesso posta in essere fra operatori di reti aperte al pubblico. Più specificamente, la direttiva accesso definisce l'«*interconnessione*» come «*il collegamento fisico e logico delle reti pubbliche di comunicazione utilizzate dalla medesima impresa o da un'altra impresa per consentire agli utenti di un'impresa di comunicare con gli utenti della medesima o di un'altra impresa, o di accedere ai servizi offerti da un'altra impresa*» [143].

La direttiva «*accesso*», quindi, prevede la possibilità di imporre una serie di obblighi asimmetrici agli operatori che detengano un SPM. Il criterio generale adottato è quello secondo cui appunto gli obblighi di accesso sono applicabili soltanto a quegli operatori i quali, a seguito delle analisi di mercato svolte dall'Autorità di settore, siano ritenuti in una situazione di dominanza economica e risultino di conseguenza gravati da responsabilità ulteriori rispetto a quelle degli altri *player* presenti sul mercato.

Per tali ipotesi, dunque, la Direttiva contempla una serie di obblighi asimmetrici *ex ante*, in larga parte già previsti nelle fonti precedenti, ossia in particolare gli obblighi di: a) trasparenza (art. 9); b) non discriminazione (art. 10); c) separazione contabile (art. 11); d) accesso e uso di risorse della rete (art. 12); e) controllo dei prezzi (art. 13). Ad ogni modo, le ANR possono imporre altresì obblighi diversi da quelli tipici sopra richiamati; ciò, comunque, a condizione che esse ottengano un'apposita autorizzazione in tal senso da parte della Commissione [144].

D'altro canto, la Direttiva contempla altresì la possibilità — in casi specifici — di imporre obblighi di accesso o interconnessione in via generalizzata a tutti gli operatori, a prescindere dalla detenzione da parte loro di un SPM, «*in modo tale da promuovere l'efficienza economica e una concorrenza sostenibile*». In particolare, l'art. 5 della Direttiva prevede: a) obblighi di interconnessione fra le reti ed accesso alle stesse, nella misura necessaria ad assicurare l'interconnettività da punto a punto; b) l'obbligo di rendere disponibili a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie sia le interfacce applicative dei programmi che le guide elettroniche ai programmi, nella misura

necessaria a garantire l'accessibilità per gli utenti finali ai servizi radiofonici e televisivi digitali specificati dallo Stato membro.

Peraltro, la possibilità per le ANR di imporre tali obblighi, alla luce dei concetti — invero assai discrezionali — sopra riportati, a prescindere dalla sussistenza di SPM, è stata sottoposta a critiche in dottrina, in quanto conferirebbe appunto alle Autorità di settore una discrezionalità eccessivamente ampia, svincolata da criteri certi e prevedibili da parte delle imprese [145].

Sul tema, comunque, è opportuno rilevare come l'attuale *framework* comunitario, in particolare all'art. 7, comma 3, della direttiva «quadro», preveda comunque [146] che l'ANR — oltre a svolgere una consultazione pubblica delle parti interessate ai sensi dell'art. 6 — ove intenda adottare una delle suddette misure e la misura influenzi gli scambi tra gli Stati membri, «rende nel contempo accessibile il progetto di misura alla Commissione e alle autorità nazionali di regolamentazione di altri Stati membri, insieme alla motivazione su cui la misura si basa, nel rispetto dell'articolo 5, paragrafo 3, e ne informa la Commissione e le altre autorità nazionali di regolamentazione. Le autorità nazionali di regolamentazione e la Commissione possono trasmettere le proprie osservazioni all'autorità nazionale di regolamentazione di cui trattasi entro il termine di un mese o entro il termine di cui all'articolo 6, se tale termine è più lungo».

Per le medesime ragioni accennate, in ogni caso, nella proposta di revisione del quadro regolatorio della materia (c.d. “*Review 2006*”) attualmente in via di approvazione, i poteri di cui all'art. 5 della direttiva «accesso» sono ricondotti sotto il controllo formale della Commissione, attraverso la previsione per le ANR, prima della imposizione di tali misure, dell'obbligo di ottenere la previa autorizzazione da parte della medesima.

### **IV.3. La disciplina speciale dell'audiovisivo fra ordinamento comunitario e normativa italiana.**

A livello comunitario, per quanto concerne specificamente il settore audiovisivo, taluni obblighi di accesso vengono “riprodotti” da disposizioni già contenute in precedenti direttive riguardanti la televisione digitale, contemplando peraltro la possibilità che essi siano sottoposti a revisione alla luce della situazione del mercato.

Sono previsti, in tal senso, all'art. 6 della direttiva «accesso», obblighi generali con riferimento ai sistemi di accesso condizionato, i quali in sostanza ripropongono quelli già previsti nella direttiva 95/47/CE [147]. In base ad essi, i sistemi di accesso condizionato debbono consentire il *transcontrol*, i fornitori di sistemi di accesso condizionato devono assicurare ai telediffusori accesso a tali sistemi a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie, devono offrire i servizi di accesso condizionato in contabilità separata, e quando concedono licenze sui diritti di proprietà intellettuale relativi ai sistemi di accesso condizionato ai fabbricanti devono farlo a condizioni eque, ragionevoli e non

discriminatorie, senza impedire l'inserimento di una interfaccia comune o di un sistema di accesso condizionato di altri operatori.

Tali condizioni possono essere sottoposte a revisione, con facoltà per le ANR di modificare o revocare gli obblighi esistenti qualora, ad esito di un'apposita analisi di mercato svolta con la procedura prevista dal nuovo quadro regolatorio, risulti che gli operatori soggetti a tali obblighi non dispongano di SPM; ciò, peraltro, a condizione che la revoca o modifica non pregiudichi l'accessibilità ai servizi da parte degli utenti finali e le prospettive di una concorrenza effettiva nel mercato [148].

Una disposizione, contenuta nella direttiva «servizio universale» prevede, poi, la possibilità dell'imposizione di obblighi di “*must carry*”, consentendo agli Stati membri di introdurre «*ragionevoli obblighi di trasmissione per specifici canali e servizi radiofonici e televisivi nei confronti delle imprese soggette alla loro amministrazione che forniscono reti di comunicazione elettronica destinate alla distribuzione di servizi di diffusione televisiva o radiofonica al pubblico se un numero significativo di utenti finali di tali reti le utilizza come mezzo principale per la ricezione di tali servizi di diffusione*», e specificando che: «*Tali obblighi sono imposti solo qualora siano necessari a soddisfare precisi obiettivi di interesse generale e sono proporzionati e trasparenti. Essi sono soggetti a revisione periodica*» [149].

La norma, in quanto prevede la possibilità di imporre gli obblighi “se un numero significativo di utenti finali di tali reti le utilizza come mezzo principale per la ricezione di tali servizi di diffusione”, sembrerebbe in astratto — nell'attuale fase di transizione del settore televisivo italiano verso il digitale terrestre — potenzialmente idonea a fungere da base normativa per l'imposizione di obblighi di *must carry* riguardo alle nuove piattaforme.

L'obbligo di trasmissione potrebbe essere accompagnato da un indennizzo appropriato, che dovrebbe essere disciplinato anch'esso sulla base dei principi di proporzionalità e trasparenza, onde evitare di dare luogo a discriminazioni fra i diversi operatori di rete.

Al riguardo, d'altronde, è opportuno evidenziare come nel recepire tale norma a livello nazionale il «Codice delle comunicazioni elettroniche», d.lgs. n. 259/2003 [150] – in virtù del richiamato “principio di specialità” dell'audiovisivo [151] – abbia disposto, all'art. 81, che: «*Eventuali obblighi di trasmissione per specifici canali e servizi radiofonici e televisivi sono disciplinati dalle disposizioni di legge in materia di radiodiffusione sonora e televisiva*»; è in tale ambito, pertanto, che in futuro dovrebbe eventualmente essere inserito un siffatto obbligo.

Ancora, la direttiva «*Tv senza frontiere*» [152] contempla delle norme ulteriori riguardo all'accesso al mezzo audiovisivo. In particolare, oltre alle disposizioni relative alle quote riservate alle opere europee e alle opere di produttori indipendenti [153], la Direttiva contiene previsioni in base alle quali: a) ciascuno Stato membro «*può*» adottare misure, che siano compatibili con il diritto comunitario, finalizzate all'eliminazione o all'attenuazione degli effetti discriminatori che si avrebbero da

trasmissioni in forma escludente, ossia non liberamente accessibile (es. *pay-tv*), di eventi che essi considerino «*di particolare rilevanza per la società*», attraverso la predisposizione di apposite liste di tali eventi [154]; b) gli Stati membri «*provvedono*» [155] affinché, ai fini della realizzazione di brevi estratti di cronaca, ogni emittente comunitaria possa avere accesso, a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie, agli eventi «*di grande interesse pubblico*» che siano trasmessi in regime di esclusiva da un'emittente soggetta alla loro giurisdizione; ciò, precisandosi come le emittenti possano scegliere liberamente i brevi estratti a partire dal segnale dell'emittente di trasmissione, ma abbiano l'obbligo di indicare almeno la fonte [156].

Con riferimento alla disciplina dell'audiovisivo sul piano dell'ordinamento interno, al di là di quanto viene in rilievo ai fini dell'analisi dei mercati ai sensi del suddetto *framework* regolatorio comunitario [157], deve anzitutto ricordarsi che la peculiarità della radiodiffusione, come accennato in precedenza, è quella di caratterizzarsi rispetto alle altre attività economiche in quanto essa coinvolge, oltre al valore della libertà d'iniziativa economica privata, tutelato *ex art.* 41 della Costituzione, quello della libertà di manifestazione del pensiero, garantito ai sensi dell'art. 21 Cost. [158].

Pertanto, in applicazione del principio da ultimo citato, nonché della interpretazione fornita a più riprese dalla Corte Costituzionale (38) [159], il settore audiovisivo è assoggettato a una disciplina speciale la quale va ad affiancarsi — o meglio per lo più a sovrapporsi — alla disciplina generale *antitrust* di cui alla legge n. 287 del 1990 [160]: in questo settore, risulta vietata la stessa detenzione di una “posizione dominante” [161], e non soltanto il suo abuso, o le intese e le concentrazioni che vi diano luogo [162].

In linea generale, il *framework* regolatorio comunitario del 2002 è stato attuato nel nostro ordinamento dal «*Codice delle comunicazioni elettroniche*», d.lgs. n. 259/2003, il quale d'altronde all'art. 2, comma 3, ha escluso dal proprio ambito di applicazione «*le norme speciali in materia di reti utilizzate per la diffusione circolare di programmi sonori e televisivi*», disponendo che “(r)imangono ferme e prevalgono sulle disposizioni del Codice” [163].

Per quanto concerne la disciplina della radiotelevisione, dunque, questa è stata dettata da ultimo, oltre che nella legge n. 66/2001 [164], ove si sono indicati i criteri per l'avvio della transizione verso la tecnologia digitale, prima nella legge n. 112/2004, cosiddetta “Gasparri” [165], e quindi nel Testo Unico della radiotelevisione, d.lgs. n. 177/2005, volto a coordinare entro un quadro sistematico le disposizioni legislative vigenti in materia, con le integrazioni, modificazioni e abrogazioni necessarie [166].

Una prima tipologia di previsioni riconducibili al profilo dell'accesso concerne i criteri previsti per la verifica della sussistenza di “posizioni dominanti” nel settore. Al riguardo, la legge n. 112/04, agli artt. 5, comma 1, lett. a) [167], nonché più specificamente 14 e 15 - norme

riprodotte in seguito nel Testo Unico della radiotelevisione, agli artt. 5, comma 1, lett. a), e 43 – ha introdotto un insieme di previsioni in base alle quali l'AGCom, dopo aver individuato il mercato rilevante secondo i principi contemplati nella direttiva «quadro» [168], è tenuta a verificare che non si costituiscano, nel cosiddetto «sistema integrato delle comunicazioni» [169], nonché nei singoli mercati che lo compongono, «posizioni dominanti», ed inoltre che siano rispettati una specifica serie di limiti, ossia in particolare: a) uno stesso fornitore di contenuti non può essere titolare di autorizzazioni che consentano di diffondere più del venti per cento dei programmi televisivi o radiofonici in ambito nazionale su frequenze terrestri; b) nessun soggetto può conseguire ricavi superiori al venti per cento dei ricavi complessivi del suddetto sistema integrato delle comunicazioni; c) le imprese di telecomunicazioni che conseguono ricavi maggiori del quaranta per cento rispetto a quelli complessivi di quel settore non possono conseguire ricavi superiori al dieci per cento del sistema integrato delle comunicazioni; d) sino al 31 dicembre 2010, i soggetti che esercitano l'attività radiotelevisiva non possono acquisire partecipazioni in imprese editrici di giornali quotidiani [170].

Ancora, per quanto riguarda la fase transitoria verso il passaggio al digitale, la legge medesima ha previsto un limite al numero complessivo di programmi trasmissibili da parte di ciascun soggetto pari sempre al venti per cento, da calcolarsi peraltro rispetto all'insieme dei programmi televisivi autorizzati o irradiati in ambito nazionale su frequenze terrestri, indifferentemente in tecnica analogica o digitale [171].

Le disposizioni richiamate, peraltro, hanno sollevato diverse critiche, in particolare a proposito della disciplina relativa alla fase transitoria e, “a regime”, di quella sulla verifica delle posizioni dominanti, specie rispetto all'introduzione del SIC [172]. In realtà, riguardo a quest'ultimo profilo — senz'altro il più controverso della legge — la critica citata non appare fondata su una interpretazione corretta del testo normativo, in quanto l'inciso «e nei mercati che lo compongono» previsto come parametro aggiuntivo rispetto a quello del sistema integrato delle comunicazioni, risulterebbe di per sé, almeno in astratto, uno strumento “antitrust” efficace. All'esito di un simile accertamento, quindi, come del resto già previsto nella legge n. 249/97, all'AGCom è affidato poi il compito di adottare tutti i provvedimenti necessari per eliminare o impedire il formarsi delle “posizioni dominanti” (come sopra individuate), «o comunque lesive del pluralismo» [173].

Peraltro, in concreto, anche l'ultimo parametro cui si è fatto riferimento, oltre a quello sostanzialmente privo di significato normativo del SIC [174], testimonia ancora una volta – ove fosse necessario dopo i decenni di totale vuoto giuridico e gli ultimi anni di cosiddette “leggi-fotografia” [175] – l'assenza di volontà del legislatore rispetto ad una fissazione di parametri specifici a tutela del pluralismo (e non “antitrust” come spesso sono impropriamente definiti) nel settore audiovisivo.

Nella fattispecie della disposizione citata, la soluzione basata di fatto su una valutazione del livello di pluralismo nel mercato rilevante – da individuarsi da parte del medesimo soggetto e secondo gli stessi principi di cui al quadro regolatorio per le analisi dei mercati delle comunicazioni elettroniche, senza peraltro alcun parametro normativo in base al quale l’Autorità preposta sia messa in grado d’individuare “a monte” *cos’è* il pluralismo – appare in effetti, nella migliore delle ipotesi, una “previsione senza norma”, che lascia ancora una volta la tutela del pluralismo nel suo “limbo” di principio ultra-normativo [176].

Ulteriori obblighi specifici di accesso, accanto alle disposizioni contenute nel Codice delle comunicazioni elettroniche che hanno attuato quelle sopra citate previste nelle direttive comunitarie [177], sono contemplati ancora nelle leggi nn. 66/2001 e 112/2004 e nel Testo Unico della radiotelevisione, a livello essenzialmente di principio, e poi declinati nella disciplina – secondaria, si badi [178] – adottata dall’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ossia in particolare nel regolamento sulla radiodiffusione digitale di cui alla delibera n. 435/01/CONS e nelle delibere nn. 253/04/CONS, 136/05/CONS, 264/05/CONS, 163/06/CONS, 266/06/CONS, 109/07/CONS, 181/09/CONS, 300/10/CONS e 497/10/CONS [179].

Tali previsioni hanno, *in primis*, condizionato la libertà negoziale dell’operatore di rete nei confronti del fornitore di contenuti al rispetto dei criteri di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza (in ottemperanza ai principi dettati a livello legislativo) [180].

Al riguardo, le norme regolamentari hanno specificato poi una serie di criteri sui quali deve basarsi la negoziazione dell’accesso alla capacità trasmissiva, precisando in specie come gli operatori di rete siano tenuti a consentirlo al maggior numero possibile di soggetti, e là dove i richiedenti siano in numero superiore a quello consentito dalla capacità trasmissiva riservata gli operatori non possano assegnare ad un solo soggetto la capacità stessa, o assegnarla interamente ad offerte prive di contenuto informativo, dovendo rispettare nella scelta dei soggetti i principi del pluralismo informativo, della varietà delle tipologie editoriali e della valorizzazione dell’impegno relativo ai programmi autoprodotti e alla promozione di opere europee [181].

Inoltre, l’operatore di rete è obbligato altresì a garantire parità di trattamento ai fornitori di contenuti non riconducibili a società collegate e controllate, rendendo disponibili a questi ultimi, ai fini dei necessari accordi, le stesse informazioni tecniche messe a disposizione dei fornitori riconducibili a società collegate e controllate; nonché a non effettuare discriminazioni, nel concludere gli opportuni accordi tecnici in materia di qualità trasmissiva e condizioni di accesso alla rete, tra fornitori di contenuti appartenenti a società controllanti, controllate o collegate ed i fornitori indipendenti di contenuti e servizi [182]. Sul punto, deve rilevarsi peraltro come il legislatore abbia ben presto “temperato” le previsioni citate precisando, nella legge n. 112/2004, che

la capacità trasmissiva deve essere offerta «*a condizioni di mercato*» [183].

Nei confronti dei fornitori di contenuti, d'altronde, il legislatore ha dettato un principio generale a garanzia dell'accesso ai contenuti nel contesto della nascente competizione fra piattaforme, in base al quale appunto «*in caso di cessione dei diritti di sfruttamento degli stessi, (i fornitori di contenuti) sono tenuti a farlo senza pratiche discriminatorie tra le diverse piattaforme distributive, alle condizioni di mercato, fermi restando il rispetto dei diritti di esclusiva, le norme in tema di diritto d'autore e la libera negoziazione tra le parti*» [184]. Un simile principio generale, onde poter dispiegare effetti realmente incisivi sul mercato, necessiterebbe eventualmente di essere specificato attraverso un apposito intervento regolamentare [185].

Ancora con riferimento agli operatori di rete, poi, le delibere dell'AGCom sopra citate hanno introdotto altresì l'obbligo per gli stessi, ove dispongano di due o più reti digitali, di offrire il quaranta per cento della propria capacità trasmissiva a fornitori di contenuto indipendenti: ciò, secondo i principi indicati a livello legislativo [186], a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie [187]; precisando peraltro che, ove la capacità da destinare a terzi risultasse integralmente occupata alla data di entrata in vigore del provvedimento, l'obbligo doveva essere assolto alla prima scadenza contrattuale utile [188].

Da ultimo, a seguito del perdurante inadempimento della previsione, attraverso un insieme di delibere adottate negli ultimi anni l'AGCom ha proceduto a declinare il più possibile i principi a tutela del pluralismo enunciati nelle disposizioni legislative, mediante la definizione di procedure e modalità per l'accesso alla capacità trasmissiva degli operatori di rete da parte dei fornitori di contenuti indipendenti.

In particolare, con la delibera n. 109/07/CONS l'Autorità ha previsto una procedura competitiva – le cui graduatorie sono state approvate con delibera n. 449/08/CONS – per l'assegnazione del quaranta per cento della capacità trasmissiva dei *multiplex* digitali degli operatori Rai, Mediaset e Telecom Italia Media ai fornitori di contenuti indipendenti, alle emittenti nazionali per il completamento della copertura delle proprie reti, ed alle emittenti locali prive di impianti in digitale.

Inoltre, anche alla luce degli esiti della Conferenza di Ginevra del 2006 sulla suddivisione delle risorse frequenziali tra i vari Stati europei, l'AGCom ed il Ministero dello sviluppo economico-comunicazioni hanno raggiunto un'intesa con gli operatori del settore sulla configurazione e sul numero delle reti digitali terrestri da realizzare da parte delle televisioni nazionali e locali in vista dello *switch-off* della televisione analogica, dapprima nelle regioni "pilota" Sardegna e Valle d'Aosta ed in seguito nel resto del territorio nazionale [189].

Quindi, con delibera n. 181/09/CONS, l'AGCom ha indicato i criteri da applicare nel nostro Paese per il definitivo spegnimento delle reti televisive analogiche e la conversione delle reti digitali esistenti (pianificati progressivamente nelle singole regioni con termine ultimo

posto nel 2012), a seguito della razionalizzazione dell'assetto frequenziale.

In particolare, la delibera ha stabilito che vi siano ventuno reti nazionali in tecnica digitale terrestre (DVB-T), così suddivise: a) otto reti destinate alla conversione delle precedenti reti analogiche, con capacità trasmissiva sufficiente per la trasmissione dei programmi a definizione standard e ad alta definizione; b) otto reti dedicate alla conversione in tecnica singola frequenza delle reti digitali esistenti (che utilizzavano il sistema meno efficiente della multifrequenza); c) un dividendo nazionale di cinque reti, disponibile all'esito della conversione del sistema televisivo nazionale. Almeno un terzo delle frequenze pianificabili è stato riservato alle emittenti televisive locali. Oltre alle reti in tecnica digitale terrestre, sono state contemplate quattro reti in tecnica digitale mobile (DVB-H).

Con riferimento al dividendo digitale, si è previsto che esso sia assegnato tramite gara, sulla base di criteri volti alla massima apertura alla concorrenza, alla valorizzazione di nuovi programmi, ed alla partecipazione di tutti i soggetti operanti nello spazio economico europeo.

Sono state adottate, poi, una serie di misure asimmetriche volte ad aumentare il livello di concorrenza del sistema televisivo nazionale, prevedendo che i cinque lotti messi a gara (corrispondenti a cinque reti televisive nazionali) siano suddivisi in due parti: 1) tre lotti riservati ai nuovi entranti, per i quali non possano presentare offerte gli operatori che hanno la disponibilità di due o più reti televisive nazionali in tecnica analogica; 2) due lotti aperti a qualsiasi offerente.

Per le eventuali offerte si è fissato un tetto massimo (*cap*), in modo da impedire che, in esito alla gara, un operatore possa ottenere più di cinque *multiplex* nazionali DVB-T [190].

Infine, si è ribadito l'obbligo per gli operatori integrati maggiori, *i.e.* che ad esito della gara risultino assegnatari di almeno quattro *multiplex*, di cedere il quaranta per cento della capacità trasmissiva di alcuni di essi a terzi fornitori di contenuti non integrati [191]; ed inoltre, onde agevolare la realizzazione delle reti digitali terrestri da parte degli operatori nuovi entranti, si è prefigurato in capo agli operatori esistenti che già dispongono di reti di estesa copertura sul territorio nazionale un obbligo di offerta di servizi di trasmissione a prezzi orientati ai costi, per un periodo di cinque anni dalla stipula dei relativi accordi.

I criteri delineati nella delibera n. 181/09/CONS sono stati in seguito specificati, in particolare, nelle delibere n. 300/10/CONS e n. 497/10/CONS [192].

Questi ultimi interventi da parte dell'AGCom risultano in effetti il primo tentativo, nel nostro ordinamento, di delineare criteri di accesso al mercato radiotelevisivo che tutelino il più possibile il pluralismo.

D'altronde questi criteri, da un lato, sono dettati attraverso una normativa di fonte secondaria, dall'altro, sono stati comunque oggetto di critiche in quanto potrebbero non risultare sufficienti ad impedire una

replica delle precedenti condizioni di potere di mercato concentrato nella disponibilità dei *broadcaster* “già” analogici, che resterebbero *gatekeeper* anche rispetto alle reti digitali terrestri.

Ad ogni modo, appare innegabile che – grazie alle opportunità d’incremento delle risorse trasmissive offerte dalla tecnica digitale terrestre (unita alle altre già esistenti nell’odierno mercato integrato dell’audiovisivo: satellite, cavo, mobile, *etc.*), nonché ai citati provvedimenti dell’AGCom – il nuovo scenario tecnologico-regolamentare condurrà “quasi inevitabilmente” ad una situazione di maggiore pluralismo dei *media*.

#### **V. Conclusione. L’inesistenza nello *ius positum* di un diritto di “accesso pluralistico” ai *media*.**

In conclusione, sulla base di quanto fin qui evidenziato, [193] “accesso pluralistico” ai *media* risulta un principio di riferimento espresso in diverse normative, su ambedue le sponde dell’Atlantico [194]. Tra queste, a prescindere dalla confusione sul punto spesso presente in dottrina [195], rientrano tutte quelle disposizioni volte a tutelare appunto il pluralismo nelle fonti d’informazione, anche ove ciò avvenga mediante la fissazione di limiti percentuali di controllo o di espansione delle imprese sul mercato, ovvero di vincoli rispetto alla *cross-media ownership*.

Peraltro, per quanto in linea di principio il pluralismo sia da più parti indicato come valore costituzionale [196], le norme che vanno ad attuarlo nella pratica debbono poi confrontarsi con altri valori costituzionali altrettanto rilevanti, quali in specie quello della libertà di espressione – che ha ad esempio spinto i *Länder* tedeschi dall’emanazione di regole stringenti sul punto – nonché della libertà d’iniziativa economica privata [197].

Ad ogni modo, le misure anti-concentrazione a tutela del pluralismo a livello europeo sono assai diffuse [198]. Esse sono volte, fra l’altro, a limitare la partecipazione in aziende radiotelevisive, a prevenire l’accumulo di autorizzazioni o licenze sia in ciascun settore dei *media* audiovisivi – radio, televisione analogica, televisione digitale terrestre, cavo, satellite, *etc.* – e sia fra i diversi settori stessi, nonché a controllare il fenomeno crescente della *cross-media ownership*.

Tradizionalmente, si è affermato che vi sarebbe un diritto costituzionale di accesso all’uso dei mezzi radiofonici e televisivi sulla base della libertà di espressione: l’argomento in tal senso è quello secondo cui, poiché questi *media* sono disciplinati sulla base di principi costituzionali per servire gli interessi degli utenti, così come dei *broadcaster*, è ragionevole assicurare che le opinioni minoritarie beneficino di opportunità d’accesso agli stessi.

Secondo una visione palesemente criticabile, questa ricostruzione sarebbe valida altresì nei confronti degli utenti, i quali avrebbero un “diritto di ascoltare” (*right to hear*), o di essere informati, su determinate tematiche “controverse” o “d’interesse pubblico”, che giustificherebbe

interventi dei poteri pubblici rispetto ai comportamenti delle emittenti private [199].

Già nella dottrina statunitense [200], peraltro, mentre il correlato “diritto di essere ascoltati” (*right to be heard*) dei produttori di programmi e messaggi è stato ritenuto un sinonimo del diritto di accesso, nella sua interpretazione preferibile si è posta da subito in rilievo l’erroneità dell’individuazione del “diritto di ascoltare” appunto come diritto pieno.

Poiché sia quest’ultimo sia il “diritto di essere ascoltati” rientrano nella libertà di espressione, l’intervento istituzionale che implichi l’esercizio dell’uno rischierebbe seriamente di pregiudicare l’esercizio dell’altro, andando contro l’essenza stessa della libertà di espressione, che risiede appunto nell’assenza di controlli pubblici sul suo esercizio.

Potrebbe dirsi, dunque, che risulta necessario procedere ad una sorta di “selezione per valore” – peraltro anche alla luce degli altri valori costituzionalmente tutelati, quale in specie la libertà d’iniziativa economica privata – ritenendo incluso nella libertà di espressione il diritto di “essere ascoltati” e solo indirettamente, come riflesso dell’esercizio di questo, quello di “ascoltare”.

Ma un simile argomento è stato espressamente respinto, negli Stati Uniti, dalla Corte Suprema [201], essenzialmente sulla base della motivazione per cui i *media* radiotelevisivi sono titolati ad esercitare la medesima “libertà editoriale” degli editori di carta stampata, nella loro programmazione delle trasmissioni [202].

Su entrambi i lati dell’Atlantico, le corti hanno ritenuto che i pubblici poteri abbiano il dovere di consentire al pubblico la conoscenza di una pluralità di punti di vista, ma hanno rigettato l’ipotesi che sussista un diritto privato di accesso ai *media* [203].

Anche la sentenza della nostra Corte Costituzionale del 1974 [204], in cui si è richiesto al Parlamento di emanare norme per consentire opportunità di accesso a gruppi politici, religiosi e sociali rappresentativi di correnti di pensiero rilevanti, peraltro sovrapponendolo al diritto di replica parimenti richiesto nella decisione stessa, alla luce delle sentenze sia precedenti che successive della Corte non risulta affatto indicare che questa volesse affermare alcun diritto costituzionale azionabile individualmente [205].

Tali considerazioni, qualora ve ne fosse bisogno, acquistano evidenza ancora maggiore al giorno d’oggi, alla luce delle innovazioni tecnologiche che consentono agli utenti, con modalità e prezzi differenziati, di accedere ai programmi e alle informazioni attraverso una molteplicità di piattaforme, che spesso trasmettono contenuti analoghi, sia pure ciascuna con le proprie specifiche peculiarità.

Per quanto concerne, d’altronde, ipotesi particolari di accesso sulla base di normative specifiche, come accennato, queste riguardano essenzialmente l’accesso garantito a determinati gruppi sociali, territoriali, religiosi, culturali, ai partiti politici, comitati referendari, sindacati, *etc.* (oltre che il diritto di replica).

Fra queste tipologie di accesso, che in Italia traggono origine dalla sentenza della Corte costituzionale n. 59 del 1960, ove si sono ritenuti correttivi costituzionalmente necessari al monopolio pubblico radiotelevisivo, le uniche che restano vitali oggi sono quelle relative alla comunicazione politica, disciplinate dalla legge n. 28/2000 (in quanto per le altre ipotesi l'applicazione delle norme che individuano i gruppi abilitati a richiedere accesso risulta affidata ad organi parlamentari - in particolare alla Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi - senza che la legge indichi i rimedi relativi).

La peculiarità di questo tipo di accesso appare risiedere nel fatto che esso non è richiesto dagli interessati né gestito dagli stessi, ma scaturisce dall'invito a partecipare ai programmi predisposti dalla concessionaria pubblica. In generale, comunque, i cosiddetti "programmi dell'accesso", sia trasmessi di diritto che su concessione dell'emittente, si sono dimostrati raramente di successo. La ragione potrebbe risiedere nel fatto che sono spesso realizzati con limitate capacità professionali, o che sono programmati in orari di ascolto minore. Ad ogni modo, le tipologie di accesso da ultimo richiamate, in considerazione delle loro accennate peculiarità, non rappresentano un tema rilevante ai fini della presente ricerca [206].

Una recente opera di autorevole dottrina [207] ha ribadito come dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale risulti evidente sin dall'inizio [208], a fronte della garanzia della libertà di manifestazione del pensiero ed altresì del libero uso dei mezzi di divulgazione dello stesso ai sensi dell'art. 21 della Costituzione, la inesistenza di una libertà di utilizzare a piacimento qualsiasi mezzo di divulgazione, in quanto "l'essenza di questa libertà non è che il singolo abbia possibilità di uso dei mezzi di diffusione del pensiero, ma che egli possa liberamente manifestare ciò che pensa, con i mezzi a propria disposizione" [209].

Pertanto, benché l'art. 21 Cost. affermi che tutti hanno il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, con lo scritto e «*con ogni altro mezzo di diffusione*», secondo l'interpretazione pressoché unanimemente condivisa in dottrina nessuno, per disposto costituzionale, ha diritto al libero uso dei mezzi di diffusione [210].

Il disposto costituzionale significa quindi, come ribadito a più riprese dalla Corte [211], che al singolo è garantito il diritto di libera manifestazione del pensiero con i mezzi di cui egli abbia la disponibilità giuridica. Viceversa, non esiste alcun diritto di libera utilizzazione dei mezzi di diffusione considerato in sé e per sé, ed i presupposti oggettivi e soggettivi per l'uso dei mezzi stessi trovano la loro disciplina nelle specifiche disposizioni che le riguardano: dunque, l'art. 21 Cost. proclama la libertà di manifestazione del pensiero quanto al suo contenuto, e non con riferimento ai "mezzi" o ai "presupposti" oggettivi o soggettivi di esso.

Questa impostazione non esclude peraltro, aggiunge l'autorevole dottrina richiamata, che "il legislatore ordinario - a cui compete, almeno

in via di principio (stante la riserva relativa di legge prevista negli artt. 41, comma 2°, e 42, comma 2°, Cost.), di disciplinare i presupposti oggettivi e i mezzi per l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero – debba preoccuparsi del pregiudizio che subirebbe, nel suo contenuto, la stessa libertà di manifestare il pensiero, qualora la disciplina dei presupposti oggettivi e dei mezzi ingiustificatamente ridondasse in violazione dello stesso contenuto del diritto di libera manifestazione” [212].

In tal senso, ponendo l'accento sul principio pluralistico sotteso al 1° comma dell'art. 21, si ribadisce la tesi secondo cui la norma medesima pone un “vincolo finalistico” alla disciplina legislativa dei mezzi di diffusione, in base al quale tale disciplina dovrebbe, a pena d'illegittimità, essere volta “essenzialmente” a rendere possibile l'utilizzo dei mezzi di diffusione da parte del maggior numero possibile di soggetti, a beneficio dell'interesse generale all'informazione.

Peraltro, questa ricostruzione, in linea di principio condivisibile, si scontra sul piano concreto con una realtà normativa la quale, come si è visto, contempla un insieme assai limitato di disposizioni sul tema, consistenti in mere petizioni di principio o in previsioni di natura secondaria, per lo più carenti di piena ed effettiva cogenza. Ciò, come si è evidenziato, essenzialmente in virtù del notevole impatto di misure simili a livello politico e democratico, al quale contribuisce altresì, evidentemente, la loro incidenza su altri diritti costituzionalmente garantiti quale in specie quello d'iniziativa economica privata.

In conclusione, con riferimento all'accesso al mezzo audiovisivo, anzitutto si è visto che – a parte le previsioni relative all'impegno degli Stati membri a garantire l'accesso del pubblico a brevi estratti dell'attualità ed alla possibilità che tale garanzia sia prevista altresì per i maggiori eventi, norme il cui scopo peraltro non è quello di promuovere direttamente a livello UE una fornitura essenziale di contenuti informativi bensì quello di predisporre un quadro armonizzato in cui ogni S.M. possa attivarsi per realizzare i fini politico-sociali rilevanti in materia – il diritto comunitario non contempla alcuna disposizione settoriale effettivamente vincolante che sia volta ad assicurare l'accesso alla programmazione audiovisiva; questa situazione è stata ampiamente criticata in dottrina, in quanto suscettibile di mettere in pericolo il pluralismo e la libertà d'informazione [213].

In particolare, con riferimento all'“accesso pluralistico” cui si è fatto riferimento nell'ambito della presente ricerca, per quanto oramai come detto il principio del pluralismo possa essere sempre più considerato un principio fondamentale dell'ordinamento comunitario e le iniziative delle Istituzioni dell'Unione europea al riguardo tendano ad essere sempre più frequenti e puntuali, a livello di normativa primaria, sia comunitaria che nazionale, esso è ben lontano dall'aver ricevuto una effettiva e cogente attuazione, per tutte le ragioni essenzialmente politiche e di bilanciamento di valori richiamate in precedenza.

In questo senso, basti ricordare soltanto come la direttiva «quadro» nell'affrontare la questione, in virtù appunto della tradizionale limitata ingerenza dell'ordinamento comunitario nelle politiche nazionali in materia, abbia adottato un approccio palesemente "cauto" prevedendo soltanto, con riguardo al ruolo delle ANR sul tema, che: «*Le autorità nazionali di regolamentazione possono contribuire nell'ambito delle loro competenze a garantire l'attuazione delle politiche volte a promuovere la diversità culturale e linguistica e il pluralismo dei mezzi di comunicazione*» [214]. Peraltro, poi, il legislatore italiano, restando comunque fermo al piano delle petizioni di principio, nel Codice delle comunicazioni elettroniche ha previsto che: «*Il Ministero e l'Autorità contribuiscono nell'ambito delle loro competenze a promuovere la diversità culturale e linguistica e il pluralismo dei mezzi di comunicazione*».

Si è visto, così, che l'accesso quale espressione della libertà di manifestazione del pensiero tutelata dall'art. 21 della nostra Carta Costituzionale, come detto definito "accesso pluralistico", non risulta avere nel nostro ordinamento una rilevanza specifica quale diritto soggettivo pieno ed effettivamente cogente.

Ciò in quanto, come si è constatato, a livello europeo gli interventi sul tema sono stati finora posti in essere - a causa del tradizionale stretto vincolo fra la disciplina della radiotelevisione e la politica (dei singoli Stati membri) - essenzialmente attraverso misure di "soft law" relative a strumenti di finanziamento o clausole di esenzione dalla regolazione del mercato, le quali essenzialmente si limitano a prevedere la possibilità per gli S.M. di attivarsi al fine di realizzare taluni fini politico-sociali e culturali, indicati peraltro in modo generale e la cui selezione, integrazione e declinazione sono lasciate di fatto alla pressoché totale discrezionalità degli Stati.

A livello nazionale, poi, tali fini sono in genere perseguiti attraverso mere petizioni di principio, dato appunto il notevole impatto a livello politico e democratico di simili misure, al quale contribuisce fra l'altro l'incidenza delle stesse su altre libertà costituzionalmente garantite, in specie quella d'iniziativa economica privata.

Dunque, allo stato attuale nel nostro ordinamento - pur con l'"ottimismo della ragione" che ispira come detto il nuovo scenario tecnologico-regolamentare del digitale terrestre - l'"accesso pluralistico" non risulta configurabile come un diritto soggettivo pieno ed effettivamente cogente.

-----  
Note:

\* Il contributo si basa, con alcune modifiche, su un saggio pubblicato in G. Ghidini, A. Stazi (a cura di), "Accesso a informazione e conoscenza

*nell'era multimediale. Libertà di espressione, libertà di concorrenza, proprietà intellettuale*", LUISS University Press, 2011.

[1] Il sociologo M. Castells ha individuato cinque tipologie principali di rete, nella nuova economia globale: a) reti di produttori, composte da aziende che mettono in comune impianti produttivi, risorse finanziarie e umane per espandere il proprio portafoglio di beni e servizi, ampliare il mercato e ridurre le spese e quindi il rischio; b) reti di fornitori, in cui ad ogni impresa partecipante viene affidata la realizzazione di una porzione di un processo produttivo; c) reti di clienti, che mettono in connessione produttori, distributori, canali commerciali, rivenditori e utenti finali; d) consorzi di standard, che accolgono il maggior numero possibile di imprese attive in un determinato settore, per vincolarle ad uno standard tecnico definito dal *leader* del settore stesso; e) reti di cooperazione tecnologica, che permettono alle imprese partecipanti di condividere conoscenze ed esperienze fondamentali per la ricerca e lo sviluppo (cfr.: M. Castells, *The Information Age: Economy, Society and Culture*, vol. I - *The Rise of the Network Society*, Cambridge (Mass., U.S.A.), Blackwell, 1996, p. 191). A queste tipologie di reti "relazionali", evidentemente, devono aggiungersi le reti fisiche, infrastrutturali, che forniscono l'indispensabile supporto materiale per lo svolgimento dei rapporti economici e sociali fra i soggetti che si sono elencati (si pensi ad esempio, oltre che *in primis* alle reti di comunicazione, altresì a quelle destinate al trasporto ferroviario, a quello di energia elettrica, acqua, gas, alle reti bancarie e finanziarie ed alle linee aeree).

[2] Il riferimento è evidentemente all'opera: A. Smith, *La ricchezza delle nazioni*, Torino, Utet, 2006, ristampa dell'opera originale *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Londra, 1776.

[3] Tanto diffuse nel nostro Paese, con le relative problematiche connesse alla talora eccessiva "diluizione" dei rischi e delle responsabilità che queste comportano.

[4] J. Rifkin, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Milano, Mondadori, New York, Putnam Publishing (*The Age of Access: The New Culture of Hypercapitalism, Where All of Life Is a Paid-For Experience*), 2000, p. 26 s. (ediz. it.).

[5] A proposito di questo concetto, si veda quanto evidenziato diffusamente in: A. Toffler, H. Toffler, *La guerra disarmata. La sopravvivenza alle soglie del terzo millennio*, Milano, Sperling & Kupfer, 1994 (*War and Anti-War: Survival at the Dawn of the 21st Century*. New York, Little, Brown and Company, 1993).

[6] J. Rifkin, *L'era dell'accesso*, op. cit., p. 6 ss.

[7] Per un'analisi, nonché un'affermazione dell'autonomia concettuale, della categoria dei "contratti di accesso" in via di diffusione nell'odierno scenario tecnologico, si veda: A. Palmieri, R. Pardolesi, *Gli «access contracts»: una nuova categoria per il diritto dell'età digitale*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, n. 2, p. 265 ss. Per più ampie considerazioni sulle modalità di adattamento del tradizionale "scambio" contrattuale innanzi ai mutamenti tecnologici, cfr. anche: A.M. Gambino, A. Stazi, *Diritto*

*dell'informatica e della comunicazione*, Torino, Giappichelli, 2009; A.M. Gambino, *L'accordo telematico*, Milano, Giuffrè, 1997.

[8] J. Rifkin, *L'era dell'accesso*, op. cit., p. 10.

[9] Si parla difatti anche, a proposito dell'economia odierna, di "economia dell'esperienza". Al riguardo, si veda ad esempio: B.J. Pine II, J. Gilmore, *The Experience Economy: Work is Theatre and Every Business a Stage*, Cambridge (Mass., U.S.A.), Harvard Business School Press, 1999.

[10] J. Rifkin, *L'era dell'accesso*, op. cit., p. 16.

[11] In argomento, si vedano in specie: A. Askoy, K. Robins, *Hollywood for the 21st Century: Global Competition for Critical Mass in Image Markets*, in *Cambr. Journ. Econ.*, 1992, n. 1, p. 9 ss.; M. Storper, *The Transition to Flexible Specialization in the U.S. Film Industry: External Economies, the Division of Labor and the Crossing of Industrial Divides*, in *Cambr. Journ. Econ.*, 1989, n. 2, p. 278 ss.

[12] Si vedano, fra gli altri: E.M. Noam, *Two Cheers for the Commodification of Information*, in N. Elkin Koren, N.W. Netanel (a cura di), *The Commodification of Information*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, p. 48; N. Gabler, *Life in the Movie: How Entertainment Conquered Reality*, New York, Alfred A. Knopf, 1998; p. 205 ss.; M.J. Mandel, M. Landler, R. Gover, G. DeGeorge, J. Weber, K. Rebello, *The Entertainment Economy: America's Growth Engines: Theme Parks, Casinos, Sports, Interactive TV*, in *Busin. Week*, 14/3/1994, p. 59 ss.

[13] Si vedano ad esempio, al riguardo: J. Kao, *Jamming: The Art and Discipline of Business Creativity*, New York, Harper Collins, 1996, p. 124 ss.; T. Peters, *Liberation management*, Milano, Sperling & Kupfer, 1993 p. 13 ss.; W.W. Powell, *Neither Market or Hierarchy: Network Forms of Organization*, in *Research in Organiz. Behav.*, 1990, n. 2, p. 296 ss.

[14] J. Rifkin, *L'era dell'accesso*, op. cit., p. 21 e 237.

[15] Cfr.: E. Katz, P.F. Lazarsfeld, *Personal Influence: The Part Played by People in the Flow of Mass Communication*, Glencoe (Ill., U.S.A.), The Free Press, 1995, p. 119.

[16] J. Rifkin, *L'era dell'accesso*, op. cit., p. 242.

[17] Così: C. MacPherson, *Democratic Theory: Essays in Retrieval*, Oxford, Clarendon, 1973, p. 133.

[18] Si veda ancora: J. Rifkin, *L'era dell'accesso*, op. cit., p. 319.

[19] Non limitato quindi al profilo specifico e peculiare del rapporto fra Istituzioni e cittadini, alla base dell'accesso ai documenti amministrativi contemplato in ambito comunitario nell'art. 255 del Trattato CE e nel nostro ordinamento nella legge n. 241/1990 (come di recente modificata).

[20] In proposito, si vedano in specie, *ex multis*: D.L. Moss (a cura di), *Network Access, Regulation and Antitrust*, Londra, New York, Routledge, 2005, contributi alle pp. 81 ss.; D. Gabel, D.F. Weiman (a cura di), *Opening Networks to Competition. The Regulation and Pricing of Access*, Boston, Londra, Kluwer Academic Publishers, 1998, contributi alle pp.

75 ss.; W.B. Tye, *Competitive Access: A Comparative Industry Approach to the Essential Facility Doctrine*, in *Energy Law Journ.*, 1987, n. 2, p. 337 ss.; M.S. Snow (a cura di), *Marketplace for Telecommunications: Regulation and Deregulation in Industrialized Democracies*, New York, Longman, 1986; A. Baughcum, G.R. Faulhaber (a cura di), *Telecommunications Access and Public Policy*, Norwood (N.J., U.S.A.), Ablex Pub., 1984; W.G. Bolter, *Telecommunications Policy for the 1980s the Transition to Competition*, Englewood Cliffs (N.J., U.S.A.), Prentice-Hall, 1984; W.B. Tye, *Post-Merger Denials of Competitive Access and Trackage Rights in the Rail Industry*, in *Transp. Prac. Journ.*, 1986, n. 53, p. 413 ss.; C.M. Grimm, R.G. Harris, *Vertical Foreclosure in the Rail Industry: Economic Analysis and Policy Prescriptions*, in *ICC Prac. Journ.*, 1983, n. 50, p. 508 ss.; C.M. Grimm, *Promoting Competition in the Railroad Industry: A Public Policy Analysis*, in *Transp. Research Forum Proceed.*, 1984, n. 25, p. 222 ss.; S.P. Mahinka, J.L. Johnson, *New Antitrust Issues in a Deregulated Environment: Access to Pipelines*, in *Energy Law Journ.*, 1983, n. 4, p. 211 ss.; W.A. Mogel, J.P. Gregg, *Appropriateness of Imposing Common Carrier Status on Interstate Natural Gas Pipelines*, in *Energy Law Journ.*, 1983, n. 4, p. 155 ss.

[21] Ai sensi del quale: «*Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. ...*».

[22] In base al quale: «*L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*».

[23] In argomento, può vedersi: A. Stazi, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, Milano, Giuffrè, 2006, in particolare p. 17 ss.; nonché quanto si specificherà *infra*, al par. seguente. D'altro canto, pur prendendosi quale contesto di riferimento quello del mercato dell'audiovisivo, la tematica dell'accesso non sarà invece presa in esame utilizzando la distinzione (spesso adottata in tale ambito) fra "accesso alla rete" ed "accesso ai contenuti". Ciò in quanto tali categorie non risultano in linea con il fine della ricerca, volta piuttosto come detto a verificare se nel nostro ordinamento, "a monte", possa ritenersi configurabile un "diritto di accesso" alle risorse produttive. Per approfondimenti su questi aspetti, comunque, possono vedersi fra gli altri: F. Graziadei, G. Rizzo, A. Stazi, *Reti e contenuti nella prospettiva della convergenza: scenari ed opzioni aperte dallo sviluppo del digitale*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2005, n. 3, p. 539 ss.; F. Barzanti, *Il diritto di accesso ai contenuti nel mercato radiotelevisivo digitale e multiplatforma*, *ibidem*, 2007, n. 1, p. 51 ss.; F. Cintioli, *Le reti come beni pubblici e la gestione dei servizi*, in *Dir. ammin.*, 2007, n. 2, p. 293 ss.; N. Helberger, *Controlling Access to Content - Regulating Conditional Access in Digital Broadcasting*, The Hague, Londra, New York, Kluwer Law International,

2005, p. 57 ss.; V. Zeno-Zencovich, *I rapporti fra gestori di reti e fornitori di contenuti nel contesto europeo*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2004, n. 3, p. 445 ss.; European Audiovisual Observatory, *It is all about content (IRIS plus-Legal Observations of the European Audiovisual Observatory)*, Strasburgo, European Audiovisual Observatory, 2006, p. 2 ss.; R.H. Weber, S. Osterwalder, *Zugang zu Premium Content*, Zurigo, Schulthess, 2006; D. Geradin, *Access to content by new media platforms: a review of the competition law problems*, in *Europ. Law Rev.*, 2005, p. 68 ss.

[24] In argomento, si vedano in specie: J.L. Rubin, *Local telecommunications*, e M.D. Pelcovits, *Long distance telecommunications*, in D.L. Moss (a cura di), *Network Access, Regulation and Antitrust*, op. cit., pp. 121 ss. e 142 ss.

[25] *Asynchronous Transfer Mode (ATM)* indica il sistema di funzionamento di una rete di comunicazione in cui i dati sono trasmessi suddividendoli in blocchi di lunghezza fissa detti celle, multiplati statisticamente a divisione di tempo.

[26] Si veda: D.L. Moss, P. Fox-Penner, *Introduction*, in D.L. Moss (a cura di), *Network Access, Regulation and Antitrust*, op. cit., p. 3, ove si evidenzia fra l'altro (nota 7) – con il tipico approccio statunitense, notoriamente diverso da quello comunitario (si veda per tutti: G. Amato, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, Il Mulino, 1998, in specie p. 93 ss.) – come le scelte politiche talvolta incoraggino l'esistenza di reti *end-to-end* multiple, anche quando una singola rete potrebbe essere più efficiente.

[27] Sul tema: M.H. Riordan, *Regulation and Pre-emptive Technology Adoption*, in *Rand Journ. Econ.*, 1992, n. 3, p. 334; M.L. Katz, C. Shapiro, *R&D Rivalry with Licensing or Imitation*, in *Amer. Econ. Rev.*, 1987, n. 3, p. 402 ss.

[28] Come avviene ad esempio nel caso del gas.

[29] Cfr: A.E. Kahn, *The Economics of Regulation: Principles and Institution-Volume 11*, Cambridge (Mass., U.S.A.), MIT Press, 1971, p. 113 s.

[30] In argomento, si vedano in specie: Commissione europea, «*Libro Verde sulla convergenza tra i settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e delle tecnologie dell'informazione e sulle sue implicazioni normative. Verso un approccio alla società dell'informazione*», COM(97) 623, 3/12/1997, consultabile sul sito *web* <<http://europa.eu.int/ISPO/convergencegp/97623it.doc>>, in specie p. 1 ss.; OECD, «*The Implications of Convergence for Regulation of Electronic Communications*», DSTI/ICCP/TISP(2003)5/FINAL, 2004, consultabile sul sito *web* <[www.oecd.org/dataoecd/56/24/32983964.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/56/24/32983964.pdf)>, p. 5, e Id., «*Convergence between Communications Technologies and Telecommunications and Broadcasting. Convergence or Collision?*», rispettivamente *Information Computer Communications Policy series* nn. 28 e 29, Parigi, 1992 (il secondo consultabile altresì sul sito *web* <<http://www.oecd.org/dataoecd/56/56/1909456.pdf>>). In dottrina, oltre a: A. Stazi, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e*

concorrenza. *Il caso della televisione in mobilità*, cit., p. 1 ss., v.: V. Franceschelli, *Convergenza. La "convergenza" nelle telecomunicazioni e il diritto d'autore nella società dell'informazione*, Milano, Giuffrè, 2009; J.E. Nuechterlein, P.J. Weiser, *Digital Crossroads*, Cambridge (Mass., U.S.A.), Londra, 2005, in specie p. 23 ss.; S. Ciccotti, *La convergenza tecnologica*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 4; A. Perrucci, *La convergenza economica e di mercato*, *ibidem*, p. 11 ss.; R. Viola, *Regolamentazione della convergenza*, relazione tenuta in data 16/10/2002 in occasione del Seminario di studio "L'evoluzione della regolamentazione comunitaria nel settore delle comunicazioni", organizzato dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di seguito anche "AGCom") presso Capri-Napoli, consultabile sul sito web <<http://www.agcom.it>>; E.M. Noam, *Convergence: Theory and Reality*, relazione tenuta in data 22/10/2001 in occasione del Seminario di studio "Convergenza Tecnologica e Società dell'informazione", organizzato dall'AGCom presso Capri-Napoli, consultabile sul sito web <<http://www.agcom.it>>.

[31] Sul punto si vedano, fra i molti: OECD, «*Regulation and Competition. Issues in the Light of Convergence*», DAF/CLP(99)1, 1999, consultabile sul sito web <<http://www.oecd.org/dataoecd/34/55/1920359.pdf>>, p. 42 s.; UK Department of Trade and Industry, «*Green Paper Regulating Communications: Approaching Convergence in the Information Age*» (1998), consultabile sul sito web <<http://www.dti.gov.uk/converg>>; in dottrina: G. Richeri, *L'economia dei contenuti e l'evoluzione delle reti*, in A. Pilati, A. Perrucci (a cura di), *Economia della conoscenza. Profili teorici ed evidenze empiriche*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 567 ss.; F. Devescovi, *Principi di economia della televisione*, Milano, Guerini e associati, 2003, p. 31 ss., nonché la Prefazione allo stesso di M. Morcellini; F. Ghezzi, *La valutazione delle concentrazioni verticali nei "mercati della convergenza" tra i settori delle telecomunicazioni e dell'emittenza televisiva*, in *Riv. soc.*, 2001, n. 2, p. 568 s.; A. Stazi, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., in specie p. 17 ss., e Id., *La pubblicità commerciale on line*, Milano, Giuffrè, 2004, in specie p. 12 ss. In considerazione del fatto che l'ingente quantitativo di informazioni disponibili sulle reti di comunicazione consente la creazione di nuove opportunità e modalità di *business*, in virtù dello sviluppo di nuovi prodotti e servizi, nonché di innovative tecniche di comunicazione commerciale, si parla altresì, per definire la nuova economia dell'era digitale, di "economia della conoscenza"; al riguardo v. in specie: L.C. Thurow, *La costruzione della ricchezza. Le nuove regole per gli individui, le società e le nazioni nell'economia della conoscenza* Milano, Il Sole 24 Ore Edizioni, New York, Collins (*Building Wealth: The New Rules for Individuals, Companies, and Nations in a Knowledge-Based Economy*), 2000, il quale ha evidenziato come: "La conoscenza è la nuova base

della ricchezza. Questo non si è mai verificato prima. In passato, quando i capitalisti parlavano della loro ricchezza, si riferivano alle loro proprietà in termini di impianti, attrezzature e risorse naturali. In futuro, quando i capitalisti parleranno della loro ricchezza, intenderanno la loro capacità di controllare la conoscenza”; nonché, *ex multis*: A. Pilati, A. Perrucci, *Introduzione. Economia della conoscenza, organizzazioni, sistemi sociali: una lunga evoluzione*, in Ildd. (a cura di), *Economia della conoscenza. Profili teorici ed evidenze empiriche*, op. cit., p. 11 ss.; D. Foray, *The Economics of Knowledge*, Cambridge (Mass., U.S.A.), Londra, 2004; V. Zeno-Zencovich, G.B. Sandicchi, *L'economia della conoscenza ed i suoi riflessi giuridici*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2002, n. 6, p. 971 ss.; J. Rifkin, *The Age of Access*, op. cit., p. 113 ss. (ediz. it.); T. Sakaiya, *The Knowledge-Value Revolution, or, A History of the Future*, Tokio, 1991, in specie p. 60 ss.

[32] Riguardo alle ristrutturazioni dei modelli operativi delle imprese necessarie a fronte dell'incessante innovazione tecnologica che si registra nell'ambito delle *Information and Communication Technologies*, v. in specie: OECD, «*Convergence between Communications Technologies*», e Id., «*Telecommunications and Broadcasting. Convergence or Collision?*», citt.; A. Pilati, A. Perrucci, *Introduzione. Economia della conoscenza, organizzazioni, sistemi sociali: una lunga evoluzione*, op. cit., p. 11 ss.; A. Perrucci, *La convergenza economica e di mercato*, op. cit., p. 12 ss.; J. Rifkin, *The Age of Access*, op. cit., p. 26 ss. (ediz. it.).

[33] La tecnologia digitale, in specie, rende più economici e meno complessi, ovvero più efficienti, l'accesso, l'elaborazione, la memorizzazione e la trasmissione delle informazioni, consentendo lo sviluppo di nuove modalità di fruizione dei prodotti o servizi, nonché di transazione, sempre più immediate, delocalizzate e desincronizzate (cfr., al riguardo: E.M. Noam, *L'impatto economico della conoscenza sull'impresa*, in A. Pilati, A. Perrucci (a cura di), *Economia della conoscenza. Profili teorici ed evidenze empiriche*, op. cit., p. 53 ss.; A. Perrucci, *La convergenza economica e di mercato*, op. cit., p. 16; G. Dang Nguyen, D. Phan, *Economie des télécommunications et de l'Internet*, Parigi, 2000.

[34] Ci si riferisce essenzialmente alla televisione in mobilità e a quella via Internet.

[35] Riguardo allo sviluppo ed alle implicazioni della quale, può vedersi ancora: A. Stazi, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., in specie pp. 17 ss., 83 ss. e 309 ss.

[36] O *Conditional Access System*, sistema in base al quale l'accesso in forma intelligibile al servizio è subordinato a preventiva autorizzazione individuale, e quindi all'attivazione da parte dell'utente di un meccanismo di decodifica del segnale d'ingresso.

[37] O *Application Programme Interface*: elementi di *software* residente nel sistema che consentono di accedere alle funzioni di base del

decodificatore per gestire programmi applicativi scritti da terzi come ad esempio la guida elettronica dei programmi.

[38] O *Electronic Programme Guide*: supporto multimediale che consente all'utente la consultazione, selezione e conoscenza della programmazione su base periodica, inclusiva di dettagli riguardo agli eventi trasmessi.

[39] Al riguardo, v.: A. Perrucci, G. Richeri, *Il settore televisivo nei principali paesi europei: dinamiche di mercato e profili regolamentari*, in Ildd. (a cura di), *Il mercato televisivo italiano nel contesto europeo*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 45 ss.

[40] Ossia quelli particolarmente attrattivi per gli utenti, quali eventi sportivi e film.

[41] Con riferimento allo sviluppo delle piattaforme audiovisive in Europa e in Italia, v.: Commissione europea, «*Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Relazione sui mercati europei delle comunicazioni elettroniche 2008 (Quattordicesima relazione)*», COM(2009) 140, 24.3.2009, consultabile sul sito web <[http://ec.europa.eu/information\\_society/policy/ecomm/library/communications\\_reports/annualreports/14th/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/library/communications_reports/annualreports/14th/index_en.htm)> (con i relativi *Staff Working document* e *Country chapter*); European Audiovisual Observatory, *Yearbook 2009 - Film, television and video in Europe (15th edition)*, Strasburgo, 2009; W. Closs, L. Franceschini (a cura di), *Video on demand and catch-up TV in Europe*, Strasburgo, European Audiovisual Observatory, 2009; AGCom, «*Relazione annuale sull'attività svolta e sui programmi di lavoro dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - 2009*», consultabile sul sito web <<http://www.agcom.it>>, p. 30 ss. e 76 ss.

[42] Per quanto concerne il significato di tali concetti e la loro disciplina nell'ambito del *framework* regolatorio delle comunicazioni elettroniche, si rinvia *infra*, al par. III.2.

[43] Cfr.: A. Bavasso, *Communications in EU Antitrust Law. Market Power and Public Interest*, The Hague, Londra, New York, Kluwer Law International, 2003, p. 17.

[44] E. Barendt, *Access to the Media in Western Europe*, in A. Sajò, M.E. Price, *Right of Access to the Media*, The Hague, Londra, Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 112.

[45] Si veda: M.E. Price, *Theories of Media Access. An Access Taxonomy*, in A. Sajò, M.E. Price, *Right of Access to the Media*, op. cit., p. 1.

[46] Cfr., riguardo al concetto di “*Free Flow of Information*” (e per un'analisi della sua tutela giuridica): N. Helberger, *Controlling Access to Content - Regulating Conditional Access in Digital Broadcasting*, op. cit., p. 57 ss.

[47] In merito all'evoluzione storica ed alle implicazioni problematiche della libertà di espressione, si rinvia fra gli altri a: B.M. Owen, *Economics and Freedom of Expression. Media Structure and the First Amendment*, Cambridge (Mass., U.S.A.), Ballinger Publishing, 1975, p. 6 ss.; V. Zeno-

Zencovich, *La libertà d'espressione. Media, mercato e potere nella società dell'informazione*, Bologna, Il Mulino, 2004, in specie pp. 39 ss., 95 ss. e 159 ss.

[48] Si veda: B.M. Owen, *Economics and Freedom of Expression. Media Structure and the First Amendment*, op. cit., p. 22.

[49] Ci si riferisce al progetto di revisione — cosiddetta “*Review 2006*” — presentato dalla Commissione nel giugno 2006 riguardo al quadro regolatorio vigente per il settore delle comunicazioni elettroniche adottato nel 2002 (riguardo al quale si rinvia *infra*, al par. III). In base ai documenti presentati dalla Commissione, il problema della carenza di risorse frequenziali sarà affrontato attraverso la creazione di un “mercato libero” di diritti soggetti ad un regime di scambio — il c.d. “*spectrum trading*” — per l'utilizzo di determinate frequenze in funzione della domanda del mercato (per approfondimenti sul punto e sulla “*Review 2006*” in generale, v. le proposte di revisione consultabili sul web  
sito [http://ec.europa.eu/information\\_society/policy/ecomm/tomorrow/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/tomorrow/index_en.htm)), nonché: G.L. Tosato, *L'evoluzione della disciplina comunitaria delle comunicazioni elettroniche*, in *Diritto Un. Eur.*, 2009, n. 1, p. 169; A. Stazi, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., pp. 123 ss., 163 ss. e 309 ss.).

[50] Peraltro questa ipotesi è risultata nel nostro Paese (almeno finora) irrealizzabile nella pratica, oltre che in virtù dei notevoli investimenti a tal fine necessari, in particolare per ragioni tecniche, data la “endemica” carenza di dati certi riguardo alla situazione interferenziale sul territorio (derivata dal fenomeno dello sviluppo della radiotelevisione in Italia, in carenza di regole adeguate, attraverso l’“occupazione di fatto” dell’etere da parte delle televisioni private); sul punto, si veda: A. Sassano, *Il dividendo digitale*, intervento al Convegno “*Talenti, Creatività e Reti: dove ci porta la Convergenza?*”, Roma, 14 marzo 2006, consultabile sul web  
sito

<http://www.italmediaconsulting.com/pagina.php?cosa=vediarticolo&idtipo=0&idcanale=3&id=57>), p. 2 ss. Alla prolematica situazione frequenziale del nostro Paese, peraltro, dovrebbe porsi rimedio, da un lato, tramite l’iniziativa del “catasto delle frequenze” di recente istituito da parte del Ministero dello sviluppo economico-comunicazioni e dell’Autorità per le Garanzie delle Comunicazioni (v. delibera AGCom n. 502/06/CONS). Inoltre, in tal senso rileva altresì l’accordo che il Ministero e l’AGCom hanno di recente raggiunto con gli operatori del settore sulla configurazione e sul numero delle reti digitali terrestri da realizzare da parte delle televisioni nazionali e locali in vista dello *switch-off* della televisione analogica (sul punto si rinvia, *amplius, infra*, al par. III.3). Tali interventi, fra l’altro, hanno consentito di porre rimedio altresì all’annosa questione dell’emittente Europa 7, che pur essendosi aggiudicata una concessione nazionale nel 1999 non aveva mai ottenuto l’assegnazione delle relative frequenze. Riguardo a questo caso, si

vedano in specie: Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sez. IV, decisione 31 gennaio 2008, C-380/05; Consiglio di Stato, sez. VI, decisione 20 gennaio 2009, n. 242. Per approfondimenti, v.: A.M. De Luca, *Brevi note sul caso Europa 7. Consiglio di Stato, sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 242*, in *Corriere giur.*, 2009, n. 8, p. 1102; A. Giannaccari, *Il caso Europa 7 al Consiglio di Stato*, in *Mercato conc. reg.*, 2009, n. 1, p. 133; A. Stazi, C. Stazi, *L'attività radiotelevisiva, il diritto comunitario e le libertà fondamentali (la Corte di Giustizia CE e il caso 'Europa 7')* (nota a Corte di Giustizia CE, sez. IV, 31 gennaio 2008), in *Dir. Internet*, 2008, n. 3, p. 238 ss.; A. Stazi, *Le frequenze elettromagnetiche nel settore televisivo*, in V.M. Cesàro, L.F. Del Moral Dominguez, A.M. Gambino, R. Giampetraglia, M. Rabitti (a cura di), *Diritto privato applicato*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 146 ss., e Id., *La normativa italiana in materia di frequenze per la radiotelevisione sotto la lente del giudizio comunitario (nota a Cons. Stato, Sez. VI, ordinanza 19 luglio 2005, n. 3846)*, in *Dir. Internet*, 2005, n. 6, p. 601 ss.

[51] Cfr. ancora: B.M. Owen, *Economics and Freedom of Expression. Media Structure and the First Amendment*, op. cit., p. 24.

[52] Sul tema, v. in specie: R.H. Coase, *The Economics of the First Amendment. The Market for Goods and the Market for Ideas*, in *Amer. Econ. Rev. Proc.*, 1974, n. 64, p. 384 ss.; R.A. Shiner, *Freedom of Commercial Expression*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 299 ss.; V. Zeno-Zencovich, *La libertà d'espressione. Media, mercato e potere nella società dell'informazione*, op. cit., p. 95 ss.; A. Currò, *Il diritto alla concorrenza delle idee. Il mercato dell'audiovisivo*, Padova, Cedam, 2006, p. 11 ss.

[53] J. Milton, *Areopagitica: discorso per la libertà di stampa*, Milano, Bompiani, 2002, ristampa dell'opera originale *Areopagitica: A speech of Mr John Milton for the liberty of unlicensed printing to the Parliament of England*, Londra, 1644. La citazione di Euripide, che nell'opera di Milton recita testualmente: "*This is true Liberty when free born men Having to advise the public may speak free, Which he who can, and will, deserv's high praise, Who neither can nor will, may hold his peace; What can be juster in a State then this?*", è tratta dalla tragedia *Le supplici* (V. sec. A.C.), 437-40.

[54] Si veda, in tal senso: B.M. Owen, *Economics and Freedom of Expression. Media Structure and the First Amendment*, op. cit., p. 5 s.

[55] Cfr. ancora: B.M. Owen, *Economics and Freedom of Expression. Media Structure and the First Amendment*, op. cit., p. 28.

[56] Ciò in quanto in tutte le opere principali sulla tematica, da Milton a Mill (J.S. Mill, *Sulla libertà*, Milano, Mondolibri, 2005, ristampa dell'opera originale *On liberty*, Londra, 1859), la nozione che "la verità prevarrà" è stata proposta come ragione per la proposizione più essenziale che le libertà personali di pensiero e di espressione rappresentano fini desiderabili dell'organizzazione sociale.

[57] Cfr.: L. Festinger, *A Theory of Cognitive Dissonance*, Evanston (Ill., U.S.A.), Row, Peterson, 1957.

- [58] La domanda, evidentemente, riguarderà altresì le informazioni relative al governo del Paese, alla sua attività ed al suo comportamento.
- [59] Si pensi ad esempio al giornalismo giallo, ai cartoni animati politici, agli *show* televisivi d'informazione o alle riviste cinematografiche.
- [60] Si vedano già, sul tema: M. McLuhan, *Understanding Media*, New York, McGraw-Hill, 1964; H. A. Innis, *The Bias of Communication*, Toronto, University of Toronto Press, 1951.
- [61] Riguardo all'individuazione di queste categorie, cfr. in specie: M.E. Price, *Theories of Media Access. An Access Taxonomy*, op. cit., p. 3 ss.
- [62] Si veda in particolare, al riguardo, la decisione della Corte Suprema USA *Metro Broadcasting Inc. v. FCC*, 497 U.S. 547 (1990), par. 569 (per un commento al caso v.: M. Rosenfeld, *Metro Broadcasting Inc. v. FCC: Affirmative Action at the Crossroads of Constitutional Liberty and Equality*, in *U.C.L.A. Law Rev.*, 1991, n. 38, p. 583 ss.).
- [63] Sin dal principio della sua azione volta al controllo delle concentrazioni nell'audiovisivo, ad esempio, la FCC ha limitato la titolarità ad una emittente in un mercato radiofonico e televisivo, ed in seguito ha vietato il possesso incrociato di giornali ed emittenti televisive nello stesso mercato.
- [64] Si vedano ad esempio, al riguardo: M. Cantor, J. Cantor, *Prime Time Television: Content and Control*, Londra, Sage, 1992; H. Hotelling, *Stability in Competition*, in *Econ. Journ.*, 1929, n. 1, p. 39 ss.; negli Stati Uniti, cfr. il parere dissenziente del giudice O'Connor nel caso *Metro Broadcasting Inc. v. FCC*, cit., par. 569 ss.; nel nostro Paese, si veda quanto ampiamente evidenziato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito anche "AGCM") nella «*Indagine conoscitiva sul settore televisivo: la raccolta pubblicitaria*», IC/23, provvedimento n. 13770, 16 novembre 2004; pubblicata in *Boll. AGCM* n. 47/2004, consultabile altresì sul sito *web* <<http://www.agcm.it>>, p. 38 ss.
- [65] Esempi di questa tipologia di accesso possono rinvenirsi anche nell'ordinamento comunitario, nelle quote di programmazione di "opere europee" e di quelle realizzate da "produttori indipendenti" (al riguardo si rinvia *infra*, al par. seguente).
- [66] «*Cable Television Consumer Protection and Competition Act of 1992*», *Public Law No. 102-385*, 106 *Stat.* 1460, 47 U.S.C..
- [67] Cfr.: 47 U.S.C., rispettivamente ai parr. 534 e 535.
- [68] Per le dinamiche di questa diatriba, si vedano dapprima: *Century Communications Corp. v. FCC*, 835-837 F.2d 292 (D.C.Cir. 1987), 476 U.S. 1169; *Quincy Cable Tv Inc. v. FCC*, 768 F.2d 1434 (D.C.Cir. 1985), 476 U.S. 1169; e quindi ancora: *Metro Broadcasting Inc. v. FCC*, cit.; nonché in dottrina, fra gli altri: S. Robinowitz, *Cable Television: Proposals for Reregulation and the First Amendment*, in *Cardozo Arts & Entertainm. Law Journ.*, 1990, n. 8, p. 309 ss.
- [69] Si veda: M.E. Price, *Theories of Media Access. An Access Taxonomy*, op. cit., p. 13.
- [70] Al riguardo, si veda: E. Andrews, *F.C.C. Lets TV-Shopping Stations Demand Access to Slots on Cable*, in *N.Y. Times*, 3/7/1993, pp. 1, 40.

[71] Si veda in specie: 47 U.S.C., par. 548.

[72] Sul tema, e sulle dispute intorno alla norma, si vedano: M.E. Price, *Theories of Media Access. An Access Taxonomy*, op. cit., p. 14 s.; E. Andrews, *Cable Pact is Reached by States*, in *N.Y. Times*, 9/6/1993, p. D1.

[73] «*Communications Act of 1934*», *Public Law No. 416*, 48 *Stat.* 1064 (emendato da ultimo dal «*Telecommunications Act*» del 1996, *Public Law No. 104-104*, 110 *Stat.* 56).

[74] Cfr. in specie: 47 U.S.C., par. 531 s.

[75] Nel «*Cable Communications Policy Act of 1984*» (emendato nel 1992 e nel 1996), 47 U.S.C., al par. 532(b)(1) vi era la previsione di c.d. «*leased channels*», con cui si richiedeva che la maggior parte degli operatori via cavo mettessero a disposizione capacità trasmissiva per fornitori non affiliati i quali ricercassero l'accesso agli abbonati e non sarebbero stati altrimenti selezionati dagli operatori via cavo, concedendo loro spazio per i propri canali ad una tariffa ragionevole. Il «*leased channel*» è quindi qualcosa in meno del *common carrier*, e l'operatore ha un controllo tanto esteso delle tariffe ed un sufficiente controllo della situazione che la norma non è stata in realtà molto utilizzata. Il fatto in sé della sua esistenza come un possibile strumento per infrangere il potere monopolistico degli operatori via cavo era sufficiente comunque, per un giudice dissenziente nei casi di *must carry*, per ritenere che ogni sforzo del Congresso di imporre l'accesso ai programmi agli operatori via cavo fosse incostituzionale (v. *Turner Broadcasting System Inc. v. FCC*, 819 F. Supp. 32, D.D.C. 1993).

[76] O «*Hyde Park corner*», secondo la definizione di M.E. Price (*Theories of Media Access. An Access Taxonomy*, op. cit., p. 18), che ne sottolinea in tal modo la natura «romantica», riconducendoli appunto all'angolo del parco di Londra riservato a chiunque voglia esprimere opinioni, critiche o proporre spettacoli.

[77] Si vedano in specie, al riguardo: A.A. Bernstein, *Access to Cable, Natural Monopoly and the First Amendment*, in *Col. Law Rev.*, 1986, n. 8, p. 1663 ss., nonché le decisioni *Midwest Video Corp. v. FCC*, 571 F.2d 1025 (8th Cir. 1978) e 440 U.S. 689 (1979).

[78] Cfr.: 47 U.S.C., parr. 532, 558, e la decisione: *Allience for Community Media v. FCC*, 15 F.3d 186 (1994), nonché l'opinione critica di: J. Berger, *Forum for Bigotry? Fringe Groups on TV*, in *N.Y. Times*, 23/5/1992, p. 29.

[79] Si veda ad esempio, al riguardo: E. Andrews, *Mild Slap at TV Violence*, in *N.Y. Times*, 1/7/1993, p. A1.

[80] Cfr. ancora, sul tema: M.E. Price, *Theories of Media Access. An Access Taxonomy*, op. cit., p. 20 ss.

[81] Negli Stati Uniti ma altresì in Europa, come si vedrà *infra*, al par. seguente.

[82] Con l'espressione *pay-per-view* si indicano le diverse tecnologie che consentono a un utente di godere di un evento, ad esempio un film o un

evento sportivo o culturale, pagando esclusivamente per la sua fruizione.

[83] Si veda, fra gli altri, da ultimo: C. Calabrò, *“Relazione annuale sull’attività svolta e sui programmi di lavoro dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - 2009 - Presentazione del Presidente Corrado Calabrò”*, consultabile sul sito *web* <<http://www.agcom.it>>, p. 3 e 12.

[84] Ancora da: M.E. Price, *Theories of Media Access. An Access Taxonomy*, op. cit., p. 25.

[85] In proposito, si pensi soltanto, ad esempio, da un lato alle notevoli reazioni degli Stati membri della CE (in particolare della Francia) alla tendenza “espansiva” del diritto comunitario nel settore sviluppatasi dalla sentenza *Sacchi* (30 aprile 1974, causa n. 155/73, in Racc. 1974) in poi; dall’altro, al travagliato *iter* del recente processo di revisione della direttiva «*Tv senza frontiere*» (riguardo alla quale, si rinvia *infra*).

[86] O “CEDU”, aperta alla firma a Roma il 4 novembre 1950 ed in vigore nel nostro Paese dal 26 ottobre 1955, consultabile sul sito *web* <<http://www.echr.coe.int/nr/rdonlyres/0d3304d1-f396-414aa6c1-97b316f9753a/0/italianitalien.pdf>>.

[87] Riguardo al significato della disposizione contenuta nell’art. 10 CEDU, può farsi riferimento da un lato alla successiva prassi in materia degli Stati parti, sempre in seno al Consiglio d’Europa - espressa in specie nell’art. 10-*bis* della «*Convenzione europea sulla televisione transfrontaliera*» (adottata nel 1989, entrata in vigore il 1/5/1993 e modificata con un Protocollo entrato in vigore il 1/10/2000; consultabile sul sito *web* <<http://conventions.coe.int/Treaty/ita/Treaties/Html/132.htm>>), e nella «*Recommendation no. R (99) 1 of the committee of ministers to member states on measures to promote media pluralism*» del Consiglio d’Europa (19/1/1999, consultabile sul sito *web* <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=399303&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFB55&BackColorLogged=FFAC75>>) - nonchè, in particolare, alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: si vedano in specie le sentenze *Informationsverein Lentia c. Austria* del 24/11/1993, *Jersild* del 23/9/1994 e *Piermont* del 27/4/1995, in ECHR, 1993-5.

[88] Adottato dall’Assemblea Generale dell’ONU il 16 dicembre 1966, entrato in vigore per l’Italia il 15 dicembre 1978, consultabile sul sito *web* <[http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/a\\_ccpr.htm](http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm)>.

[89] Le previsioni citate, oggi - specie a seguito delle recenti modifiche apportate al titolo V della Costituzione ed in particolare all’art. 117 Cost. dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 («*Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*», pubblicata in *G.U.R.I.* 24/10/2001, n. 248), in virtù della quale il nuovo testo dell’art. 117 Cost. dispone che «*la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*», prevedendo quindi per la prima volta un’espressa garanzia

costituzionale di rispetto da parte del legislatore italiano delle norme di diritto internazionale convenzionale; nonché in virtù dell'art. 6, c. 2, del Trattato UE, che annovera i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU fra i principi generali del diritto dei quali impone il rispetto alle Istituzioni comunitarie e agli Stati membri in sede di adozione o applicazione di norme interne in deroga alle libertà economiche fondamentali garantite dal Trattato CE; ed ancora in considerazione del potere della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo, in base agli artt. 19 ss. della CEDU, di accertare con sentenza l'eventuale violazione dell'art. 10 della Convenzione, con conseguente obbligo per lo Stato condannato di dare esecuzione alla pronuncia, eventualmente modificando la normativa contestata incompatibile - sembrerebbero poter assumere un ruolo assai rilevante rispetto alle normative interne in materia; ciò, peraltro, allo stato potenzialmente, come si è accennato e si preciserà *infra* e nei par. seguenti.

[90] Sottoscritta a Nizza il 7 dicembre 2000, pubblicata in G.U.U.E. C 364 del 18/12/2000.

[91] La violazione di tale principio, come accennato riconducibile al novero dei diritti fondamentali di cui l'art. 6 del Trattato UE impone il rispetto alle Istituzioni comunitarie nonché agli Stati membri riguardo alla potestà legislativa esercitata dallo Stato e dalle Regioni, sarebbe suscettibile - sempre in linea potenziale - di poter dare luogo nei confronti dello S.M. autore della violazione ad una procedura di accertamento dell'illecito ai sensi dell'art. 7 TUE, e quindi ad un eventuale conseguente provvedimento sanzionatorio da parte delle Istituzioni comunitarie competenti.

[92] Per le suddette ragioni essenzialmente politiche.

[93] A proposito del quale si rinvia *infra*, al par.III.2.

[94] Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, decisione *Informationsverein Lentia e altri c. Austria*, 24 novembre 1993, 13914/88, 15041/89, 15717/89, [1993] ECHR 57, in ECHR Serie A n. 276, par. 38 s.; cfr. anche: decisione *Lingens c. Austria*, 8 luglio 1986, 9815/82, [1986] ECHR 7, in ECHR Serie A n. 103, par. 41.

[95] Consiglio d'Europa, «*Declaration on the Freedom of Expression and Information*», 29 aprile 1982, consultabile sul sito web <[http://www.coe.int/t/e/human\\_rights/media/4\\_documentary\\_resources/CM/1Dec\(1982\)Freedom\\_Expr\\_en.asp](http://www.coe.int/t/e/human_rights/media/4_documentary_resources/CM/1Dec(1982)Freedom_Expr_en.asp)>, consid. 6.

[96] Cfr., fra gli altri: N. Helberger, *Controlling Access to Content - Regulating Conditional Access in Digital Broadcasting*, op. cit., p. 88.

[97] Non risulta corretta, viceversa, la distinzione operata da taluni fra i concetti di *pluralism* e *diversity* in base alla quale il primo si riferirebbe alla possibilità per ogni gruppo di soggetti di trasmettere e ricevere i contenuti e le opinioni ai quali essi sono interessati, mentre la seconda indicherebbe la protezione di questo processo da influenze eccessive di una parte. Tale distinzione si accosterebbe eccessivamente a quella fra "*right to hear*" e "*right to be heard*" della quale si accennerà in seguito l'inadeguatezza (v. Conclusione).

- [98] In argomento, si vedano fra gli altri: T. Gibbons, *Concentrations of Ownership and Control in a Converging Media Industry*, in C.T. Marsden, S.G. Verhulst (a cura di), *Convergence in European Digital TV Regulation*, Londra, Blackstone Press Limited, 1999, in specie p. 156 ss.; R. Craufurd Smith, *Broadcasting Law and Fundamental Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1997, cap. 7; R. Collins, C. Murrone, *New Media, New Policies: Media and Communications Strategies for the Future*, Londra, Polity Press, 1996, cap. 3; T. Congdon et al., *The Cross Media Revolution: Ownership and Control*, Londra, John Libbery, 1995; M. Price, *Television, The Public Sphere and National Identity*, Oxford, Oxford University Press, 1995; C. Debbasch, *Les Grand Arrêts du Droit de l'Audiovisuel*, Parigi, Sirey, 1991, p. 245 ss.
- [99] Si veda, in specie, la decisione 86-217 del 18/9/1986.
- [100] Si vedano, fra le altre, le decisioni *First Television*, 12 BverfGE 205 (1961) e *Fourth Television*, 73 BverfGE 118 (1986).
- [101] Cfr. le sentenze nn. 826/1988, 148/1981 e 225/1974.
- [102] Sul punto v. anche quanto detto *supra*, al par. I.
- [103] Cfr.: T. Gibbons, *Concentrations of Ownership and Control in a Converging Media Industry*, op. cit., p. 158.
- [104] In tal senso: B.M. Owen, *Economics and Freedom of Expression. Media Structure and the First Amendment*, op. cit., p. 20.
- [105] Cfr.: B.M. Owen, *Economics and Freedom of Expression. Media Structure and the First Amendment*, op. cit., p. 21; D. Gomery, *Interpreting Media Ownership*, in B.M. Compaine, D. Gomery, *Who Owns the Media? Competition and Concentration in the Mass Media Industry*, Londra, Lea, 2000, in specie p. 526. In generale, v.: G. Amato, *Il potere e l'antitrust*, op. cit., in specie p. 93 ss.
- [106] Sul punto, cfr. tra gli altri: M. Price, J. Weinberg, *The Telecommunications Act of 1996*, in *2nd Yearbook of Media and Entertainment Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 99 ss.; G. Murdock, *Large Corporation and the Control of the Communication Industries*, in M. Gurevitch et al. (a cura di), *Culture, Society and the Media*, Londra, Methuen, 1982.
- [107] Del resto comunque, anche in passato: "*Limitations on media concentration and their long and controversial history show no record of success. At the transnational level all attempts to impose binding rules have so far failed; at the national level the anti-trust legislation has largely provided inadequate to regulate the media sector*" (D. McQuail, K. Siune (a cura di), *Media Policy. Convergence, Concentration & Commerce*, Londra, Sage, 1998, p. 203).
- [108] E' il caso, ad esempio, della Germania. Sul punto, in dottrina, cfr.: S. Verhulst (a cura di), *European Responses to Media Ownership and Pluralism*, in *Cardozo Arts & Entertainm. Law Journ.*, 1998, n. 16, p. 421 ss. Riguardo all'approccio nel nostro ordinamento, basato invece come accennato sulle quote di mercato, si rinvia *infra* al par. III.3.
- [109] Direttiva n. 89/552/CEE del 3 ottobre 1989, in G.U.C.E. L 289 del 17/10/1989, art. 4; «*Convenzione europea sulla televisione*

*transfrontaliera*», cit., art. 10. La nuova direttiva «Tv senza frontiere» è stata approvata nel dicembre 2007 («direttiva 2007/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 che modifica la direttiva 89/552/CEE del Consiglio relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive», in G.U.U.E. L 332 del 18/12/2007), a seguito di un lungo e travagliato iter pluriennale di revisione. Il nuovo testo riproduce la previsione sulle quote europee al medesimo articolo della versione precedente (per primi commenti al nuovo testo, v.: R. Mastroianni, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Torino, Giappichelli, 2009; S. Nikoltchev (a cura di), *Audiovisual Media Services without Frontiers (Iris special)*, Strasburgo, European Audiovisual Observatory, 2006). Nell'ordinamento statunitense, viceversa, come si è visto in precedenza, vi sono attualmente limitati controlli specifici sui contenuti dei programmi radiofonici e televisivi.

[110] Il caso di quanto storicamente avviene per il controllo della RAI nel nostro Paese è paradigmatico, tanto che in dottrina lo si riporta a specifico esempio di come sia stata opportuna l'apertura del settore agli operatori privati (v.: E. Barendt, *Access to the Media in Western Europe*, in A. Sajò, M.E. Price, *Right of Access to the Media*, op. cit., p. 111).

[111] Anche queste previsioni sono state confermate nel nuovo testo della direttiva (art. 5).

[112] In argomento, si vedano *ex multis* (con i riff. ivi citati): R. Mastroianni, *Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 77 ss.; V. Zeno-Zencovich, *La libertà d'espressione. Media, mercato e potere nella società dell'informazione*, op. cit., p. 47 ss. e 105 ss.; P. Scannell, *Public Service Broadcasting. The History of a Concept*, in T. Miller (a cura di), *Television. Critical Concepts in Media and Cultural Studies*, Vol. IV, Londra, Routledge, 2003, p. 212 ss.; M. Feintuck, *Media Regulation, Public Interest and the Law*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1999, in specie p. 187 ss.

[113] T. Gibbons, *Concentrations of Ownership and Control in a Converging Media Industry*, op. cit., p. 171.

1 Si veda: «*Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag - RStV)*», 1991, GVBl S. 636, artt 25 ss., in specie art. 31.

[114] Sul punto si rinvia, *amplius, infra*, al par. III.3.

[115] Per una rassegna esemplificativa degli interventi comunitari in tal senso, v. fra gli altri: T. Gibbons, *Concentrations of Ownership and Control in a Converging Media Industry*, op. cit., p. 162 ss.

[116] Direttiva n. 2002/19/CE, consid. 10. La Direttiva, come noto, fa parte del *framework* regolatorio comunitario dettato nel 2002 in materia di comunicazioni elettroniche, riguardo al quale si rinvia *infra*, al par. seguente.

- [117] In tal senso, si veda di recente: V. Zeno-Zencovich, *Motivi ed obiettivi della disciplina della televisione digitale*, in A. Frignani, E. Poddighe, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *La televisione digitale: temi e problemi. Commento al D.Lgs. 177/05 T.U. della Radiotelevisione*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 26 ss.
- [118] In proposito, si vedano i riferimenti richiamati *supra*, alla nota 64.
- [119] Sul punto, si vedano in specie: T. Congdon *et al.*, *The Cross Media Revolution: Ownership and Control*, op. cit.; R. Collins, C. Murrioni, *New Media, New Policies*, op. cit..
- [120] Cfr. ancora: E. Barendt, *Access to the Media in Western Europe*, op. cit., p. 112; T. Gibbons, *Concentrations of Ownership and Control in a Converging Media Industry*, op. cit., p. 169; A. Graham, *Exchange Rates and Gatekeepers*, in T. Congdon *et al.*, *The Cross Media Revolution: Ownership and Control*, op. cit..
- [121] B.M. Owen, *Economics and Freedom of Expression. Media Structure and the First Amendment*, op. cit., p. 21.
- [122] Sul punto, v.: A. Spence, *Product Selection, Fixed Costs and Monopolistic Competition*, in *Rev. Econ. Studies*, 1976, n. 2, p. 217 ss.
- [123] In tal senso: B.M. Owen, *Economics and Freedom of Expression. Media Structure and the First Amendment*, op. cit., p. 4 s.
- [124] Cfr.: P. Valcke, *Pluralism in een Digitale Interactieve Mediaomgeving. Analyse van Sectorspecifieke Regelgeving & Algemeen Mededingingsrecht*, Leuven, Katholieke Universiteit Leuven, 2003, p. 683-9; P. Larouche, *A Closer Look at Some Assumptions Underlying EC Regulation of Electronic Communications*, in *Journ. Network Industr.*, 2002, n. 3, p. 140-5; J. van den Beukel, A. Nieuwenhuis, *Pluriformiteit in het Mededingingsrecht*, in *Mediaforum*, 2000, n. 4, p. 117.
- [125] Cfr. ancora: B.M. Owen, *Economics and Freedom of Expression. Media Structure and the First Amendment*, op. cit., p. 21.
- [126] I documenti sono consultabili sul sito web <[http://ec.europa.eu/information\\_society/media\\_taskforce/pluralism/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/media_taskforce/pluralism/index_en.htm)>.
- [127] Come precisato nel *Final Report*: “*The Monitor offers a diagnostic, not a prescriptive tool on the basis of established risk management strategies. Its purpose is to facilitate the collection of empirical data on various risks for media pluralism given the particular economic, sociodemographic and legal situation in each Member State. The Monitor does not prescribe specific remedies or actions for particular risk profiles. Thus, while it urges the application of the same analytical framework in all Member States to ensure comparability of the results obtained, it is not a call for harmonisation of policies in this area. Given the far-reaching socio-cultural, economic and political importance of the media for the functioning of European democracies, the sensitive matter of how to protect media pluralism is ultimately left to the discretion of Member States and their authorities who, in defining their nation’s risk appetite, are free to consider market-based, as well as regulatory, approaches to diversity*” (*Independent Study on Indicators for Media*

*Pluralism in the Member States - Towards a Risk-Based Approach - Final Report - Prepared for the European Commission by K.U.Leuven-ICRI*, consultabile sul sito web <[http://ec.europa.eu/information\\_society/media\\_taskforce/pluralism/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/media_taskforce/pluralism/index_en.htm)>, p. ix).

[128] In tal senso, si ricorda come ad esempio l'art. 8 della direttiva «quadro», 2002/21/CE, preveda che le Autorità nazionali di regolazione perseguano, fra gli altri, i seguenti obiettivi: *a)* promozione del pluralismo; *b)* promozione della concorrenza; *c)* sviluppo del mercato interno; *d)* promozione degli interessi dei cittadini dell'Unione europea. In merito all'oramai comunemente riconosciuto utilizzo della regolazione per il perseguimento di scopi ulteriori rispetto alla mera correzione o prevenzione dei fallimenti del mercato, si veda in particolare: G. Marzi, L. Prosperetti, E. Putzu, *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 12 ss. Peraltro, come è noto nel diritto comunitario anche la disciplina della concorrenza è stata storicamente volta altresì al perseguimento di obiettivi esogeni, in specie riguardo alla creazione e allo sviluppo del mercato interno; sul tema, v. fra gli altri: A. Albors-Llorens, *Competition Policy and the Shaping of the Single European Market*, in C. Barnard, J. Scott, *The Law of the Single European Market*, Oxford, Portland, 2002, p. 311 ss.

[129] Più specificamente, gli effetti di rete sono essenzialmente di due tipologie. Una prima tipologia riguarda quelli derivanti dalle reti "fisiche", o di comunicazione: in questa ipotesi, l'utilità derivante ad un individuo dal consumo di un bene aumenta direttamente in proporzione al numero delle altre persone che consumano lo stesso bene (ciò avviene, ad esempio, con le reti telefoniche). La seconda tipologia è rappresentata dalle reti "virtuali", o *hardware-software*, nell'ambito delle quali l'utilità del consumatore aumenta indirettamente rispetto al numero degli altri individui che utilizzano lo stesso bene o servizio, a causa degli effetti che ciò produce sulla disponibilità di un prodotto complementare (ad es. una rete di carte di credito, dove un numero più ampio di utenti della carta rende maggiore la possibilità che i commercianti accettino di farne parte tramite le apposite convenzioni). Ciò comporta evidentemente, per i consumatori, problemi di coordinamento e d'informazione, dato che le loro scelte dovranno basarsi appunto sui comportamenti - eventualmente futuri - degli altri individui. In argomento, v. *ex multis*: M. Motta, M. Polo, *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 81 ss.; M. Volle, *Economia della conoscenza ed economia delle reti di comunicazione*, in A. Pilati, A. Perrucci (a cura di), *Economia della conoscenza. Profili teorici ed evidenze empiriche*, op. cit., p. 379 ss.; O. Shy, *The Economics of Network Industries*, Cambridge, 2001; C. Henry, M. Matheu, *New regulations for public services in competition*, in C. Henry, M. Matheu, A. Jeunematre (a cura di), *Regulation of Network Utilities. The European Experience*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 1 ss.; C. Shapiro, H. Varian, *Information Rules. Le regole*

*dell'economia dell'informazione*, Milano, Etas, Boston, Harvard Business School Press (*Information rules. A Strategic Guide to the Network Economy*), 1999, p. 211 ss.; M.A. Lemley, D. McGowan, *Legal Implications of Network Economic Effects*, in *Calif. Law Rev.*, 1998, n. 3, p. 479 ss.; M.L. Katz, C. Shapiro, *Systems Competition and Network Effects*, in *Journ. Econ. Perspect.*, 1994, n. 2, p. 93 ss. e Ildd., *Network Externalities, Competition and Compatibility*, in *Amer. Econ. Rev.*, 1985, n. 3, p. 424 ss.

[130] Attraverso le seguenti direttive del Parlamento europeo e del Consiglio: «*direttiva 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro)*»; «*direttiva 2002/19/CE, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate nonché all'interconnessione delle medesime (direttiva accesso)*»; «*direttiva 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni)*»; «*direttiva 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale)*»; adottate il 7 marzo 2002 e pubblicate in G.U.U.E. L 108 del 24/4/2002. Ad esse, si aggiunge la «*direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche)*», in G.U.U.E. L 201 del 31/7/2002. Il “pacchetto” di direttive del 2002 contempla poi una direttiva di liberalizzazione adottata dalla Commissione, che costituisce in sostanza un testo consolidato delle direttive in materia adottate dalla Commissione stessa a partire dalla fine degli anni ottanta: «*direttiva 2002/77/CE, del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica (direttiva concorrenza)*», in G.U.U.E. L 249 del 17/9/2002. Per commenti puntuali riguardo alle direttive del 2002, nonché al loro rapporto con il diritto “antitrust generale”, v. in specie: P.L. Nihoul, P.B. Rodford, *EU Electronic Communications Law - Competition and Regulation in the European Telecommunications Market*, Oxford, Oxford University Press, 2004; A. de Streel, R. Queck, *Un nouveau cadre réglementaire pour les communications électroniques en Europe*, in *J.T.D.E.*, 2003, n. 101, p. 193 ss.; W. Maxwell (a cura di), *Electronic Communications: The New EU Framework*, New York, Oceana Publications, 2002; M. Siragusa, S. Ciullo, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, in *Mercato conc. reg.*, 2002, n. 3, p. 511 ss.; L. Radicati Di Brozolo, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, *ibidem*, p. 561 ss. Come detto in precedenza, attualmente il *framework* regolatorio del 2002 è in corso di revisione (c.d. “*Review 2006*”; per riferimenti v. *supra*, alla nota 49).

[131] Ovvero essenzialmente gli operatori di rete, i fornitori di servizi e i fornitori di contenuti, nonché eventualmente gli aggregatori di contenuti.

[132] Di seguito anche “SPM”.

[133] «*Raccomandazione della Commissione relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche suscettibili di una regolamentazione ex ante ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica*», C(2003) 497, 11 febbraio 2003, pubblicata in G.U.U.E. L 114 dell'8/5/2003. La Raccomandazione è stata di recente sostituita, nell'ambito del suddetto processo di revisione del *framework* regolatorio di settore, dalla nuova «*Raccomandazione della Commissione del 17 dicembre 2007 relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche che possono essere oggetto di una regolamentazione ex ante ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica*», C(2007) 5406, pubblicata in G.U.U.E. L 344 del 28/12/2007.

[134] «*Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*», 9 luglio 2002, pubblicate in G.U.U.E. C 165 dell'11/7/2002.

[135] Di seguito anche “ANR”.

[136] A tal fine, in particolare, deve essere accertato se: a) siano presenti ostacoli non transitori all'accesso; b) non sia prevedibile in tempi adeguati una naturale evoluzione del mercato verso forme concorrenziali; c) il diritto *antitrust* non consenta di rimediare alle carenze individuate (c.d. “triplo test”); cfr.: Raccomandazione relativa ai mercati rilevanti, cit., consid. 9; in dottrina, sul tema, v.: P. Valcke, R. Queck, E. Lievens, *EU Communications Law. Significant Market Power in the Mobile Sector*, Cheltenham (U.K.), Northampton (Mass., U.S.A.), 2005, p. 1 ss.; M. Bak, *European electronic communications on the road to full competition: the concept of significant market power under the new regulatory framework*, in *Journ. Netw. Industr.*, 2003, n. 3, p. 293 ss.; A. de Streel, *The new concept of “significant market power” in electronic communications: the hybridisation of the sectoral regulation by competition law*, in *E.C.L.R.*, 2003, n. 10, p. 535 ss.

[137] Ai sensi dell'art. 1, c. 3, della direttiva 2002/21/CE (cfr. anche l'art. 8, c. 1, cit.), difatti: «*La presente direttiva e le direttive particolari si applicano fatte salve le misure adottate a livello comunitario o nazionale, in conformità del diritto comunitario, per perseguire obiettivi di interesse generale relativi, in particolare, alle regolamentazioni dei contenuti ed alla politica audiovisiva*».

[138] Così: direttiva 2002/19/CE, art. 2, lett. a), ove si precisa che: «*Il concetto comprende, tra l'altro: l'accesso agli elementi della rete e alle risorse correlate, che può comportare la connessione di apparecchiature*

*con mezzi fissi o non fissi (ivi compreso in particolare l'accesso alla rete locale nonché alle risorse e ai servizi necessari per fornire servizi tramite la rete locale); l'accesso all'infrastruttura fisica, tra cui edifici, condotti e piloni; l'accesso ai pertinenti sistemi software, tra cui i sistemi di supporto operativo; l'accesso ai servizi di traduzione del numero o a sistemi che svolgano funzioni analoghe; l'accesso alle reti fisse e mobili, in particolare per il roaming; l'accesso ai sistemi di accesso condizionato per i servizi di televisione digitale, l'accesso ai servizi di rete virtuale».*

[139] Ossia l'utente che non fornisce reti o servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico.

[140] Cfr.: direttiva 2002/19/CE, art. 5, comma 1, lett. a), ove è previsto l'obbligo di fornire accesso alle guide elettroniche dei programmi (EPG) ed alle interfacce applicative dei programmi (API); per una definizione delle quali v. *supra*, alle note 37 e 38.

[141] Per la suddetta ricostruzione preferibile del significato della nozione di accesso come prevista dalla direttiva, cfr.: A. Bavasso, *Communications in EU Antitrust Law. Market Power and Public Interest*, op. cit., p. 18 s. Peraltro, la scarsa chiarezza del testo della direttiva ha condotto altresì ad interpretazioni diverse, che risultano però non accoglibili in quanto lasciano spazio ad elementi di ambiguità e confusione; si veda in specie: P. Larouche, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 368 ss., il quale propone una categorizzazione che distingue fra: a) accesso del fornitore, che consiste nella possibilità per lo stesso di ottenere accesso alle reti di telecomunicazione al fine di offrire prodotti o servizi; b) accesso del consumatore, ovvero la possibilità per il consumatore di accedere alle reti di comunicazione al fine di potervi espletare rapporti economici o di altro genere; c) accesso della transazione, ossia la possibilità per una data transazione di essere effettuata secondo le richieste delle parti.

[142] Così: direttiva 2002/19/CE, art. 2, lett. b), ove si precisa che: «*I servizi possono essere forniti dalle parti interessate o da altre parti che hanno accesso alla rete. L'interconnessione è una particolare modalità di accesso messa in opera tra operatori della rete pubblica*». Al riguardo, giova aggiungere come per operatore la direttiva intenda «*un'impresa che fornisce o è autorizzata a fornire una rete pubblica di comunicazioni, o una risorsa correlata*» (art. 2, lett. c). Secondo una diversa definizione, poi, il termine accesso si contrappone a quello di interconnessione ed individua l'ipotesi dell'utilizzo "unilaterale" di risorse di rete altrui da parte di imprese prive di una rete propria, o dotate di risorse di rete incomplete; in questo senso, si parla anche di accesso *one-way*, al fine di distinguerlo dall'accesso *two-way*, che si realizza appunto nelle ipotesi di interconnessione fra reti (sul punto, si vedano fra gli altri: M. Libertini, *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. dir. ammin.*, 2005, n. 2, p. 201; G. Marzi, L. Prosperetti, E. Putzu, *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, op. cit., p. 145 ss.; N. Economides, L.J. White, *One-Way*

*Networks, Two-Way Networks, Compatibility, and Public Policy*, in D. Gabel, D.F. Weiman (a cura di), *Opening Networks to Competition. The Regulation and Pricing of Access*, op. cit., p. 9 ss.). Accanto ai concetti di accesso e di interconnessione, infine, vengono in rilievo quelli di interoperabilità, che indica la capacità di due sistemi di scambiare e scambiarsi reciprocamente informazioni al fine di consentire a ciascuno di funzionare nei diversi modi per esso contemplati, e di standardizzazione, che si riferisce principalmente agli apparecchi. La rilevanza dell'interoperabilità è evidente, nell'era della convergenza tecnologica e della oramai inscindibile sinergia, o meglio vera e propria fusione, fra le tecnologie informatiche e quelle di comunicazione. Dal punto di vista della regolamentazione, tale rilevanza è riconosciuta espressamente dalla direttiva «accesso», al consid. 9, ove si afferma che essa «*va a beneficio degli utenti finali ed è un importante obiettivo di questo contesto regolamentare*». Questi scopi sono certamente perseguiti in parte attraverso lo strumento della standardizzazione. D'altronde, essi sono raggiunti altresì mediante l'imposizione di obblighi regolatori - quali ad esempio le previsioni della direttiva «accesso» concernenti gli obblighi di trasparenza in merito alle specificazioni tecniche e alle caratteristiche della rete, di non discriminazione nella fornitura d'informazioni ai soggetti terzi, e di accesso alle interfacce tecniche, ai protocolli e alle altre tecnologie necessarie per l'interoperabilità dei servizi di rete virtuale (cfr. rispettivamente: direttiva n. 2002/19/CE, artt. 9, c. 1, 10, c. 2, e 12, c. 1, e) - così come mediante l'applicazione delle norme generali del diritto *antitrust*. Ad ogni modo, i profili specifici relativi alla interoperabilità e alla standardizzazione non risultano di diretto interesse ai fini della presente ricerca (sul tema, possono vedersi fra gli altri, oltre a: A. Stazi  *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., p. 321 ss.; F. Graziadei, G. Rizzo, A. Stazi,  *Reti e contenuti nella prospettiva della convergenza: scenari ed opzioni aperte dallo sviluppo del digitale*, cit., p. 539 ss., a p. 550 s.; in specie: G. Ghidini,  *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, Giuffrè, 2008 (2a ediz.), pp. 314 ss. e 331 ss.; K. Jacobs (a cura di),  *Advanced Topics in Information Technology Standards and Standardization Research, Volume I*, Hershey (PA, U.S.A.), Londra, Idea Group Publishing, 2006; M. Calderini, A. Giannaccari, M. Granieri,  *Standard, proprietà intellettuale e logica antitrust nell'industria dell'informazione*, Bologna, Il Mulino, 2005; M. Bertani,  *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze* (serie  *Quaderni di AIDA*, a cura di L.C. Ubertazzi, vol. n. 10), Milano, Giuffrè, 2004, con i riferimenti ivi indicati).

[143] La quale «*autorizza o impedisce all'autorità nazionale di regolamentazione di prendere tali misure*» (art 8, c. 3, dir. 2002/19/CE). Sul tema, cfr.: F. Graziadei, G. Rizzo, A. Stazi,  *Reti e contenuti nella prospettiva della convergenza: scenari ed opzioni aperte dallo sviluppo del digitale*, cit., in specie p. 545 ss.; Osservatorio di Proprietà Intellettuale, Concorrenza e Comunicazioni - Luiss Guido Carli,  *Media*

*Digitali e accesso ai contenuti: Profili problematici*, rapporto presentato in occasione del Convegno di studio “*Media Digitali: opzioni di sviluppo delle infrastrutture per favorire le migliori condizioni di accesso ai contenuti*”, 11 maggio 2004, Roma, Università Luiss Guido Carli, consultabile sul sito [web <http://www.luiss.it/ricerca/centri/opicc/documenti/index.php>](http://www.luiss.it/ricerca/centri/opicc/documenti/index.php), p. 20 ss.

[144] Si vedano fra gli altri: M. Siragusa, S. Ciullo, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, op. cit., p. 524 ss.; L. Radicati Di Brozolo, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, op. cit., p. 582 ss.

[145] Sia pure con una norma evidentemente assai meno vincolante, quanto meno formalmente, di quella contemplata ad esempio al citato art. 8, c. 3, dir. 2002/19/CE.

«Direttiva 95/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa all'impiego di norme per l'emissione di segnali televisivi», in G.U.U.E. L 281 del 23/11/1995.

[146] Cfr.: art. 6, c. 3, dir. accesso, il quale rinvia, oltre che alla procedura per l'analisi dei mercati di cui all'art. 16 della direttiva quadro, altresì ai meccanismi di consultazione e trasparenza contemplati agli artt. 6 e 7 della medesima.

[147] Direttiva 2002/22/CE, cit., art. 31.

[148] Decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante il “Codice delle comunicazioni elettroniche”, pubblicato in G.U.R.I. 15/9/2003, n. 214.

[149] Di cui all'art. 1, c. 3, dir. 2002/21/CE.

[150] Nel'ultima versione, direttiva 2007/65/CE.

[151] Richiamate in precedenza, al cap. I. par. 5.

[152] Cfr. l'art. 3 *undecies* del nuovo testo della direttiva. In Italia la lista di tali eventi è predisposta dall'AGCom (v.: T.U. radiotelevisione, d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177, in G.U.R.I. 7/9/2005, n. 208, art. 4, c. 1, lett. g). Sul tema, v. in specie: E. Poddighe, “*Diritti televisivi*” e *teoria dei beni*, Padova, Cedam, 2003 (2a ediz.), p. 141 ss.

[153] “*Shall*”, nella versione inglese, con una previsione, introdotta nell'ambito della recente revisione della direttiva, che risulta ancora una volta non cogente (se non volutamente ambigua).

[154] Salvo qualora ciò risulti impossibile per ragioni di fattibilità. Cfr. l'art. 3 *duodecies* del nuovo testo della direttiva. Per approfondimenti su questi temi, oltre a: A. Stazi, *Art. 78 quater e Art. 79*, in C. Galli, A.M. Gambino (a cura di), *Codice ipertestuale della proprietà industriale e del diritto d'autore*

si vedano in particolare: M. Holoubek, D. Damjanovic, M. Traimer, *Regulating Content - European Regulatory Framework for the Media and Related Creative Sectors*, The Hague, Kluwer law International, 2007, p. 103 ss.; N. Helberger, *Controlling Access to Content - Regulating Conditional Access in Digital Broadcasting*, op. cit., p. 57 ss.; M. Schoental, *Major Events and reporting rights*, in European Audiovisual Observatory, *It is*

*all about content (IRIS plus-Legal Observations of the European Audiovisual Observatory)*, op. cit., p. 2 ss.; J. Botella i Corral, E. Machet, *Co-ordination and Co-operation between Regulatory Authorities in the Field of Broadcasting*, in S. Nikoltchev (a cura di), *Audiovisual Media Services without Frontiers (Iris special)*, op. cit., p. 13 ss.; F. Barzanti, *Il diritto di accesso ai contenuti nel mercato radiotelevisivo digitale e multiplatforma*, op. cit., p. 51 ss.

[155] Per quanto concerne specificamente il settore radiotelevisivo, ai sensi del suddetto *framework* comunitario e della relativa procedura di analisi dei mercati l'AGCom ha adottato la delibera n. 544/07/CONS, «*Mercato dei servizi di diffusione radiotelevisiva per la trasmissione di contenuti agli utenti finali (mercato n. 18 fra quelli identificati dalla raccomandazione sui mercati rilevanti della Commissione europea n. 2003/311/CE): identificazione ed analisi del mercato, valutazione di sussistenza di imprese con significativo potere di mercato*» (in G.U.R.I. 23/11/2007, n. 273), la quale contiene un provvedimento di analisi del mercato in cui, individuando tre mercati potenzialmente suscettibili di regolamentazione *ex ante* - ossia: a) mercato per i servizi di diffusione radiofonica; b) mercato per i servizi di diffusione televisivi in tecnica analogica terrestre; c) mercato per i servizi di diffusione televisiva in tecnica digitale terrestre - l'Autorità ha valutato che: il mercato per i servizi di diffusione radiofonica risultava caratterizzato da un sufficiente livello di concorrenzialità; il mercato per i servizi di diffusione televisivi in tecnica analogica terrestre appariva invece caratterizzato dalla presenza di due soggetti, RAI e RTI, che risultavano detenere una posizione dominante congiunta; il mercato per i servizi di diffusione televisiva in tecnica digitale terrestre, invece, non appariva, quanto meno al momento, caratterizzato dalla presenza di alcun operatore dotato singolarmente o congiuntamente di un significativo potere di mercato (precisando peraltro come «*la concentrazione delle risorse tecniche (frequenze ed impianti) in capo a due soggetti in posizione dominante nel corrispondente mercato analogico, il contesto normativo e il permanere di una forte integrazione verticale, comportano la possibilità di un rischio di trasferimento della posizione dominante nel mercato analogico in quello digitale da parte di RAI e RTI*» (delibera cit., All. A, p. 125 s.).

[156] In proposito, oltre a quanto si dirà *infra*, può vedersi: A. Stazi, *Concorrenza, pluralismo, incertezze normative e rapporti tra Autorità indipendenti e controllo giurisdizionale. Spunti di riflessione a seguito dell'annullamento da parte del T.A.R. Lazio di tre delibere sanzionatorie emanate dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni in merito alle posizioni dominanti nel settore radiotelevisivo*, in *Giust. ammin.*, 2006, n. 1, p. 110 ss.

[157] Come detto, nel corso degli ultimi decenni la Consulta ha avuto modo di intervenire più volte in materia (v., fra le altre, le sentenze n. 826/1988, 420/1994 e 155/2002), identificando il pluralismo delle idee quale risvolto positivo del diritto all'informazione garantito dall'art. 21

Cost., inteso da un lato quale pluralismo “interno”, ovvero relativo al diritto di accesso al mezzo diffusivo, storicamente riferito essenzialmente alla concessionaria del servizio pubblico; dall’altro, quale pluralismo “esterno”, come pluralità di mezzi diffusivi, il quale, di conseguenza, comporta la necessità dell’accesso al mercato del maggior numero possibile di soggetti portatori di diverse tendenze ideali, politiche e culturali. Al riguardo, si vedano: A. Pace, M. Manetti, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero. Art. 21*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso (a cura di), Bologna, 2006, in specie pp. 359 ss. e 528 ss.; R. Zaccaria, *Diritto dell’informazione e della comunicazione*, Padova, Cedam, 2004 (5a ed.), p. 387; S. Santoli, *La tutela del pluralismo nel settore delle comunicazioni di massa: differenza e sovrapposizione rispetto alla tutela della concorrenza*, in F. Francario (a cura di), *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti. Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada-Bartoli*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 232 ss., il quale in particolare rileva che: “La possibilità di accedere alla proprietà del mezzo è limitata per ragioni essenzialmente economiche, e ciò influisce sulla natura stessa della libertà d’informazione. ... Dunque nel settore radiotelevisivo non si può dire esista un *diritto* alla gestione dei servizi di telecomunicazione. Di conseguenza non si tutela — a questo riguardo — la libertà, che ognuno può rivendicare, di manifestare il proprio pensiero: al contrario si vuole garantire che vi sia una sufficiente *pluralità* di fonti di informazione, in modo tale da permettere l’espressione di correnti di opinione tra loro diverse”. In argomento, cfr. anche: A. Pace, *Autorità e libertà nel settore delle telecomunicazioni e della televisione*, in *DRT*, 1999, n. 3, pp. 16-17; R. Lanzillo, *Commento all’art. 15 della legge n. 223/1990, commi 1-7*, in E. Roppo, R. Zaccaria (a cura di), *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 304. Con riferimento al ruolo del principio pluralistico sia a livello comunitario che nell’ambito del nostro ordinamento, si vedano: L. Carlassare (a cura di), *Il pluralismo radiotelevisivo tra pubblico e privato*, Padova, Cedam, 2007; R. Mastroianni, *Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo*, op. cit.; F. Donati, *Il pluralismo informativo nello scenario della convergenza*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, op. cit., p. 71 ss.; C. Marsden, *Pluralism in the Multi-Channel Market. Suggestions for Regulatory Scrutiny*, in *Internat. J. Commun. Law and Policy*, n. 4, Winter 1999/2000, consultabile sul sito web <[http://www.ijclp.org/4\\_2000/pdf/ijclp\\_webdoc\\_5\\_4\\_2000.pdf](http://www.ijclp.org/4_2000/pdf/ijclp_webdoc_5_4_2000.pdf)>. Cfr. inoltre: G. Fares, *L’apertura del mercato radiotelevisivo*, Torino, Giappichelli, 2008; A. Stazi, *Le frequenze elettromagnetiche nel settore televisivo*, cit., p. 146 ss., e Id., *La normativa italiana in materia di frequenze per la radiotelevisione sotto la lente del giudizio comunitario (nota a Cons. Stato, Sez. VI, ordinanza 19 luglio 2005, n. 3846)*, cit., p. 601 ss. Per una diversa chiave di lettura, oltre ai rilievi proposti

nell'ambito della presente ricerca, si veda: V. Zeno-Zencovich, *La libertà d'espressione. Media, mercato e potere nella società dell'informazione*, op. cit., p. 42 ss., e Id., *Motivi ed obiettivi della disciplina della televisione digitale*, op. cit., p. 26 ss.; M. Ranieri, *La libertà di esercizio dell'impresa di comunicazione di massa*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 121 ss.

[158] Legge 10 ottobre 1990, n. 287, «Norme per la tutela della concorrenza e del mercato», pubblicata in G.U.R.I. 13 ottobre 1990, n. 240. In dottrina, sul tema, nonchè riguardo alla vera e propria “*lex specialis antitrust*” dettata in materia, si rinvia in specie a: R. Zaccaria, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, op. cit., p. 387 ss.; O. Grandinetti, *La radiotelevisione*, in S. Cassese (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo - Diritto amministrativo speciale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 2491; F. Graziadei, *Le posizioni dominanti nel sistema radiotelevisivo*, relazione al Seminario di studi “*Diritto della concorrenza e delle information technologies*” organizzato dall'Osservatorio di Proprietà Intellettuale, Concorrenza e Comunicazioni, Ceradi - Luiss Guido Carli e dall'Associazione IP Law, Orvieto, 12 luglio 2005, consultabile sul sito *web* <<http://www.luiss.it/ricerca/centri/opicc/documenti/index.php> >; S. Santoli, *La tutela del pluralismo nel settore delle comunicazioni di massa: differenza e sovrapposizione rispetto alla tutela della concorrenza*, op. cit., pp. 232 e 246; R. Borrello, *Il canone radiotelevisivo di nuovo dinanzi alla Corte: l'ennesimo capitolo della storia di un tributo controverso*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2049 ss., in specie pp. 2080-2081.

[159] Tale concetto, proprio del diritto *antitrust*, è utilizzato nella disciplina radiotelevisiva con un significato diverso, riguardo alle posizioni lesive del pluralismo (peraltro con notevoli confusioni normative, come si vedrà subito *infra*).

[160] Divieti imposti negli altri settori dalla disciplina generale a tutela della concorrenza (*in primis* ex legge n. 287/90) a tutela della libertà d'impresa di cui all'art. 41 Cost.; in tema, cfr. in specie: O. Grandinetti, *La radiotelevisione*, op. cit., p. 2491. Tale peculiarità deriva dal fatto che, come accennato, la disciplina “speciale” delle “posizioni dominanti” nei *media* audiovisivi viene fondata non sulla tutela della concorrenza, bensì sulla esigenza, derivante proprio dai principi cui si è fatto riferimento ed in particolare da quello del pluralismo, di evitare la costituzione di monopoli od oligopoli privati nel sistema dell'informazione.

[161] Una parte della dottrina ha considerato tale previsione — che peraltro oggi è espressamente richiamata all'art. 53 del Testo unico della radiotelevisione, rubricato: “*Principio di specialità*” — non in linea rispetto al suddetto *framework* comunitario “convergente”; si vedano: O. Grandinetti, *Profili radiotelevisivi del Codice delle comunicazioni elettroniche*, in M. Clarich, G.F. Cartei (a cura di), *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 513 ss., in specie

pp. 515-516; F. Graziadei, *Codice delle comunicazioni elettroniche: un quadro regolamentare "convergente"?*, in *Temi Romana*, 2003, gennaio-aprile, p. 51 ss. Per approfondimenti specifici riguardo al nuovo *framework* comunitario e al Codice delle comunicazioni elettroniche, si rinvia a: F. Bruno, G. Nava, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni. Radiotelevisione, comunicazioni elettroniche, editoria*, Milano, Giuffrè, 2006, in specie p. 44 ss.; M. Clarich, G.F. Cartei (a cura di), *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, op. cit.; R. Perez (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, Giuffrè, 2004.

[162] Legge 20 marzo 2001, n. 66, «*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 gennaio 2001, n. 5, recante disposizioni urgenti per il differimento di termini in materia di trasmissioni radiotelevisive analogiche e digitali, nonché per il risanamento di impianti radiotelevisivi*», pubblicata in G.U.R.I. 24/3/2001, n. 70.

[163] Legge 3 maggio 2004, n. 112, recante «*Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI-Radiotelevisione italiana Spa, nonché delega al Governo per l'emanazione del Testo unico della radiotelevisione*» (c.d. "Gasparri" dal nome del Ministro allora competente), in G.U.R.I. 5/5/2004, n. 104.

[164] Oggi, a seguito del d.lgs. n. 44/2010, «*Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*», su cui v. V. Zeno-Zencovich (a cura di), *La nuova televisione europea. Commento al "Decreto Romani"*, Santarcangelo di Romagna (RN), Maggioli, 2010. Riguardo alla *ratio* e ai contenuti del d.lgs. n. 177/2005, v.: A. Frignani, E. Poddighe, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *La televisione digitale: temi e problemi. Commento al D.Lgs. 177/05 T.U. della Radiotelevisione*, op. cit.; O. Grandinetti, *Il Testo Unico sulla radiotelevisione*, in *Giorn. dir. ammin.*, 2006, n. 2, p. 121 ss.

[165] Ove è previsto in linea generale che il sistema radiotelevisivo, a garanzia del pluralismo, si conformi al principio della «*tutela della concorrenza nel mercato radiotelevisivo e dei mezzi di comunicazione di massa e nel mercato della pubblicità e tutela del pluralismo dei mezzi di comunicazione radiotelevisiva, vietando a tale fine la costituzione o il mantenimento di posizioni lesive del pluralismo, secondo i criteri fissati nella presente legge, anche attraverso soggetti controllati o collegati, ed assicurando la massima trasparenza degli assetti societari*».

[166] Direttiva 2002/21/CE, cit., artt. 15 e 16.

[167] O "SIC", settore economico che in base alla legge comprende «*stampa quotidiana e periodica; editoria annuaristica ed elettronica anche per il tramite di Internet; radio e televisione; cinema; pubblicità esterna; iniziative di comunicazione di prodotti e servizi; sponsorizzazioni*» (art. 2, c. 1, lett. g), legge n. 112/04; cfr. anche: artt. 5, c. 1, lett. a), 14 e 15 legge n. 112/04; artt. 2, c. 1, lett. l), 5, c. 1, lett. a) e 43, T.U. radiotelevisione).

[168] Si veda: legge n. 112/04, art. 15.

[169] Cfr.: legge n. 112/04, art. 25, c. 8.

[170] Si vedano in specie: R. Mastroianni, *Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo*, op. cit., e Id., *La disciplina in materia di televisione tra diritto interno e diritto comunitario*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 92 ss.; O. Grandinetti, *La riforma Gasparri del sistema radiotelevisivo*, in *Giorn. dir. ammin.*, 2004, n. 11, p. 1189 ss., e Id., *Il "nodo" televisivo e le "magnifiche sorti e progressive" del digitale terrestre*, in *Giorn. dir. ammin.*, 2004, n. 6, p. 665 ss.

[171] Sul punto, v. *amplius*: A. Stazi, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., p. 144 s. Riguardo alla ricostruzione proposta, cfr. anche: V. Zeno-Zencovich, *Motivi ed obiettivi della disciplina della televisione digitale*, op. cit., in specie p. 22 ss.; nonché da: F. Bruno, G. Nava, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni. Radiotelevisione, comunicazioni elettroniche*, editoria, op. cit., p. 912 ss.

[172] In quanto tale mercato di riferimento appare in concreto di ampiezza eccessiva affinché, salvo ipotesi eccezionali, sia possibile individuarvi la sussistenza di una posizione di potere di mercato. Al riguardo, basti ricordare che, sulla base di quanto previsto dalla legge n. 112/04 e dal T.U. radiotelevisione, l'AGCom, con delibera n. 270/09/CONS, ha quantificato il valore complessivo del SIC nel 2007 in 24.437 milioni di euro.

[173] Ci si riferisce in specie alle leggi nn. 223/1990 e 249/1997 (c.d. rispettivamente "Mammì" e "Maccanico, dai nomi dei Ministri allora competenti), riguardo alle quali v. quanto evidenziato in: A. Stazi, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., p. 75 ss.; nonché, fra gli altri: A. Geffert, *Medienkonzentrations- und Medienwettbewerbsrecht in Italien*, Berna, Stämpfli Verlag, 2004, p. 89 ss.

[174] Per quanto concerne poi la diffusione radiotelevisiva via satellite, ritenendo che il *framework* regolatorio comunitario, con i relativi obblighi di accesso richiamati, sia suscettibile di applicazione altresì rispetto a questa tecnologia, dovrebbe rilevarsi come una complessa articolazione degli obblighi di accesso ai servizi di rete sia contenuta negli impegni assunti dall'operatore satellitare Sky Italia di fronte all'Autorità antitrust comunitaria (cfr.: Commissione europea, decisione 2 aprile 2003, Newscorp/Telepiù, caso COMP/M.2876, in G.U.U.E. L 110 del 16/4/2004, la quale ha autorizzato la fusione tra i due operatori televisivi satellitari preesistenti Telepiù e Stream). in tale sede, difatti, si sono regolati anche - o meglio soprattutto - gli obblighi di accesso alla piattaforma interessata. Tali obblighi - dovuti alla presenza di un operatore in posizione ampiamente dominante (di "quasi-monopolio") e che costituiscono, in sostanza, la vera e propria regolamentazione del mercato di riferimento di tale operatore - sembrano peraltro restare fuori dall'ambito di applicazione del *framework* comunitario sulle reti e servizi di comunicazione elettronica. Indicazioni in tal senso si

rinvengono testualmente nelle stesse direttive: si veda, ad esempio, il consid. 45° della direttiva «*servizio universale*». Al riguardo, cfr. ancora: F. Graziadei, G. Rizzo, A. Stazi, *Reti e contenuti nella prospettiva della convergenza: scenari ed opzioni aperte dallo sviluppo del digitale*, cit., p. 549; nonché, anche per un quadro più ampio della questione: Osservatorio di Proprietà Intellettuale, Concorrenza e Comunicazioni - Luiss Guido Carli, *Media Digitali e accesso ai contenuti: Profili problematici*, rapporto cit., p. 21 ss.; F. Donati, *L'accesso alle reti e ai contenuti*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, op. cit., p. 76 s.; A. Giannaccari, *Il caso Stream-Telepiù*, in *Mercato conc. reg.*, 2003, n. 3, p. 557 ss.

[175] Cfr. in particolare: d.lgs. n. 259/2003, artt. 21, 40 ss. e 81 (il quale prevede che: «*Eventuali obblighi di trasmissione per specifici canali e servizi radiofonici e televisivi sono disciplinati dalle disposizioni di legge in materia di radiodiffusione sonora e televisiva*»).

[176] Riguardo alla vigenza in materia del principio della riserva di legge, oramai consolidata nella giurisprudenza costituzionale (v. fra le altre: Corte Cost., sentenza n. 112/1993), cfr.: G. De Vergottini, *Il digitale terrestre: aspetti di diritto nazionale e comunitario*, in *DRT*, 2001, n. 2/3, p. 263 ss., p. 280; L. Bianchi, *Profili della disciplina in materia di televisione digitale (a margine del decreto legge 23 gennaio 2001, n. 5, convertito con modificazioni nella legge 20 marzo 2001, n. 66)*, in *DRT*, 2001, n. 2/3, p. 258; nonché: C. Calabrò, «*Relazione annuale sull'attività svolta e sui programmi di lavoro - 2006 - Presentazione del Presidente Corrado Calabrò*», consultabile sul sito web <<http://www.agcom.it>>, p. 19. Per ulteriori riflessioni sul tema, può vedersi: A. Stazi, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., p. 88 s., nota 75, e Id., *Concorrenza, pluralismo, incertezze normative e rapporti tra Autorità indipendenti e controllo giurisdizionale*, cit., p. 122 ss.

[177] Ad esse, sotto il profilo del titolo abilitativo all'attività di radiodiffusione televisiva, si è affiancato l'intervento del legislatore con la legge n. 101/2008, che ha sostituito il precedente regime della licenza di operatore di rete radiotelevisiva (derogatorio a quello vigente per le comunicazioni elettroniche in genere) con il regime dell'autorizzazione generale (assimilabile alla dichiarazione d'inizio attività), ai sensi dell'art. 25 del Codice delle comunicazioni elettroniche.

[178] Si veda in specie: legge n. 66/2001, art. 2-*bis*, comma 7, lett. c).

[179] Cfr.: delibera n. 435/01/CONS, All. A, artt. 34, c. 4, e 24, c. 5.

[180] Si veda: delibera n. 435/01/CONS, All. A, art. 27.

[181] Cfr.: legge n. 112/04, art. 5, comma 1, lett. e), n. 2).

[182] Legge n. 112/2004, art. 5, comma 1, lett. f).

[183] Cfr., in tal senso: A. Stazi, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., p. 344 s., nota 143; L. Di Felicianantonio, *Competizione tra piattaforme nel mercato televisivo digitale*, in *Mercato conc. reg.*, 2005, n. 3, p. 551 ss.,

in specie p. 560; F. Graziadei, G. Rizzo, A. Stazi, *Reti e contenuti nella prospettiva della convergenza: scenari ed opzioni aperte dallo sviluppo del digitale*, cit., p. 551 s.; nonché da ultimo: F. Barzanti, *Il diritto di accesso ai contenuti nel mercato radiotelevisivo digitale e multiplatforma*, op. cit., p. 51 ss. Per maggiori approfondimenti sul tema dell'accesso ai contenuti, si vedano altresì: G. Ghidini, *Profili evolutivi del diritto industriale*, op. cit., p. 208 ss.; A. Musso, *Diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche (Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, a cura di Francesco Galgano. Art. 2575-2583)*, Bologna, Zanichelli, 2008, pp. 157 ss. e 438 ss.; R.H. Weber, S. Osterwalder, *Zugang zu Premium Content*, op. cit.; V. Zeno-Zencovich, *I rapporti fra gestori di reti e fornitori di contenuti nel contesto europeo*, op. cit., p. 445 ss.; D. Geradin, *Access to content by new media platforms: a review of the competition law problems*, op. cit., p. 68 ss.

[184] Si veda: legge n. 66/01, art. 2-bis, comma 1.

[185] Per approfondimenti su questi temi, può vedersi ancora: A. Stazi, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., p. 92 ss. e 123 ss.

[186] Si vedano: delibera n. 253/04/CONS, art. 6, comma 4, delibera n. 136/05/CONS, art. 2, c. 2. Si è già evidenziato come in virtù della situazione di saturazione che caratterizza nel nostro Paese lo spettro frequenziale tale previsione comportasse la possibile conseguenza, in concreto, di posticipare ulteriormente di diversi anni l'effettiva attuazione della previsione (cfr.: A. Stazi, *Mercati emergenti fra convergenza tecnologica e concorrenza. Il caso della televisione in mobilità*, cit., p. 148, nota 234).

[187] Si vedano in specie le delibere AGCom n. 603/07/CONS e 53/08/CONS per la Sardegna e n. 506/08/CONS per la Valle d'Aosta, e la delibera n. 200/08/CONS sui criteri di assegnazione delle frequenze a livello regionale.

[188] Qualora in esito alla gara uno degli operatori che attualmente gestisce tre reti nazionali analogiche risulti aggiudicatario di un *multiplex*, o l'operatore che attualmente ha la disponibilità di due reti nazionali analogiche sia vincitore di due *multiplex*, questi sarà obbligato a cedere il quaranta per cento della capacità trasmissiva di un *multiplex* a terzi fornitori di contenuti indipendenti, per un periodo di cinque anni dopo la data dello *switch-off* nazionale.

[189] In particolare, secondo la delibera n. 181/09/CONS, par. 8: "*Nel caso in cui ciascuno degli operatori integrati che attualmente hanno la disponibilità di 3 reti nazionali in tecnica analogica sia vincitore della gara, questo sarà obbligato a cedere il 40% della capacità trasmissiva di tale multiplex a terzi fornitori di contenuti non integrati. Nel caso in cui l'operatore integrato che attualmente ha la disponibilità di 2 reti televisive in tecnica analogica sia vincitore dei due multiplex in esito alla gara, questo sarà obbligato a cedere il 40% della capacità trasmissiva di uno di tali due multiplex a terzi fornitori di contenuti non integrati.*"

[190] I criteri suddetti sono in via d'implementazione attraverso un insieme di provvedimenti di attuazione, incentrati su una procedura competitiva per l'assegnazione delle frequenze indetta dal Ministero dello sviluppo economico-comunicazioni sulla base di regole stabilite dall'AGCom.

[191] A differenza di quanto avviene per la stampa, tradizionalmente libera da questi vincoli in quanto maggiormente ancorata al diritto costituzionale alla libertà d'informazione.

[192] Ad esempio in: E. Barendt, *Access to the Media in Western Europe*, op. cit., p. 116 ss., dove le regole a tutela del pluralismo vengono classificate come "diritto della concorrenza e delle concentrazioni".

[193] Si pensi, ad esempio, alle decisioni del Conseil Constitutionnel francese nn. 84/181 dell'11/10/1984 e 86/210 del 29/7/1986 (in Rec. 110), o della nostra Corte Costituzionale nn. 153/1987, 826/1988 e 420/1994.

[194] Riguardo alla quale si rinvia, *amplius, infra*.

[195] Misure simili si riscontrano, ad esempio, in Germania, nel Regno Unito, in Francia e in Italia.

[196] Si veda: Corte Suprema U.S.A., decisione *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969).

[197] In tal senso, v. in specie: B.M. Owen, *Economics and Freedom of Expression. Media Structure and the First Amendment*, op. cit., p. 25..

[198] Si veda, in particolare: *CBS v. Democratic National Comm.*, 412 US 94 (1973).

[199] Per un approfondimento sull'analogia esclusione della teoria del "public forum", v. anche: C.R. Sunstein, *Republic.com*, Bologna, Il Mulino, 2003 (Princeton, New Jersey, U.S.A., Princeton University Press, 2001), p. 42 ss.

[200] Cfr.: B.M. Owen, *Economics and Freedom of Expression. Media Structure and the First Amendment*, op. cit., p. 20.

[201] Sentenza n. 225/1974.

[202] Si veda: A. Pace, M. Manetti, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero. Art. 21*, op. cit., in specie pp. 359 ss. e 738 ss.; nonché quanto si dirà *infra*.

[203] Sul tema, pertanto, in questa sede ci si limita a rinviare alle considerazioni e ai riferimenti contenuti in: A. Pace, M. Manetti, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero. Art. 21*, op. cit., p. 738 ss.

[204] A. Pace, M. Manetti, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero. Art. 21*, op. cit., in specie pp. 359 ss. e 738 ss.

[205] Già nella sentenza n. 1 del 1956; cfr. anche, fra le altre, le sentenze nn. 38/1961, 139/1977 e 194/1987.

[206] C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 27, nota 38 (richiamato in A. Pace, M. Manetti, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero. Art. 21*, op. cit., p. 359). Cfr. anche, per uno svolgimento della riflessione: V. Crisafulli, *Problematica*

della libertà d'informazione, in *Il politico*, 1964, p. 297 (citato *ibidem*), il quale affermava: "Vero è ... che la libertà di espressione si confonde in pratica con quella dell'uso dei mezzi cui è necessariamente legata (Terrou et Sola I): così che il problema, messo a fuoco in termini molto precisi nella recente dottrina italiana (Esposito, Temolo, Pierandrei, Cuomo, Fois, Tesauro P.), diventa quello dei rapporti tra garanzia della libertà di espressione (libertà del contenuto delle manifestazioni, e garanzia del mezzo, e più esattamente *del libero uso dei mezzi di diffusione*). Naturalmente, si tratta di problema da risolvere alla stregua di quel che dispongono i diversi ordinamenti positivi: nei quali, di solito, si rinviene una specifica garanzia della stampa (quando addirittura ... la stessa libertà di espressione non risulti implicitamente riconosciuta attraverso la garanzia della libertà di stampa). Ma, in linea di massima, è lecito affermare che, anche nel silenzio dei testi costituzionali, la garanzia della libertà di espressione deve comprendere quella del libero uso dei mezzi, non già nel senso di escluderne una disciplina differenziata, e meno che mai di imporne l'appartenenza e la gestione privata, quanto nel senso che debba esserne assicurata *la libera utilizzazione in condizioni di eguaglianza*". Nel medesimo senso cfr. anche, fra i molti: R. Zaccaria, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, op. cit., p. 71 ss.

[207] Cfr. ancora, *ex multis*: A. Pace, M. Manetti, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero. Art. 21*, op. cit., p. 360. *Contra*, peraltro in un diverso scenario regolamentare e del settore: S. Fois, *Libertà di diffusione del pensiero e monopolio radiotelevisivo*, in *Giur. cost.*, 1960, p. 1168 ss., secondo il quale qualunque soggetto privato dovrebbe "essere ammesso all'utilizzazione degli impianti radiotelevisivi anche in mancanza di regolamentazione del mezzo suddetto", ritenendo le trasmissioni radiotelevisive assimilabili ai luoghi pubblici sotto il profilo della libertà di riunione.

[208] Si vedano in specie: Corte Cost., sentenze nn. 59/1960, 38 e 46/1961, 48/1964, 105/1972, 225/1974, 202/1976, 94/1977, 148/1981, 826/1988 e 102/1990.

1 Così: A. Pace, M. Manetti, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero. Art. 21*, op. cit., p. 364 s.

[209] Cfr. ancora: Corte Cost., sentenze nn. 153/1987, 826/1988 e 420/1994.

[210] In tal senso, v. ancora: A. Pace, M. Manetti, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero. Art. 21*, op. cit., p. 365, ove si richiamano: V. Crisafulli, *Problematica della libertà d'informazione*, op. cit., p. 297; L. Paladin, *Libertà di pensiero e libertà d'informazione*, in AA.VV., *Libertà di pensiero e mezzi di diffusione*, Padova, Cedam, 1992, p. 17.

[211] Cfr.: M. Holoubek, D. Damjanovic, M. Traimer, *Regulating Content – European Regulatory Framework for the Media and Related Creative Sectors*, op. cit., p. 112.

[212] Si vedano, in tal senso: M. Holoubek, D. Damjanovic, M. Traimer, *Regulating Content – European Regulatory Framework for the Media and Related Creative Sectors*, op. cit., p. 109; N. Helberger, *Controlling Access to Content – Regulating Conditional Access in Digital Broadcasting*, op. cit., p. 70; B. Holznagel, *Der Zugang zu Premium-Inhalten: Grenzen einer Exklusivvermarktung nach Europäischen Recht*, in *Kommunik. & Recht*, 2005, p. 385 ss.

[213] Direttiva «quadro», art. 8, c. 1. Riguardo alla vigenza in materia del principio della riserva di legge, v. *supra*, alla nota 176.

[214] D.lgs. n. 259/2003, art. 13, c. 3.

## ***Diritti della personalità e mercato***

di  
**Ferdinando Tozzi**

SOMMARIO: 1. I diritti della personalità negli orientamenti della giurisprudenza; 2. Legge sul diritto di autore dello Stato della Città del Vaticano; 3. L'incoerenza del sistema; 4. Persona e mercato. Il right of publicity;

1. I diritti della personalità negli orientamenti della giurisprudenza.

Nell'ordinamento giuridico nazionale, i diritti della personalità trovano innanzitutto riconoscimento e tutela nelle previsioni della Carta Costituzionale.

La legislazione ordinaria prevede poi diversi livelli di protezione: la normativa penalistica è prevalentemente diretta a garantire il diritto alla vita ed alla incolumità fisica (si pensi all'omicidio ed alle lesioni), quello all'onore (si pensi all'ingiuria ed alla diffamazione) quello alla libertà personale e morale (il sequestro di persona, l'inviolabilità del domicilio, ecc.). La, pur scarna, normativa civilistica, con il Codice Civile, ha riconosciuto il diritto al nome, allo pseudonimo, all'immagine ed allo svolgimento della persona nelle formazioni sociali ed ha disciplinato gli atti di disposizione del corpo nonché, prevalentemente attraverso interventi normativi di settore, ha riconosciuto i diritti dei consumatori [1], degli autori[2], la tutela dei dati personali [3], eccetera.

Resta ferma la posizione di assoluto rilievo rivestita dalla Carta Costituzionale che - in una rinnovata visione precettiva [4] e non più solo programmatica - rappresenta la *grundnorm* a tutela dei diritti inviolabili dell'uomo [5].

Rilevante è anche l'opera della giurisprudenza che ha enucleato, dai principi costituzionali, delle regole non immediatamente presenti nella legislazione ordinaria. Proprio la giurisprudenza, in relazione ai casi di violazione dei diritti della personalità, riconosce la possibilità di un risarcimento del danno patrimoniale attraverso modalità di ristoro dall'abusivo sfruttamento della personalità e ciò rappresenta un rilevante indice della natura anche disponibile di tali diritti. Riconoscendo le Corti il danno patrimoniale diretto (usualmente il lucro cessante legato al criterio del prezzo del consenso) ed indiretto (derivante dalla diminuzione della stima e dell'apprezzamento sociale e quindi del valore della persona presso i terzi) ed arrivando a tutelare anche il danno da "annacquamento"[6] della persona.

La giurisprudenza registra una generale evoluzione dei diritti della personalità che assumono una colorazione anche economica[7] che pretende tutela [e peraltro potrebbe trovare un riferimento nella disciplina positiva del diritto di autore, diritto della personalità comprensivo dei profili sia personali (si pensi al diritto alla paternità di

un'opera) che patrimoniali (si pensi al diritto di cedere lo sfruttamento di un'opera), tutti però afferenti l'unico diritto della personalità dell'autore [8]].

L'evoluzione del diritto della personalità - che, negli anni, con il mutare della pratica commerciale (coerentemente con il dettato normativo di cui all'art. 1174 codice civile) [9] ha reso parziale ed obsoleto il suo inquadramento unicamente con i caratteri della indisponibilità, intrasmissibilità e non negoziabilità - è stata dunque registrata in primis nel lavoro delle Corti; la giurisprudenza ha agito con gli strumenti dell'analogia iuris e legis, applicando i principi generali dell'ordinamento, nonché le specifiche previsioni poste in particolare a tutela dell'immagine e del nome, ai casi di sfruttamento della personalità quale oggetto di un rapporto obbligatorio suscettibile di valutazione economica.

Un esame della casistica giurisprudenziale [10] dimostra infatti come l'Autorità Giudiziaria venga adita non solo, esemplificativamente, in ipotesi di lesione del riserbo o dell'onore ma anche a tutela dell'interesse patrimoniale di ciascun individuo a disporre della propria persona e trarre vantaggio economico dal suo utilizzo per fini commerciali (e per converso a non subire abusivi depauperamenti).

Il valore commerciale della personalità (sul presupposto della sua disponibilità) è stato riconosciuto in numerose pronunce, prevalentemente attinenti l'immagine, che hanno statuito come in assenza del consenso del soggetto interessato, sia illecita la riproduzione dell'immagine a fini commerciali e come il danno derivante sia presumibile e ricollegabile alla impossibilità (o maggiore difficoltà) di disporre della propria persona ai medesimi fini stante la riduzione del suo valore.

Si ha così l'emersione di un diritto disponibile dal contenuto eminentemente patrimoniale in quanto si riconosce espressamente la possibilità di trarre vantaggi economici dallo sfruttamento di un attributo della personalità (parlandosi di finalità pubblicitarie e di "commercializzazione" fino ad assimilare la persona ad un bene giuridico).

In particolare, ciò che emerge, anche da una analisi dell'evoluzione socio-economica, è che le tradizionali enunciazioni sui diritti della personalità [11] - volte a far emergere la loro innatezza, imprescrittibilità, irrinunciabilità, non trasmissibilità, caratteristiche che non consentono cessioni, trasferimenti, autorizzazioni e in generale, attività negoziali di disposizione - appaiono immediatamente il portato di una visione figlia di una società con esigenze e caratteri diversi da quelli attuali [12].

Non è più possibile riconoscere il solo profilo morale della personalità ma la si deve considerare, secondo la caratteristica elasticità della sua fonte normativa primaria [13], diritto anche disponibile e partecipe di un valore patrimoniale.

## 2. Legge sul diritto di autore dello Stato della Città del Vaticano.

In tale rinnovato contesto pare inserirsi la nuova disciplina sul diritto d'autore emanata il 19 marzo dallo Stato della Città del Vaticano [14] che, pur recependo la normativa vigente in Italia [15], prevede una più pregnante tutela dell'immagine, della persona tutta nonché dei contenuti dell'insegnamento del Romano Pontefice. In un'epoca in cui la riproducibilità tecnica, grazie alle nuove tecnologie [16], è enormemente agevolata, il fine ultimo pare essere connesso al fatto che: "la maggiore facilità di diffusione dei dati, se da un lato rende sempre più accessibile il patrimonio delle informazioni in ogni parte del mondo, favorendo la stessa opera evangelizzatrice, dall'altro richiede una maggiore attenzione per garantire l'integrità dei contenuti, soprattutto quando questi facciano riferimento all'insegnamento evangelico o al magistero ecclesiastico" [17].

In particolare rileva la tutela che, con un innovativo passo in avanti rispetto alla legge sul diritto di autore nazionale, la disciplina dello Stato della Città del Vaticano garantisce alla voce, attributo della persona e necessario strumento di comunicazione e vita. Recita l'art. 3) § 2: "L'immagine del Romano Pontefice non può essere esposta, riprodotta, diffusa o messa in commercio quando ciò rechi pregiudizio, in qualsiasi modo, anche eventuale, all'onore, alla reputazione, al decoro o al prestigio della Sua Persona." Per poi continuare al § 3: "Salvo che ciò sia giustificato da scopi religiosi, culturali, didattici o scientifici e salvo che sia collegato a fatti, avvenimenti o cerimonie pubbliche o che si svolgono in pubblico, l'immagine del Romano Pontefice non può essere esposta, riprodotta, diffusa o messa in commercio senza il Suo consenso, espresso a mezzo degli Organismi competenti, i quali sono tenuti ad informare, nei casi di maggiore importanza, la Segreteria di Stato." [18] Per addivenire al § 4: "Quanto previsto nei paragrafi precedenti si applica altresì alla tutela della voce del Romano Pontefice". Tale intervento normativo (pur se dello Stato della Città del Vaticano), ad avviso di chi scrive, dovrebbe essere l'ulteriore occasione per prendere atto e dare dignità giuridica ad un fenomeno che, nella pratica negoziale, va avanti da molti anni: lo sfruttamento economico degli attributi della personalità umana (dall'ovvio dell'immagine, al nome, sino alla voce, tutti c.d. *indicia of personality*) [19].

Il mutare della pratica commerciale e delle esigenze socio economiche ha, come anticipato, fatto emergere nuove sfide ai classici assetti dottrinari e giurisprudenziali - che al momento restano fermi nel considerare i diritti della personalità valori extrapatrimoniali ed indisponibili - che richiedono di esplorare la possibilità di un nuovo inquadramento della persona e dei diritti ad essa afferenti.

Sarebbe lecito sostenere che accanto alla tutela degli interessi morali inerenti la personalità, vi sia un diritto, altrettanto esclusivo, alla tutela degli interessi economici di essa.

Andrebbe altresì esplorata una applicazione della medesima *ratio legis* sottesa al diritto di autore, che si caratterizza per la *summa divisio* tra

diritti morali e patrimoniali: anche la persona [20] - quale coacervo di interessi morali ed economici espressi, prevalentemente, attraverso l'immagine (così come è riconosciuto, dal lontano 1953, negli Stati Uniti, con la figura del c.d. *right of publicity*) - si vedrebbe riconosciuti, diritti morali e patrimoniali tutti insiti nell'unitario diritto della personalità.

La citata legge dello Stato della Città del Vaticano, ad avviso di chi scrive, andrebbe dunque letta in combinato con gli artt. 96 e 97 della legge Italiana sul diritto di autore al fine di orientare e colorare l'interpretazione della disciplina medesima ancor più verso un riconoscimento degli interessi (anche) economici sottesi ad alcune manifestazioni della personalità umana. In particolare, in forza dei suoi peculiari caratteri, il diritto all'immagine può essere considerato l'archetipo di diritto della personalità disponibile [21] ed a valenza anche patrimoniale [22].

### 3. L'incoerenza del sistema.

Come noto, l'ordinamento - occupandosi di organizzare gli aspetti, essenzialmente economici, dei rapporti intersoggettivi - considera le azioni dei consociati meritevoli di protezione oppure indifferenti, (ad esempio le regole sociali), qualora si tratti di un interesse lecito ma non apprezzabile da un punto di vista giuridico ed infine illecite, (e quindi proibite), perché in conflitto con interessi superiori e generali di cui l'ordinamento è portatore [23].

L'emersione anche del carattere patrimoniale e della disponibilità dei diritti della persona non pare rientrare nel novero dell'illiceità (se non per fattispecie espressamente previste) [24] e nemmeno nel cono dell'indifferenza ma, al contrario, nulla osta a che possa rappresentare un interesse meritevole di protezione da parte dell'ordinamento giuridico [25].

Bisogna considerare la persona umana ed i diritti ad essa afferenti senza pregiudizi, rifugendo da ogni ossequiosa e tralaticia adesione a quanto per alcuni o per molti (ciò è indifferente ai nostri fini) può o deve essere; bisogna invece analizzare il dato positivo della norma, caratterizzato da una serie di previsioni volte a disciplinare la tutela di alcuni interessi che, direttamente o indirettamente, presuppongono la collocazione della personalità nell'alveo delle *res in commercium*.

Si pensi al nome ed all'immagine, alle opere dell'ingegno (espressione della personalità dell'autore) o alla salvaguardia di alcuni interessi del *de cuius* per il periodo successivo alla sua dipartita [26], ancora si pensi alla già citata legge sul diritto di autore relativamente all'immagine ed alla divulgazione epistolare (artt. 93 e 97, 23 e 24) nonché alle invenzioni (art. 62 del D.Lgs 30/2005) o alla tutela dei dati personali delle persone decedute (art.9 del Dlgs 196/2003). Ulteriore riprova della disponibilità e della valenza anche patrimoniale della persona è la possibilità di oggettivare quest'ultima in un bene economico quale è il marchio; infatti, l'esigenza di riservare il valore suggestivo dei segni della personalità, in quanto tali, a colui che ne è oggetto e soggetto

(cioè alla persona) è alla base dell'articolo 8 (primo comma) del Codice della Proprietà Industriale [27] che prevede come "i ritratti di persone non possono essere registrati come marchi senza il consenso delle medesime e, dopo la loro morte, senza il consenso del coniuge e dei figli [...]" [28] ove è palese la reificazione della personalità che si fa segno distintivo, bene commerciale collettore di clientela, trasferibile *inter vivos* e, conseguentemente, *mortis causa*.

È evidente che la norma - ed è questa la *ratio* sottesa alla concezione della persona quale valore anche disponibile - vuole evitare fenomeni di parassitismo consistenti nell'indebito sfruttamento della personalità che offrirebbe degli indubbi vantaggi competitivi al registrante; così come chi ha investito tempo e mezzi per giungere a realizzare un trovato [29] ha diritto alla privativa brevettuale su di esso, alla stessa stregua il soggetto la cui personalità sia divenuta commercialmente appetibile, acquisendo capacità attrattiva, ha diritto di vietarne l'uso indiscriminato da parte di terzi e di cederlo solo a chi ritenga meritevole di utilizzarlo e ciò, in genere, a fronte di un vantaggio di tipo economico (si pensi, ad esempio, al fenomeno del merchandising) [30].

Appare dunque riduttivo relegare la tutela del diritto della personalità solo alle ipotesi in cui si incide sulla riservatezza dell'individuo, essendo altresì da tener presente l'esigenza di un uso corretto della personalità anche quale fonte di reddito (che va controllata e preservata) ed appare altresì riduttivo ritenere che l'individuo possa solo opporsi ad usi distorti della propria personalità, quando, anche attraverso il consenso (strumento più volte richiamato nelle norme *de quo*), l'individuo ha il controllo attivo, la disponibilità appunto, delle modalità di diffusione e sfruttamento commerciale della propria persona [31].

Tuttavia si preferisce - senza risolvere l'incoerenza del sistema [32] - continuare a riconoscere un ristoro da lesione di un diritto patrimoniale, (in particolare con il *c.d.* mancato guadagno e con il criterio del *c.d.* prezzo del consenso), afferente però interessi pur sempre definiti extrapatrimoniali, sottesi a valori - formalmente ancora e solo - non commerciabili ed indisponibili [33]. Altrimenti e per coerenza, sarebbero da valutare sempre e comunque nulli i negozi dispositivi della personalità [34] ed inesistente il relativo danno (patrimoniale) [35].

Il fatto poi che il nostro legislatore non abbia definito, al contrario di altri casi [36], la personalità in quanto tale come un diritto indisponibile, significa che tale diritto o *non interest rei publicae*, ed allora è con il consenso, dunque la volontà, della persona che si decide se lo sfruttamento commerciale di essa sia o meno lecito [37]; oppure che tale diritto *interest rei publicae* ma nel senso che se ne riconosce una disponibilità, *inter vivos* e *mortis causa*, di esso, compatibilmente con i divieti, questi si espressi, a salvaguardia dei valori essenziali dell'uomo.

#### 4. Persona e mercato. Il right of publicity.

Conforto alla ammissibilità della patrimonializzazione e della disponibilità dei diritti della personalità e della coesistenza tra persona e

mercato si rinviene nell'esperienza maturata non tanto in ambito comunitario ma in altri ordinamenti giuridici, ed in particolare in quello statunitense, da utilizzare come modello da calare nel diverso contesto del nostro diritto; tenendo al contempo presente che, in un mondo dalle esigenze economiche e sociali sempre più globalizzate, anche il giurista, nei limiti di compatibilità con le peculiarità dei diversi sistemi giuridici, deve cercare di assumere un punto di analisi il più aperto possibile alle spinte ed alle evoluzioni sociali ed economiche esterne.

Proprio per l'insopprimibile ostacolo alla commercializzazione dell'immagine (quale coacervo rappresentativo dell'intera personalità) considerata solo elemento della persona a valenza morale, negli anni '50, negli Stati Uniti, è stata creata la figura giuridica del c.d. "right of publicity" [38] con cui si è formalmente riconosciuta una tipologia di diritto proprietario sull'immagine ed in genere sulla personalità, considerata quale bene immateriale a valenza patrimoniale, che ha come portato la disponibilità del diritto nonché la sua possibilità di "descent after death".

Opportuno citare quanto scrive il Giudice Frank [39]: "property evolves over time [...] an example of this development can be seen in the right of publicity. Once thought to be a personal, non assignable right emanating from the right of privacy, the right of publicity evolved into a legally protected, transferable interest. In the right of publicity context the Courts have realized that the tag property expresses a legal conclusion rather than any independent meaning. An interest labelled property normally may possess certain characteristics: it can be transferred to others, it can be devised and inherited, it can be levied upon to satisfy a judgment, it comes under the jurisdiction of a bankruptcy court in a bankruptcy proceeding, it will be protected against invasion by the courts, it cannot be taken away without due process of law".

È ormai pacifico, oltreoceano, che la lesione del diritto della personalità, inteso come publicity right, non ha nulla a che vedere con la lesione della riservatezza [40] né con la lesione dell'onore o della reputazione ma si esaurisce nella perdita di carattere puramente patrimoniale [41] ("commercial loss") derivante dall'indebito utilizzo dei segni distintivi della persona, fermi restando gli strumenti offerti dal diritto a tutela della privacy e dell'onore e reputazione che fungono, anzi, da bilanciamento dei diversi interessi, morali e patrimoniali, afferenti la personalità, garantendo ad essa una protezione completa [42].

Stando però alla comune definizione dei diritti della personalità il fenomeno della commercializzazione non potrebbe essere nemmeno teoricamente concepibile [43] e il consenso allo sfruttamento costituirebbe mero negozio unilaterale, avente ad oggetto non il diritto, personalissimo ed inalienabile, della persona, "ma soltanto il suo concreto esercizio" [44] così salvaguardando i caratteri dell'indisponibilità ed inalienabilità.

Non può sfuggire l'artificiosa forzatura di tale ricostruzione [45] e come la prestazione del consenso rappresenti la definizione di un accordo volto a costituire (o regolare od estinguere) un rapporto giuridico patrimoniale inerente la persona - bene non consumabile (se non naturalmente) ma disponibile - che ne è al contempo soggetto ed oggetto.

La disponibilità e la valenza anche patrimoniale della personalità è data dall'essere l'oggetto del rapporto obbligatorio - caratterizzato, quest'ultimo, da fini direttamente o indirettamente economici [46] in relazione ad una controprestazione normalmente di carattere patrimoniale -, come richiamato nello scambio dei reciproci consensi non meramente scriminanti ma vincolanti (il c.d. *in idem placitum*) [47]; ciò anche considerando che da un lato il negozio giuridico [48] è una categoria dogmatica frutto dell'elaborazione dottrinarica, che conosce principalmente la distinzione tra negozi inter vivos e mortis causa, oltre che negozi unilaterali, bilaterali e plurilaterali (di cui il contratto è la fattispecie di maggior rilievo), tutte figure caratterizzate dalla patrimonialità, [49] dall'altro che, elemento essenziale del negozio è la dichiarazione di volontà, atto volitivo da cui deriva l'impegno per i dichiaranti in ordine ad un dato assetto di interessi, potendo tale vincolo sorgere anche in virtù di un negozio unilaterale con il quale si può disporre di un proprio diritto che, per coerenza giuridica, dovrà essere considerato disponibile.

Inoltre è la stessa prassi negoziale afferente la personalità a costituire un uso che conferma l'incompletezza delle soluzioni tradizionali [50]: d'altronde se i diritti della personalità fossero davvero indisponibili non potrebbero esistere atti dispositivi [51] (siano contratti o negozi unilaterali) ad essi inerenti.

Sul medesimo solco si insinua poi la problematica della trasmissibilità mortis causa del valore economico degli attributi della personalità: bisogna chiedersi se sia comunque applicabile il brocardo *actio personalis moritur cum persona* [52].

In conclusione di tali brevi riflessioni, emerge il riconoscimento di una duplice valenza sottesa ai diritti della personalità e dunque l'incrinazione del "dogma" della indisponibilità [53].

Il fenomeno della patrimonializzazione dei diritti della personalità si inserisce dunque in quel processo c.d. di formazione decentrata del diritto, caratterizzato dalla emersione "pregiuridica" e prettamente mercantilistica che sfocia poi necessariamente in una dimensione giuridica, quale fenomeno umano e sociale da disciplinare.

Proprio la legge sul diritto di autore dello Stato della Città del Vaticano, che ha riconosciuto tutela non solo all'immagine ma anche alla voce (del Romano Pontefice), conferma una tendenza verso il riconoscimento di un nuovo statuto della personalità comprensivo anche di un proprio regime dell'appartenenza dei risultati economici e ciò non solo riferito al mero ritratto ma anche a tutti i segni distintivi della personalità e quindi, in ultima istanza, alla personalità intera, alla sua identità, che i

menzionati segni distintivi contribuiscono a delineare o evocare. Con la tutela della voce si vuole cioè proteggere lo sfruttamento (commerciale e non) della personalità cui la voce appartiene e che identifica [54].

Si torna dunque alla etimologia di “persona” ovvero *Pròsopon* – maschera [55] pubblica che, in tale prospettiva, garantisce l’attribuzione al soggetto cui si riferisce di tutte le utilità derivanti anche dalla circolazione lucrativa dei segni distintivi della persona elemento identificatore della personalità [56].

Se i diritti della personalità potevano, un tempo, essere concepiti come una mera pretesa negativa (come è per la tutela della riservatezza) ora si caratterizzano anche per una pretesa positiva, a controllare le espressioni e manifestazioni della personalità medesima [57]. Senza la presunzione di offrire soluzioni ma solo far emergere alcune criticità del sistema si vuole così giungere - con una rinnovata lettura della vigente normativa, non più forzatamente piegata a raccogliere spinte unicamente di carattere morale - al superamento di ogni tradizionale approccio al “sistema” dei diritti della personalità, con una rielaborazione volta a riconsiderare i caratteri della indisponibilità ed extracomerciabilità facendo sempre più convergere le categorie, solo in apparenza opposte, di persona e mercato [58].

-----  
Note:

[1] Si fa riferimento in particolare al Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 e successive modifiche; recentissimo ed esaustivo commento sul tema è il lavoro di E. Capobianco, G. Perlingieri, Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza, E.S.I., 2009, nonché Trattato di diritto privato dell’Unione Europea, diretto da G. Ajani e G. A. Benacchio, Vol. 3<sup>^</sup> I Diritti dei Consumatori, Tomo II<sup>^</sup>, a cura di G. Alpa, Giappichelli, 2009.

[2] Si fa riferimento agli artt. da 5 a 10 c.c. ed alla Legge 22 aprile 1941 n. 633, Protezione del diritto d’autore e di altri diritti connessi al suo esercizio. La legge sul diritto d’autore è stata pubblicata in GU 16 luglio 1941 n. 166, è entrata in vigore il 18 dicembre 1942, ed è stata modificata, principalmente, dalle seguenti norme: decreto legislativo del capo provvisorio dello stato 23 agosto 1946, n. 82; decreto del Presidente della Repubblica 14 maggio 1974 n. 490; legge 5 maggio 1976 n. 404; decreto del Presidente della Repubblica 8 gennaio 1979 n. 19; legge 5 febbraio 1992 n. 93; decreto legislativo 29 dicembre 1992 n. 518; legge 22 maggio 1993 n. 159; decreto legge 30 giugno 1994 n. 421 (non convertito in legge); decreto legislativo 16 novembre 1994 n. 685; decreto legge 28 ottobre 1994 n. 606 (non convertito in legge); decreto legge 23 dicembre 1994 n. 728 (non convertito in legge); decreto legge 1 marzo 1995 n. 59 (non convertito in legge); decreto legge 29 aprile 1995 n. 137 (non convertito in legge); decreto legge 23 dicembre 1995 n. 544 (non convertito in legge); legge 6 febbraio

1996 n. 52; decreto legge 26 febbraio 1997 (non convertito in legge); decreto legislativo 15 marzo 1996 n. 204; decreto legislativo 15 marzo 1996 n. 205; decreto legge 8 agosto 1996 n. 331 (non convertito in legge); decreto legge 23 ottobre 1996 n. 545 (convertito con modificazioni dalla legge 23 dicembre 1996 n.650); decreto legislativo 23 ottobre 1996 n. 581; decreto legislativo 26 maggio 1997 n. 154; legge 7 agosto 1997 n. 266; decreto legislativo 6 maggio 1999 n. 419; legge 18 agosto 2000 n. 248; decreto legislativo 2 febbraio 2001 n. 95; decreto legislativo 9 aprile 2003 n. 68; decreto legge 22 marzo n. 72 (convertito con modificazioni dalla legge 21 maggio 2004 n. 128); decreto legislativo 13 febbraio 2006 n. 118; decreto legislativo 16 marzo 2006 n. 140.

[3] Il Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 174 del 29 luglio 2003 - Supplemento Ordinario n. 123.

[4] Vedasi anzitutto la pronuncia della Corte Costituzionale, sent. 12 luglio 1979, n. 88 (Pubblicazione in Gazz. Uff. n. 210 del 1 agosto 1979) che, relativamente al diritto alla salute stabilisce che: "Il bene a questa afferente è tutelato dall'art. 32 Costituzione non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo, sicché si configura come un diritto primario ed assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati. Esso certamente è da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione e non sembra dubbia la sussistenza dell'illecito, con conseguente obbligo della riparazione, in caso di violazione del diritto stesso. Da tale qualificazione deriva che la indennizzabilità non può essere limitata alle conseguenze della violazione incidenti sull'attitudine a produrre reddito ma deve comprendere anche gli effetti della lesione al diritto, considerato come posizione soggettiva autonoma, indipendentemente da ogni altra circostanza e conseguenza. Ciò deriva dalla protezione primaria accordata dalla Costituzione al diritto alla salute come a tutte le altre posizioni soggettive a contenuto essenzialmente non patrimoniale, direttamente tutelate." Rilevante in tale ottica è stato altresì il contributo delle due pronunce c.d. gemelle Cass. Civ. nn. 8827 e 8828 del 31 maggio 2003 (in Giust. civ. Mass. 2003, 5 e Foro amm. CDS 2003, 1542), in relazione alle quali giova riportare quanto segue: "Nel vigente assetto dell'ordinamento, nel quale assume posizione preminente la Costituzione - che, all'art. 2 riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo - il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona, non esaurendosi esso nel danno morale soggettivo.". Altresì rilevante la recente Cass. Civ. S.U. dell'11 novembre 2008 n. 26972 - in Diritto & Giustizia 2008, Il civilista 2009, 1, 29 ed in Resp. civ. e prev. 2009, 1, 38 - ove si cerca di razionalizzare ulteriormente il "sistema" risarcitorio dei danni non patrimoniali legati alla tutela della personalità facendo riferimento alla "lesione di un diritto inviolabile della

persona” e che “la gravità dell’offesa e la serietà del pregiudizio costituiscono requisiti ulteriori[...]”.

[5] Si pensi all’art. 2 della Costituzione considerato clausola generale dei diritti della personalità o all’art. 3 che riconosce la pari dignità e l’eguaglianza di ogni individuo oppure l’articolo 41 - da leggere in combinato con il citato articolo 2 - sulla libertà di iniziativa economica, quale svolgimento della personalità, che incontra il solo limite della lesione della sicurezza, libertà e dignità umana.

[6] Vedasi la Cass. Civ. 2 maggio 1991 n. 4785.

[7] In ogni caso, pur non volendo ritenere che le potenzialità patrimoniali dei diritti della personalità siano necessariamente frutto del lavoro dell’individuo, va ricordato come l’ordinamento non tutela solo i beni acquisiti con l’attività personale del titolare, ma anche quelli a lui pervenuti senza alcuna attività. Si pensi agli acquisti tramite donazione o successione mortis causa, ma anche a modi d’acquisto della proprietà come occupazione ed alluvione.

[8] Da questa breve rassegna del dato normativo positivo risulta l’esistenza di fonti normative volte a garantire la disponibilità della persona e l’interesse a preservare da indebite appropriazioni da parte di soggetti terzi la propria personalità, intesa quale coacervo di valori sia intellettuali che patrimoniali tutti utili a rappresentare ed identificare la persona, nella sua complessità, in pubblico (publicity) ed in privato (privacy), per fini morali e patrimoniali. Quale è infatti la fonte di tutela della persona contro l’abusivo sfruttamento economico di essa? Non la riservatezza, perché la persona non lamenta una intrusione nella propria intimità ed allora - ed è questo il vulnus nella protezione della personalità - solo una rinnovata lettura della vigente normativa potrà offrire delle risposte ed in proposito giova constatare come la disciplina sul diritto di autore riconosce diritti sia di carattere morale che patrimoniale in capo all’autore.

[9] Vedasi D. Aniceti, Lo sfruttamento pubblicitario della notorietà tra concessione di vendita e contratto di sponsorizzazione, Giust. Civ. 1998, 4, 1059; S. Gatti, Sponsorizzazione, in Enc. Dir., XLIII, Milano 1990, 309 e ss. e Vincenzo Zeno Zencovich, Profili negoziali degli attributi della personalità, Dir. Inf., 1993, 545. Vedasi anche nota seguente.

[10] Copiosa è stata negli anni la produzione delle Corti su tali tematiche, ex multis, si richiama Cass. Civ. 11.10.97 n° 9880 - in Giust. civ. Mass. 1997, 1909 - davvero significativa nell’affermare che: “La obbligazione assunta dallo sponsorizzato ha piena natura patrimoniale ai sensi dell’art. 1174 c.c., e corrisponde all’affermarsi, nel costume sociale, della commercializzazione del nome e dell’immagine personali, e viene accompagnata - ordinariamente - da una "esclusiva", ovvero dall’obbligo, per le parti contraenti, di non consentire - anche per un certo tempo dopo la cessazione del rapporto - almeno all’interno del medesimo comparto commerciale, analoga veicolazione.”

Vedasi poi, Trib. Milano 5 giugno 1996, in A.I.D.A., Rep. 1996, 814; Trib. Roma 22 dicembre 1994, in A.I.D.A. 1995, 344/3 (illiceità dell'uso di immagine di Totò, tratta dal fotogramma di un film); App. Roma 26 aprile 1993, in Giur. ann. dir. ind. 1993, 2961/1 (caso Totò/Sperlari); la già citata (v. nota 34) Cass. 6 febbraio 1993 n. 1503, (caso Bartali: uso della nota foto Bartali-Coppi abbinata a prodotti) ove la Corte statuisce che: "In assenza del consenso del soggetto interessato, è illecita la riproduzione dell'immagine di un personaggio celebre a fini pubblicitari, ed il danno derivante è presumibile e ricollegabile alla impossibilità di fare uso del proprio ritratto a fini pubblicitari, essendo stato da altri utilizzato, e alla riduzione del suo valore commerciale", in Giust. civ. Mass. 1993, 255, Giur. it. 1993, I,1,1423, Riv. dir. ind. 1993, II, 119, Dir. informatica 1993, 907, Dir. autore 1993, 637; Trib. Milano 26 ottobre 1992, in Dir. informatica 1993, 942 (uso non autorizzato di sosia di Monica Vitti per pubblicizzare salotti; la decisione menziona sia un ambito di tutela mirante a salvaguardare la dimensione morale della persona, sia l'esistenza di un "aspetto patrimoniale" ove si deduce che il divieto di uso pubblicitario non autorizzato non comprende la caricatura, la quale è legittima o ex art. 97, comma 1, l. aut. oppure ex art. 21 della Costituzione: decisione in linea di massima non condivisibile). Di grande interesse è Cass. Civ. 16 aprile 1991 n. 4031, in Giust. civ. Mass. 1991, fasc. 4, Dir. informatica 1991, 835, Giur. it. 1991, I,1,1345 (caso Cerè / Corinne Clery-Piccolo) ove si deduce che: "Chiunque pubblici abusivamente il ritratto di persona notoria, per fini di pubblicità commerciale e pur senza pregiudicare l'onore o il decoro della persona stessa, è tenuto al risarcimento del danno, la cui quantificazione deve essere operata tenendo conto più che della lesione del diritto alla riservatezza, in sé considerato, delle cause di detta notorietà, poiché, se questa consegue ad esercizio di un'attività (nella specie, nel campo dello spettacolo) cui si ricollega la consuetudine dello sfruttamento remunerato dell'immagine, l'abusiva pubblicazione determina un danno di natura patrimoniale, comportando il venir meno per l'interessato della possibilità di offrire l'uso del proprio ritratto per pubblicità di prodotti o servizi analoghi e d'altra parte difficoltà a commercializzare al meglio la propria immagine anche con riferimento a servizi o prodotti del tutto diversi.". Ancora, Pret. Roma 13 dicembre 1955, Giur. it. 1956, I, 2, 5; Cass., Sez. I, 28 marzo 1990 n. 2527 (Tattilo vs Sandrelli), con nota di M. Dogliotti, Da Sophia Loren a Stefania Sandrelli: una sicura evoluzione giurisprudenziale, in Dir. famiglia 1992, 967. Da ultimo vedasi Cass. Civ. n. 21995 in Foro it. 2008, 11, 3104, secondo cui "È illecita la pubblicazione di ritratti fotografici in violazione dei limiti soggettivi od oggettivi, questi ultimi relativi alle modalità di divulgazione, cui il titolare del diritto all'immagine ha subordinato il proprio consenso alla pubblicazione medesima" (nella specie, la Suprema Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva affermato la liceità della pubblicazione di fotografie di una nota attrice parzialmente nuda senza accertare se avesse avuto luogo su riviste di prestigio

internazionale, requisito cui pure la persona ritratta aveva subordinato il proprio consenso alla pubblicazione). Cassa App. Roma, 16 maggio 2005. Ancora Cass. Civ. 16 maggio 2008 n. 12433, in Giust. civ. Mass. 2008, 5, 744, Riv. dir. ind. 2008, 6, 575, Foro it. 2008, 11, 3215, ove si deduce che “Se una rivista pubblica foto non autorizzate, alla vittima spetta il prezzo del consenso, ossia la somma che il ritratto avrebbe potuto ottenere quale corrispettivo della volontaria concessione a terzi del diritto di pubblicare la propria fotografia. Sul fronte della sua liquidazione, invece, il giudice dovrà procedere in via equitativa tenendo conto degli utili presumibilmente conseguiti dall'autore dell'illecito, in relazione alla diffusione del mezzo su cui la pubblicazione è avvenuta, alle finalità che esso intendeva perseguire e ad ogni altra circostanza rilevante allo scopo”. Sempre nella medesima pronuncia si significa che: “L'illecita pubblicazione dell'immagine altrui obbliga al risarcimento anche dei danni patrimoniali, che consistono nel pregiudizio economico di cui la persona danneggiata abbia risentito per effetto della predetta pubblicazione e di cui abbia fornito la prova. In ogni caso, qualora non possano essere dimostrate specifiche voci di danno patrimoniale, la parte lesa può far valere il diritto al pagamento di una somma corrispondente al compenso che avrebbe presumibilmente richiesto per concedere il suo consenso alla pubblicazione, determinandosi tale importo in via equitativa, avuto riguardo al vantaggio economico conseguito dall'autore dell'illecita pubblicazione e ad ogni altra circostanza congruente con lo scopo della liquidazione, tenendo conto, in particolare, dei criteri enunciati dall'art. 128, comma 2, l. n. 633 del 1941 sulla protezione del diritto di autore”.

[11] Una sommaria ricognizione dell'elaborazione dottrina sui diritti della personalità - intesi quali diritti a carattere non patrimoniale che mirano a difendere beni immanenti alla persona fisica - porterebbe ad individuare, anche considerando che solo taluni di essi sono codificati, come facenti parte di tale categoria fra gli altri: il diritto alla vita e all'integrità fisica, (con le relative problematiche giuridiche attinenti a suicidio, eutanasia, aborto etc.), il diritto alla salute, la tutela dell'ambiente, la tutela del consumatore, dell'utente di servizi radiotelevisivi, il diritto morale di autore, il diritto al nome, allo pseudonimo, all'immagine, alla reputazione, all'identità personale, all'identità sessuale, alla riservatezza, il diritto all'oblio, il diritto allo sfruttamento economico della propria notorietà, nonché i più svariati diritti di libertà (diritto alla libertà personale, sessuale, religiosa, alla libera manifestazione del pensiero, alla libertà di esplicazione di attività nel campo economico e privato, alla costituzione e alla partecipazione alle formazioni sociali).

Per una prima puntuale analisi vedasi per tutti P. Perlingieri, Il diritto alla salute quale diritto della personalità, in Rassegna di diritto civile, 1982, 1035 ss. ed anche G. Alpa, A. Ansaldo, Le persone fisiche. Artt. 1-10, Milano, Giuffrè, 1996. Nell'ambito delle concezioni dei diritti della personalità che ne riconoscono (o presuppongono) la natura di diritti

soggettivi il dibattito si è incentrato tra l'approccio "pluralista" e quello "monista"; in base alla prima teoria si possono solo configurare singoli, specifici diritti della personalità, (in tal senso paiono orientati A. De Cupis, *I diritti della personalità*, Milano, Giuffrè, 1982-2<sup>a</sup> ed. - 1<sup>a</sup> ed. 1959 - ; C. M. Bianca, *Diritto civile I. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, Giuffrè, 1990, 144-146 e G. Giacobbe, *L'identità personale tra dottrina e giurisprudenza. Diritto sostanziale e strumenti di tutela*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1983, 810-887). La teoria monista concepisce non singoli diritti della personalità, ma un diritto generale della personalità, o forse alla personalità, vale a dire un diritto unitario all'autonomo sviluppo della propria personalità, che si articola poi in diversi aspetti o specifiche facoltà (così già T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1957 e poi G. B. Ferri, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Persona e formalismo giuridico*, 1984). Ma, sulla definizione di diritti della personalità o diritto della personalità e dunque anche in merito all'analisi della natura e del concetto di tali diritti (con un approccio di volta in volta colorato dalla citata visione pluralista o monista) copiosa è la produzione dottrina; ex multis, per interessanti considerazioni proprio sulla concezione unitaria o monista, Dogliotti, *Profili di responsabilità civile nella tutela della persona*, in *La responsabilità civile-aggiornata* diretto da Alpa-Bessone, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile commentato fondata da Bigiavi*, Torino 1997, t. 1, 420; Giampiccolo, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1958, 465-466; Voltaggio Lucchesi, *I beni immateriali*, Milano 1962, 244. Apparentemente più propensi ad accogliere la tesi pluralista (che, ad avviso di chi scrive, meglio rispecchia le esigenze di elasticità che dovrebbero caratterizzare i diritti della persona) vedasi - oltre i già citati Bianca, *Diritto civile: 1. La norma giuridica. I soggetti*, e De Cupis, *I diritti della personalità* - Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino - Giappichelli, 1996, 57, 65; P. Vercellone, *Personalità (diritti della)*, in *Nss. D.I.*, XII, Torino 1965, 1084; T. Auletta, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano 1978, 1-7; Rescigno, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma 1990, 5; S. Rodotà, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973, 125 ss.; Bessone-Ferrando, *Persona fisica*, in *Encicl. dir.*, XXXIII, Milano 1983, 196; Mazzoni, *Persona fisica*, in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., XIII, Torino 1995, 381; Stanzione, *Persona fisica: I) diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma 1990, 1; V. Zeno Zencovich, *Personalità (diritti della)*, in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., XIII, Torino 1995, 435, nota 39.

Non si ignora quanto di recente è riportato da P. Cendon, *Voci del danno, forme dell'essere*, in *Resp. civ. e prev.* 2009, 06, 1211 che trae spunto da Sez. Un. civ. 26972, 11 novembre 2008 per tratteggiare un aggiornato profilo dei diritti della personalità.

Interessante è altresì la posizione espressa in A. Barbera, F. Coccozza, G. Corso, *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni*

sociali. Il principio di eguaglianza, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, I, *Diritto pubblico generale*, Bologna, il Mulino, 1995 (I ed. 1984), 223-333 secondo cui: “La categoria dei diritti della personalità si riferisce a quelle situazioni giuridiche soggettive, tutelate dalla Costituzione o dalle leggi civili e penali, che assicurano alla persona la propria identità sotto il profilo morale e sociale, il proprio decoro, la propria immagine, il rispetto di cui gode presso gli altri”.

Di grande interesse, al fine di avere un minimo comune denominatore nelle definizioni dei diritti della personalità è altresì quanto sostenuto dal De Cupis: “nel comune linguaggio giuridico tale denominazione [“diritti della personalità”, n.d.r.] è riservata a quei diritti soggettivi, la cui funzione, rispetto alla personalità, si specializza, costituendo il ‘minimum’ necessario e imprescindibile del suo contenuto” in A. De Cupis, op. cit., 13. Peraltro, proprio il medesimo autore da ultimo citato, il De Cupis, ha precisato quale sia a suo giudizio la reale portata del rapporto tra interessi personali e interessi patrimoniali nel diritto civile: in A. De Cupis, *Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1982, II, 482 ss.

[12] In particolare, l’evoluzione dei diritti della personalità è strettamente legata allo sviluppo delle nuove tecnologie, soprattutto di quelle applicate ai mezzi di comunicazione di massa; la fotografia, la cinematografia, la televisione ed infine la rete internet hanno marcato la struttura del diritto il quale si è articolato in funzione delle crescenti esigenze di tutela e si è evoluto in funzione delle diverse modalità di utilizzo.

[13] Ovvero la Carta Costituzionale.

[14] Si tratta della recente Legge sulla protezione del diritto di autore sulle opere dell’ingegno e dei diritti connessi, del 19 marzo 2011 n° CXXXII, dello Stato della Città del Vaticano.

[15] La l. 22 aprile 1941, n° 633, Protezione del diritto di autore e di altri diritti connessi al suo esercizio, in G.U. n° 166 del 16 luglio 1941 (vedasi nota 2).

[16] Proprio in tema di diritto di autore, l’affermazione globale del protocollo di trasmissione internet e la rapida diffusione delle reti di comunicazione elettroniche, che hanno innovato il sistema di produzione e fruizione della cultura, rappresentano la base del c.d. “dilemma digitale” del diritto di autore ovvero la necessità di ricercare un giusto equilibrio tra diffusione dei contenuti e tutela della proprietà intellettuale nell’era dell’on line e del web. Vedasi in proposito “I contenuti digitali nell’era di internet – Executive summary”, lavori della Commissione Interministeriale sui contenuti digitali nell’era di internet, 2005. Mi si conceda di citare sul tema il seguente lavoro, F. Tozzi, *Per una riforma del diritto d’autore*, in *Digitalia Rivista dei Beni Culturali* anno III, Numero 2 – 2008, 9.

[17] Tratto dal sito Ufficiale Società Italiana Autori ed Editori [www.siae.it](http://www.siae.it)

[18] L'art. 97 l.d.a. recita: "Non occorre il consenso della persona ritrattata quando la riproduzione dell'immagine è giustificata dalla notorietà o dall'ufficio pubblico coperto, da necessità di giustizia o di polizia, da scopi scientifici, didattici o culturali, o quando la riproduzione è collegata a fatti, avvenimenti, cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico. Il ritratto non può tuttavia essere esposto o messo in commercio, quando l'esposizione o messa in commercio rechi pregiudizio all'onore, alla reputazione od anche al decoro nella persona ritrattata.". Per consolidato orientamento giurisprudenziale è illecita (ai sensi degli artt. 10 c.c. e 96 l.d.a. e senza consenso e non giustificata ai sensi dell'art. 97 l.d.a.) l'utilizzazione dell'immagine di una persona "anche se nota e inquadrata nella cornice di un pubblico avvenimento", a fini commerciali; vedasi Ubertazzi, Commentario Breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza, CEDAM, 2007, 1798 sub II.

[19] Dottrina e giurisprudenza sono infatti concordi nel ritenere che il diritto ad inibire la diffusione del ritratto presupponga la riconoscibilità della persona effigiata (v. Ubertazzi, op. cit., 1792 sub II); a contrario dunque è la riconoscibilità il presupposto di tutela.

[20] Artisti, autori e professionisti del c.d. mondo dello spettacolo - sebbene non pare sussistere alcuna preclusione per una estensione in favore di ciascun essere umano (ma in particolare se nota, la persona è una sorta di "autore" di se stessa) - sono portatori, in virtù dei loro meriti (o demeriti) professionali, di un valore economico che, attraverso una innovativa lettura del dato normativo, potrebbe ricevere tutela quale bene patrimoniale, affinché solo la persona di cui si tratta ed i suoi eredi possano trarne giovamento, evitando il grave rischio che detti attributi divengano liberamente appropriabili e disponibili, alla mercè di chiunque.

[21] Sebbene un diritto se disponibile è anche patrimonialmente valutabile vi sono casi in cui tale assunto non opera perché l'ordinamento colloca il diritto nell'alveo della disponibilità (limitata) ma non della patrimonialità (si pensi alle donazioni di organi relativamente ai quali è vietato ogni tipo di commercio).

[22] L'immagine è sia segno distintivo essenziale idoneo ad effigiare le sembianze e l'aspetto fisico di una persona che espressione più generale del modo d'essere della personalità di un soggetto complessivamente considerata.

Sul punto vedasi S. Peron, Il diritto all'immagine nella giurisprudenza del tribunale ambrosiano, in Resp. Civ. e previdenza n° 4 2006, 1, vedasi altresì G. Piazza e D. Goetz, Il diritto all'immagine nella giurisprudenza dell'ultimo decennio, in Resp. Civ., 1998, 350 ss e L. Martis, Abusiva utilizzazione economica dell'immagine altrui: danni e criteri risarcitori (nota a sentenza Trib. Milano 3.11.1997) in Dir. Inf. 1998, 310 e M. Santini, Danno all'immagine, guida al risarcimento. Il "quantum" non dipende solo dalla notorietà della vittima (nota a Trib. Roma 24.05.2005) in D&G Dir. e Giust. fasc. f. 28, 27.

[23] Vedasi gli interessanti spunti offerti in tema di negozi atipici (quali sono la prevalenza di quelli aventi ad oggetto diritti della personalità) e sulla meritevolezza dell'interesse tutelato dall'ordinamento giuridico, in G. Alpa, Libertà contrattuale e tutela costituzionale, in Riv. critica dir. priv. 1995, I, 35; ma anche A. Di Majo, Libertà contrattuale e dintorni, in Riv. critica dir. priv. 1995, I, 5 e A. Di Francia, La causa dei contratti atipici tra giudizio di meritevolezza e autonomia negoziale: spunti per una riflessione (nota a sent. Trib Verona 15 dicembre 1988, Soc. Club 23 c. Soc. Isfi), in Giur. merito 1990, 301, ove si deduce che: "Il contratto di "sale and lease back" è nullo perché contrario al divieto del patto commissorio, ed è altresì caratterizzato da un'incongruente distribuzione di pesi e vantaggi contrattuali a scapito del venditore-utilizzatore, che lo rende non meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico".

[24] Si pensi in prima istanza all'art. 5 c.c. .

[25] In generale l'ordinamento giuridico permette ai soggetti di vincolarsi solo se il contratto soddisfa interessi meritevoli di tutela; vedasi Guarnieri, Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto, in Riv. dir. civ., 1994, I, 799; ID., voce "Meritevolezza dell'interesse, in Digesto (civ.), XI, Torino, 1994, 324 nonché V. Roppo, Il contratto, in Trattato Iudica-Zatti, Milano, 2001, 424; Rescigno, voce "Contratto (in generale)", in Enciclopedia Giur., IX, Roma, 1988, 6. Per Sacco, Motivi, Fini, Interessi, in Sacco - De Nova, Il Contratto, in Tratt. Dir. Priv., diretto da Rescigno, 337, l'art. 1322 c.c. si riferirebbe all'area "in cui l'interesse è intrinsecamente immeritevole di protezione per una sua connaturale insignificanza". È invece considerato illecito (v. art. 1343 c.c.) un contratto a fini "antisociali" cioè che lede "interessi che l'ordinamento giuridico favorisce e protegge", parrebbe anche potersi dire lo stesso per quei contratti che commercializzano la personalità che invece è un interesse favorito e protetto dal nostro ordinamento; dunque anche tali contratti - se non si risolvono le problematiche afferenti il riconoscimento della personalità anche economica - sarebbero nulli.

I negozi relativi al diritto della personalità e alle sue manifestazioni sono fondamentalmente atipici, ma certo tutti, direttamente o indirettamente, patrimoniali e tendenzialmente sinallagmatici in quanto a fronte dell'uso di una o più manifestazioni della personalità vi è una controprestazione di denaro o di altre utilità. Per i contratti non tipizzati vi è un giudizio di meritevolezza che, ex art. 1322 c.c., è qualitativamente diverso rispetto a quello sulla liceità, mentre quest'ultimo ha la funzione di salvaguardare l'ordine giuridico dalla presenza di singoli accordi impegnativi i cui contenuti siano in contrasto con i propri canoni regolamentari, il giudizio di meritevolezza si incentra prevalentemente nella valutazione dell'idoneità dello strumento elaborato dai privati ad assurgere a modello giuridico di regolamentazione degli interessi, vista l'assenza di una preventiva opera di tipizzazione legislativa. La meritevolezza opera a livello di tipo perché deve permettere di valutare

se lo schema astratto è o meno accettabile sul piano giuridico ed allora, posta la rilevanza economica della personalità e posto che tramite le sue manifestazioni essa è oggetto di disposizioni a valenza patrimoniale, per comprendere se – nel pieno rispetto di divieti espressi (si pensi a quanto è statuito all' art. 5 c.c.) – tali atti dispositivi siano meritevoli di tutela bisognerà soprattutto aver riguardo alla loro causa. Un negozio che manchi di una valida causa non solo non appare meritevole di tutela ma dovrebbe addirittura essere considerato nullo, infatti è un atto inqualificato e dunque irrilevante sul piano giuridico mentre nessuna importanza può essere attribuita al fatto che tale negozio possieda una sua rilevanza sociale e magari sia spontaneamente adempiuto; a nulla rilevando la possibilità di sostenere che l'atto nullo comunque esiste, ciò rappresenta infatti solo un mero *quid facti* ma giuridicamente l'atto nullo è inesistente. Ad essa collegato è dunque la figura del contratto che è, secondo la nota definizione di cui all'art. 1321 c.c., l'accordo di due o più parti per costituire regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.

[26] Quei medesimi diritti che in vita sono economicamente fruttiferi saranno disponibili *mortis causa* ed è proprio il testamento lo strumento tipico che, per la sua elasticità, permette il trasferimento anche di diritti strettamente legati alla persona.

[27] Ovvero il Decreto Legislativo 10 febbraio 2005 n° 30. In proposito è esauriente il commento di M. Scuffi, M. Franzosi, A. Fittante, *Il Codice della Proprietà Industriale*, Cedam 2005, 110 e ss.

[28] È stato però sostenuto che la ratio del principio di cui all'art. 8 circa il libero uso del nome altrui si fonda sull'opportunità di consentire all'imprenditore l'adozione come marchio di un nome già familiare al pubblico, permettendo il libero sfruttamento del potenziale economico insito nell'altrui fama (così letteralmente Macioce, *Profili del diritto al nome civile e commerciale*, Padova 1984, 111, che riprende l'analoga affermazione di Ferrari, *Osservazioni in tema di uso del nome altrui come marchio*, in *Riv. dir. comm.* 1962, II, 225 e 233, nota a Cass. 1 febbraio 1962 n. 201 e App. Milano 22 gennaio 1960, c.d. caso Faruk). L'affermazione non è necessariamente condivisibile, nella misura in cui si dovrebbe individuare la ratio nell'esigenza di tutelare l'imprenditore, che adotti in buona fede nomi di persona, da iniziative ricattatorie del titolare del nome. Inoltre vedasi Leonini, *Marchi famosi e marchi evocativi*, Milano 1991, 363-364 (ove si fa riferimento al "diritto del singolo allo sfruttamento del valore acquistato"); L. Albertini, *L'abusivo sfruttamento commerciale (in particolare come marchio) del nome e dell'immagine altrui*, in *Giust. Civ.*, 1997, II, 479 nonché Da Molo, *I contratti di pubblicità*, in *I contratti in generale*, diretto da Alpa-Bessone, II, t. 1, Torino 1991, 416-417.

[29] L'invenzione può anche essere fortuita così come le ragioni di una appetibilità commerciale di una determinata persona.

[30] M. Scuffi, M. Franzosi, A. Fittante, *op. cit.*, 110 e ss.

[31] Si deve fare leva sulla struttura stessa della summenzionata normativa “che, per essere formulata nei termini di un diritto soggettivo, ammette di essere ricostruita in chiave personalistica quando la pretesa si rivolge all'esterno risolvendosi nella proibizione dei comportamenti altrui [...] e, al contempo, in chiave patrimoniale quando invece il soggetto eserciti, in positivo, le facoltà concernenti la raffigurazione del proprio ritratto e, nel così fare, svolga attività suscettibili di valutazione patrimoniale” in M. A. Urciuoli, *Autonomia Negoziale e Diritto all'Immagine*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000, 116 e ss.

[32] G. Resta, *L'appropriazione dell'immateriale*, *Dir. Inf.* 2004, Giuffrè, 41 e ss. Ma la giurisprudenza, al di là di qualche debole ed incerto passaggio evolutivo sulla tutela della persona si assesta su posizioni quantomeno contraddittorie. In proposito vedasi anche la già citata Cass. 11.11.2008 n° 26972 in Resp. Civile e Previdenza n° 1 2009 con nota di Pier Giuseppe Monateri, *Le Sezioni Unite rimeditano il sistema risarcitorio dei danni non patrimoniali*, ove si deduce che: “fuori dei casi determinati dalla legge è data tutela risarcitoria al danno non patrimoniale solo se sia accertata la lesione di un diritto inviolabile della persona. La gravità dell'offesa e la serietà del pregiudizio costituiscono requisiti ulteriori per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili ... la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale è ammessa quando abbia luogo la lesione di un diritto inviolabile della persona che risulti compreso nell'area del contratto sulla base della causa concreta del negozio ovvero sulla base di una previsione di legge...il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate...il danno non patrimoniale costituisce danno conseguenza che deve essere allegato e provato”.

[33] In particolare vedasi Cass. Civ. 4 giugno 2007 n° 12929: “la giurisprudenza della Corte e segnatamente quella di questa Sezione si è attestata su una linea interpretativa che identifica il danno patrimoniale riconducibile direttamente all'art. 2043 cod. civ. esclusivamente in quello concretatosi in una conseguenza del fatto illecito di tipo economico, facendo rifluire nella nozione di danno non patrimoniale, oltre naturalmente al danno morale in senso soggettivo, quelle fattispecie di danno che l'evoluzione giurisprudenziale - tenuta presente in parte dell'esposizione del motivo, come si è visto - identificava come danni patrimoniali in senso non economico e particolarmente le fattispecie di danno per lesione in se di una situazione giuridica riconducibile ai diritti fondamentali della persona”. L'approdo a tali risultati è stato espresso nelle sentenze n. 8827 e 8828 del 2003.

[34] M. Ricolfi, *Questioni in tema di regime giuridico dello sfruttamento commerciale dell'immagine*, in *Nuova Giurisp. Civ. Commentata* 1992, 58 e ss, in commento alle già citate Cass. Civ. nn. 4785 e 4031 del 1991 (note 47 e 49). Opportuno è rifarsi al giudizio di meritevolezza, si pensi all'art. 1322 c.c., per valutare se lo scopo e le modalità dell'atto negoziale afferente la personalità siano o meno meritevoli di tutela

secondo l'ordinamento giuridico, considerando che il legislatore, secondo il Ricolfi, "nel perseguire l'ambizioso obiettivo di provvedere al regolamento completo dei diritti della personalità abbia fatto ricorso agli strumenti consegnatili dalla tradizione proprietaria, nelle quali l'edificio codicistico affonda le proprie fondamenta, ed abbia, pertanto, istituito la coesistenza tra un polo personale ed un polo materiale e strutturato il rapporto fra questi due poli nella chiave di un diritto soggettivo, che ne ammette la configurazione in termini di appartenenza [...] il meccanismo di raccordo tra la protezione dell'essere e quella dell'avere o, più specificamente, fra la tutela dell'interesse della persona a mantenere il riserbo sul proprio sembiante e quello ad ottenere profitto [...] sembra dover essere rinvenuto nella struttura stessa dei precetti che fondano l'esclusività delle facoltà dell'individuo [...] i quali per essere formulati nei termini di un vero e proprio diritto soggettivo ammettono di essere letti in un chiave personalistica [laddove] la pretesa si rivolga esternamente e si rivolga alla proibizione dei comportamenti altrui lesivi della propria riservatezza e, al contempo, in una chiave patrimoniale quando invece il soggetto eserciti in positivo facoltà concernenti la raffigurazione del proprio ritratto e, nel così fare, svolga attività suscettibili di valutazione economica". Ancora bisogna "superare la contraddizione fra l'originario radicamento della salvaguardia in un ambito collegato alla difesa dell'onore, della reputazione e del decoro [...] e l'esigenza di accordare [alla persona] protezione contro comportamenti che nel frattempo si sono rivelati privi di riflessi negativi sull'integrità morale della [persona]".

[35] Il problema, per ciò che interessa il presente lavoro, è che si parla di danno da lesione di un valore della persona considerato in commercio e dunque come fosse disponibile (il criterio del "prezzo del consenso" è significativo) a fronte però di diritti extrapatrimoniali, non certo che un danno non patrimoniale sia poi liquidato con una somma di danaro. Sembra in tal senso orientata la pronuncia della Cass. Civ. del 4 giugno 2007 n. 12929, in *Il civilista* 2009, 10, 26: "Il danno patrimoniale, direttamente riconducibile all'art. 2043 c.c., è quello che si concretizza quale conseguenza del fatto illecito di tipo economico, facendo rifluire nella nozione di danno non patrimoniale, oltre naturalmente al danno morale in senso soggettivo, quelle fattispecie di danno che l'evoluzione della giurisprudenza identificava come danni patrimoniali in senso non economico (e particolarmente le fattispecie di danno per lesione in sé di una situazione giuridica riconducibile ai diritti fondamentali della persona). Nei casi in cui vi sia una lesione di diritti della persona aventi fondamento nella Costituzione, si deve affermare la risarcibilità della lesione dello stesso diritto all'esistenza nell'ordinamento come soggetto, del diritto all'identità, del diritto al nome e del diritto all'immagine della persona giuridica ed in genere dell'ente collettivo. Tale risarcibilità va riconosciuta a prescindere dalla verifica di eventuali danni patrimoniali conseguenti per la configurabilità di un danno di natura

non patrimoniale, rappresentato dalla deminutio di tali diritti che la lesione di per sè è idonea ad arrecare quale danno-conseguenza”.

Va altresì significato come la differenza principale tra la categoria di danno non patrimoniale e quella del danno patrimoniale risiede nel fatto che quest'ultimo è facilmente rinvenibile nell'incidenza di evidenti effetti sul patrimonio del danneggiato, mediante o un procedimento di “saldo finale” (c.d. “regola della differenza”) tra il patrimonio come risultante prima e dopo il fatto dannoso o meglio ancora attraverso un procedimento che tenga presente e valuti anche i riverberi patrimoniali che in futuro il soggetto potrà subire dal fatto dannoso (c.d. “regola dell'equivalenza”), in proposito, in tal senso ex multis C. D'Elia, Danno non patrimoniale, ente pubblico e giurisdizione ordinaria, in Giur. merito 1997, 1, 151. La dottrina (Salvi, Responsabilità extracontrattuale, in Enc. dir., XXXIX, Milano 1206 ss.) rileva chiaramente che nel nostro ordinamento non c'è più spazio per la sola concezione statica dell'economia (vero e proprio presupposto della regola della differenza), in quanto meglio aderisce alla realtà effettuale una concezione dinamica del patrimonio, quale insieme non solo dei beni appartenenti ad un soggetto, ma anche delle opportunità di incremento dello stesso nonché delle eventuali “utilità economiche irriducibili a godimento”, quali la tutela del credito, dell'impresa ecc.. Se, a causa di una manifestazione fenomenica, il patrimonio diminuisce o perde determinate facoltà di incremento, tale tipo di danno va risarcito sempre ed in ogni caso in quanto danno patrimoniale. Vedasi altresì A. De Cupis, Aspettativa legittima e risarcimento del danno, Giust. civ. 1983, II, 104 ; E. Cesaro, Azione risarcitoria e diritto all'indennizzo, Dir. e giur. 1986, 589; G. Alpa, Danno alla persona, aspettative legittime, criteri del risarcimento (nota a sent. Cass., Sez. III, 25 giugno 1981 n. 4137, Pais c. Pennetta) - Giust. civ. 1981, I, 2215; A. De Cupis, I diritti della personalità, op. cit..

[36] Quali, ad esempio, l'omicidio o le mutilazioni del proprio corpo.

[37] Ritornerebbe a pieno la rilevanza dei criteri legati alla meritevolezza dell'interesse da proteggere.

[38] Vedasi, per tutti, Nimmer, The right of publicity, 19 Law & Contemp. Probs 203. 216, (1954) ed ancora Huw Beverly-Smith, Ansgar Ohly and Agnès Lucas-Schloetter, Privacy, Property and Personality – Civil law prospective on commercial appropriation, in Cambridge Studies in Intellectual Property Rights. Di estremo rilievo è pure il contributo di Mc Carthy, Protection of names and likenesses as right of publicity or trademark: a comparison, in Trademark World, 1986, così come quello di Gordon, Right of Property in Name, Likeness, Personality and History, 55 in N.W. Univ. L. Rev. 553 (1960) e di Sara Kimball, A family affair: extending the right of publicity to protect celebrity children, in Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law, 2008; Russel S Jones, Jr., The flip side of privacy: the right of publicity, the first amendment, and constitutional line drawing – a presumptive approach, in Creighton Law review, giugno 2006. Si veda altresì M. Chiarolla, Alla scoperta dell'America, ovvero: dal diritto al nome e all'immagine al right of

publicity, in Foro It., I, 831 e A.M.Toni, Il right of publicity nell'esperienza nordamericana, in Contratto e Impresa 1996, II, 82. Sulla successione mortis causa vedasi l'interessante saggio di Felcher-Rubin, The Descendibility of the right of publicity: is there commercial life after death?, in 89 Yale Law Journ., 1980, 1125.

[39] Il giudice Jerome Frank - ritenuto uno dei "padri" del right of publicity - in Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc. 202 F.2d 866 (2nd Cir. 1953). Di enorme rilievo è poi il caso Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co., 433 U.S. 562, 574-575, 97 S. Ct. 2849, 53 L. ed. 2d 965, 2 Media L. Rep (BNA) 2089, 205 U.S.P.Q. 741 (1977).

[40] Esattamente: "la privacy rappresenta (...) un punto di equilibrio tra "sé e gli altri" e cioè la dimensione e l'intensità che ciascun individuo intende dare, nel rispetto della personalità altrui, alla propria vita di relazione, alla propria socialità nonché «diritto di stare con gli altri alle proprie condizioni»" (questa la definizione di G.B. Ferri, Persona e privacy, in Riv. dir. comm. 1982, I, 110 e 115).

[41] In merito alla ratio giustificatrice di una tale tutela, sorgono alcuni problemi legati in particolare al se vi possa essere una tutela di una attività latu sensu autorale che in realtà con la personalità non pare esistere potendosi invero utilizzare lo schema sotteso alla tutela del diritto di autore ma adattato alle peculiarità del caso concreto. Ad esempio, relativamente al diritto alla "publicity" di un neonato. Può sostenersi che il bel bimbo protagonista di un pubblicità per pannolini, tanto per fare un esempio, abbia "lavorato" affinché la sua immagine abbia un certo valore economico? Certamente no; si potrebbe però obiettare che sono stati i genitori a lavorare per strutturare l'immagine del piccolo. Che dire allora di chi invece è scelto, un volto tra mille, per fare promozione ad un determinato prodotto? Il classico caso di attori presi "dalla strada", certo non può sostenersi che abbiano lavorato ed investito per la loro immagine; forse sì (sebbene non avessero chiaro il fine): ciascuno, volontariamente o involontariamente, con gli sforzi della vita quotidiana lavora a creare la propria personalità, si potrebbe riprendere il vecchio adagio latino "quisque faber fortunae suae" e dunque ciascuno è il creatore della propria personalità, che è sempre, per tutti, potenzialmente bene patrimoniale immateriale. Il diritto è infatti anche la facoltà ad un determinato comportamento attivo od omissivo da parte di altri, in particolare è una pretesa giustificata in primis da una norma morale, dalla consuetudine del vivere civile e poi giustificata dai principi giuridici dell'ordinamento di appartenenza in relazione ai quali nulla osta al riconoscimento della disponibilità e patrimonialità della personalità, quantomeno di alcune delle sue manifestazioni.

[42] Si ritiene poi che il titolo attributivo della tutela possa essere rinvenuto anche nel lavoro compiuto dal soggetto per formare la sua personalità e nella necessaria tutela di un valore economico insito nella persona e dunque solo ad essa, o suoi cessionari, attribuibile. La ratio

sottesa alla tutela del right of publicity è in primis da rinvenire in un concetto di equità sociale, oltre che nell'incentivo da dare ad ogni soggetto affinché compia tutti gli investimenti necessari (di tempo, lavoro etc.) per creare e "mantenere" la sua personalità.

[43] Tribunale di Roma, 7 ottobre 1988, in Giust. Civ. 1989, I, 1243. In particolare per quanto attiene l'immagine, ciascuna violazione lede il diritto di ogni individuo alla intangibilità dei propri dati personali o del proprio corpo. Anzi è proprio questa la soluzione data dai giuristi, si sostiene infatti che "l'efficacia del consenso, idoneo a far venire meno l'illiceità della divulgazione del ritratto di una persona, deve essere contenuta entro il rigoroso ambito della prestazione, nei limiti in cui il consenso stesso fu dato (limite oggettivo della diffusione) e con riguardo esclusivo al soggetto o ai soggetti nei cui confronti fu prestato".

[44] Tribunale di Trani, 6 novembre 2007 in Giurisprudenza Barese.it 2008. Ma anche il Tribunale di Torino, sez. IX del 26 gennaio 2006 in Riv. Dir. Ind. 2006, 356 e Cassazione Civ., Sez. I, 17 febbraio 2004 n° 3014 - in Giust. civ. Mass. 2004, 2, D&G - Dir. e giust. 2004, 21, 107 - secondo cui "Il consenso alla pubblicazione della propria immagine costituisce un negozio unilaterale, avente ad oggetto non il diritto, personalissimo ed inalienabile, all'immagine, ma soltanto il suo esercizio; dal che deriva che tale consenso, sebbene possa essere occasionalmente inserito in un contratto, da esso resta tuttavia distinto ed autonomo (ciò che rileva anche ai fini della sua revocabilità, quale che sia il termine eventualmente indicato per la pubblicazione consentita), e che la pattuizione del compenso non costituisce un elemento del negozio autorizzativo in questione".

Solo ritenendo che con la dizione "il suo esercizio" si intende fare riferimento al fatto che la persona in quanto tale non può essere essa stessa oggetto di disposizione perché unicum inconsumabile potrebbe accogliersi tale inquadramento, ma ciò non pare evincibile dal contesto della pronuncia.

[45] Ex multis vedasi: F. Galgano, Diritto Civile e Commerciale, I, Le categorie generali Le persone La proprietà, Padova, 1990, 158. Inoltre ex multis la più volte citata Cass. Civ. 2.5.91 4785: "il consenso si concreta assai spesso in una manifestazione di volontà contrattuale ove all'obbligazione di pati che sorge in capo al ritrattato fa riscontro una obbligazione a contenuto patrimoniale in capo alla controparte...la legge non ha voluto privare le persone notorie del diritto esclusivo alla propria immagine, esponendo proprio esse, che maggiormente possono sentire la necessità di difendersi contro l'indiscreta invadenza della gran massa e d'altro lato possono ottenere maggiori guadagni commercializzando l'immagine ad un indiscriminato uso ed abuso dei loro ritratti...il valore commerciale dell'immagine sta anche...nella rarità dell'uso di essa, davvero si può usare per questa situazione il termine di annacquamento". Interessante anche il lavoro di V. Metafora, Sulla

revocabilità del consenso alla divulgazione del ritratto, in *Dir. e Giur.* 1993, 618.

[46] La previsione di un corrispettivo è indice di patrimonialità del vincolo e dell'impegno assunto attraverso l'assenso, dalla natura necessariamente dispositiva.

[47] Sostenere che, rispetto al diritto della personalità, il consenso è un atto unilaterale e revocabile porta poi a chiedersi se la volontà della controprestazione sia a sua volta un atto unilaterale e se un intero articolato contrattuale possa essere fondato solo su due consensi che "non si incontrano mai" e ciò, nonostante vi sia una trattativa che sfocia in un *in idem placitum* e pertanto vi sia una proposta ed una accettazione.

[48] M. Cristina Diener, *Il contratto in generale - Manuale e applicazioni pratiche delle lezioni di Guido Capozzi*, Giuffrè 2002, 28 e ss; ove si tratta del negozio giuridico e della convenzione, anche essa negozio giuridico ma che ha ad oggetto rapporti non patrimoniali (vedasi in proposito F. Messineo, *Dottrina Generale dei Contratti*, Milano, 1948, 30), dunque vi è il conflitto di interessi caratterizzante il contratto ma non la patrimonialità. Al contrario il negozio giuridico unilaterale manca proprio del conflitto di interessi ma è regola di interessi patrimoniali.

[49] Eccezione fatta ad esempio per i negozi attinenti il diritto di famiglia, ove però non vi è una asimmetria tra la regola astratta e la pratica in quanto giammai si potrà avere un matrimonio a fronte di un corrispettivo in quanto sono tutelati interessi pubblici sottesi alla famiglia.

[50] V. Scialoja, *Diritto pratico e Diritto teorico*, in *Riv. Dir. Com.*, 1911, I, 941; S. Pugliatti, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Grammatica e Diritto*, Milano, 1978, 234; G. Alpa, *Prassi*, in *Contratto e Impresa*, 1994, 1374.

[51] Al contrario di ciò che è accaduto negli Stati Uniti, non vi è stato un adeguamento alle spinte innovative della società e del mercato; non si vuole negare la rilevanza, anzi l'intangibilità, del diritto morale della personalità però il suo riconoscimento non può essere un ostacolo alla salvaguardia dei diritti patrimoniali della persona; bisogna evitare che un individuo sia protetto solo laddove vi sia una lesione dei diritti alla riservatezza ed alla reputazione ed onore e non laddove vi sia una lesione ai diritti allo sfruttamento commerciale della sua personalità. Non vi è infatti alcun contrasto con la garanzia della riservatezza né con la tutela dei diritti fondamentali alla libertà della persona nel tutelare il valore commerciale del "bene persona" che non intacca minimamente la libertà di espressione delle idee né il diritto all'informazione ed anzi a tal fine torna utilissima la disciplina dell'art. 97 della l.d.a. che potrebbe fungere da garanzia proprio della intangibilità del diritto alla intimità ed ai valori strettamente morali dell'essere umano, lasciando però che i diversi usi economici siano ugualmente tutelati anche secondo un ottica proprietaria, laddove non contrastino con la sfera morale della persona stessa. Non si rinviene una incompatibilità tra tutela morale e

patrimoniale della persona, al contrario pare possibile sostenere che l'una non esclude l'altra e che le due forme di tutela si completano dando alla persona, quale valore unitario, una tutela davvero piena.

[52] Si tratta poi di capire come e secondo quali regole: gli artt. 115 e ss l.d.a. oppure 93 e 96 l.d.a. o le generali regole della successione. A prima vista la tutela sembrerebbe offerta solo per gli aspetti morali del bene immagine, però è anche vero che il richiamo dell'art. 96 al 93 l.d.a. attribuisce la titolarità del consenso per la riproduzione del ritratto dopo la morte del de cuius al coniuge, ai figli o in loro mancanza ai genitori ed in assenza di questi ai fratelli e sorelle ed infine ascendenti e discendenti fino al quarto grado, tale disposizione inoltre statuisce che è fatta comunque salva la volontà del defunto quando risulti da atto scritto. Preso atto del fenomeno di commercializzazione dei diritti della personalità ed inquadrati detti diritti (o almeno alcuni di essi, certo nome ed immagine) in un'ottica negoziale ne deriva la trasmissibilità post mortem, almeno per la loro accezione patrimoniale ferme restando le norme a tutela degli aspetti morali (secondo la classica dicotomia più volte richiamata e tipica del diritto di autore).

[53] Vi sono casi in cui i diritti della personalità restano assolutamente indisponibili perché afferenti valori essenziali la persona, quali l'onore, la reputazione, il decoro, il corpo (nei limiti delle lesioni permanenti ex art. 5 c.c.) etc.; ma vi sono anche altre utilizzazioni dei diritti della personalità che non ledono gli interessi della persona ma anzi ne valorizzano le potenzialità anche economiche (si pensi ai vari contratti di merchandising, di attore, di esecutore, di sportivo etc.).

[54] L'identità personale, quindi, attiene alla proiezione del sé nel sociale. Alla base della sua violazione non vi è alcuna offesa, ma solo una distorta rappresentazione della personalità, dei suoi tratti e dei comportamenti che la caratterizzano. Dal punto di vista della cronaca, la lesione del diritto all'identità personale si sostanzia in una violazione del requisito della verità. Non dà luogo ad un reato, ma produce comunque quel danno ingiusto presente in ogni lesione di un diritto della personalità. Un illecito civile, che legittima una richiesta di risarcimento danni perché riconducibile a "qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto" (art. 2043 del codice civile). Noto il caso del professor Veronesi che si vide attribuite indicazioni sulla poca dannosità di un tipo di sigarette, e ciò, ovviamente, non corrispondeva al vero essendo la frase pronunciata dal Veronesi stata estrapolata e decontestualizzata. Ciò lese la sua identità personale e la Corte di Cassazione, a conferma la sentenza di appello, affermò che "Esiste un diritto all'identità personale quale interesse giuridicamente protetto a non veder travisato o alterato il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, scientifico, ideologico, professionale; tale diritto è riconducibile all'art. 2 Cost." nonché "L'interesse della persona, fisica o giuridica, a preservare la propria identità personale, nel senso di immagine sociale, cioè di coacervo di valori (intellettuali, politici, religiosi, professionali ecc.) rilevanti nella rappresentazione che di essa

viene data nella vita di relazione, nonché, correlativamente, ad insorgere contro comportamenti altrui che menomino tale immagine, pur senza offendere l'onore o la reputazione, ovvero ledere il nome o l'immagine fisica, deve ritenersi qualificabile come posizione di diritto soggettivo, alla stregua dei principi fissati dall'art. 2 cost. in tema di difesa della personalità nella complessità ed unitarietà di tutte le sue componenti, ed inoltre tutelabile in applicazione analogica della disciplina dettata dall'art. 7 c.c. con riguardo al diritto al nome, con la conseguente esperibilità, contro i suddetti comportamenti, di azione inibitoria e di risarcimento del danno, nonché possibilità di ottenere, ai sensi del comma 2 del citato art. 7, la pubblicazione della sentenza che accolga la domanda, ovvero, se si tratti di lesione verificatasi a mezzo della stampa, anche la pubblicazione di una rettifica a norma dell'art. 42 della l. 5 agosto 1981 n. 416." Cass. 22 giugno 1985, n. 3769, in Giust. civ. Mass. 1985, fasc.6, Giust. civ. 1985, I, 3049, Foro it. 1985, I,2211., Dir. informatica 1985, 965.

[55] In greco persona è pròsopon (davanti agli occhi) ad indicare l'attore teatrale che porta la maschera e dunque non designa affatto l'uomo bensì il personaggio. Anche in latino (Istituzioni di Gaio, Gai, I, 8) persona è la maschera. Nel pensiero Cristiano invece, Pròsopon assume progressivamente un significato "moderno". Infatti, la nozione vicina alla attuale concezione di persona sarebbe stata introdotta dal Cristianesimo nel linguaggio colto e quindi in quello comune. In età classica il termine persona, nel senso di essere umano, fu in uso con valore tecnico tra i giuristi romani. In epoche più antiche, sempre in ambito giuridico si trova, con lo stesso senso, homo. Il più probabile significato originario di persona fu quello dunque di maschera teatrale; che può essere avvicinato al senso ed alla funzione della tutela dello pseudonimo ex art. 9 c.c. .

[56] Se un tempo si riteneva di dover tutelare unicamente l'identità personale di un soggetto ormai bisogna ritenere che detta identità altro non sia che il patrimonio dell'essere umano inteso come insieme di valori etici e sociali sottesi la persona e che confluiscono nel valore unitario di persona appunto; trovando il proprio apparato di tutela nelle disposizioni codicistiche di cui agli artt. 6, 7 e 10 c.c. e nel diritto di autore.

[57] Il tutto seguendo l'evoluzione proprio del diritto alla riservatezza che, come visto, da diritto "ad essere lasciati soli" è giunto al diritto a controllare le proprie informazioni (la c.d. autodeterminazione informativa), anche considerandole beni in commercio (es. per una banca dati).

[58] È stata rilevata la sempre maggiore importanza dell'interpretazione c.d. adeguatrice della Costituzione e la sempre minore importanza di quella letterale, Ferranti, L'interpretazione della norma civile, in Giuliani-Palazzo-Ferranti, Torino, 1966, 172 ss., l'autore rivela che nella giurisprudenza attuale è convinzione diffusa che il giudicante abbia il dovere di individuare di volta in volta il significato che una norma viene

ad assumere nell'attuale contesto storico sociale ed a tale fine deve esaminare: a) l'interpretazione data alla norma (diritto vivente); b) le eventuali mutate esigenze cui la norma deve necessariamente essere adeguata al fine della sua utilità ordinamentale; c) l'operazione interpretativa deve svolgersi in relazione alle istanze socio-economiche, la cui rilevanza si sia manifestata nell'ordinamento e che in esso abbiano trovato adeguato compimento, sicché il compito del giudice può dirsi concluso laddove il risultato del processo logico-interpretativo si rivela in sintonia con quelle che sono le esigenze attuali dell'ordinamento giuridico e queste discendono sia dai principi costituzionali, che da quelli comunitari. Appare pertanto chiaro come ci si trovi ormai innanzi ad un bivio: da una parte la possibilità di una collocazione nell'alveo dei diritti dalla natura esclusivamente personale intesa cioè a riconoscere solo l'aspetto morale della personalità (dunque secondo la teoria "classica" dei diritti della personalità), dall'altra la possibilità che al contrario - con un notevole senso della realtà e consci che il diritto non è una disciplina cristallizzata ma un corpus con una struttura rigida ma componenti necessariamente adattabili - si riconosca, accanto ad una irrinunciabile valenza morale una accezione patrimoniale del diritto della personalità inteso quale valore anche disponibile; si riconosce cioè la sussistenza di due diversi ed autonomi diritti che traggono origine da due diverse esigenze e sono volti ad esprimere e raggiungere due diverse finalità che, l'una morale l'altra economica, trovano una matrice comune ed una sintesi alta nell'individuo e sono dunque due differenti espressioni della persona, del suo ingegno, del suo carattere e del suo "essere" metafisico, entrambe parimenti degne di tutela, secondo i principi del nostro ordinamento, perché entrambe costitutive la personalità umana che necessita una salvaguardia completa.



***Impatto delle violazioni online del copyright prive di scopo di lucro  
su economia e creazione di opere***

di  
**Paolo Brini, Marco Scialdone**

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. La natura degli studi; 3. Libri; 4. Musica; 5. Film; 6. Gli studi presentati dalle major; 7. Conclusioni.

1. Introduzione.

Le tecnologie che consentono la diffusione delle informazioni e dei contenuti su Internet sono state accolte con diffidenza dall'industria musicale e cinematografica, analogamente a quanto avvenuto in passato con riferimento all'introduzione sul mercato dei televisori, dei telecomandi per i televisori, dei nastri magnetici e dei videoregistratori [1].

Si consideri, ad esempio, la forza con cui IFPI (International Federation of the Phonographic Industry), nei suoi rapporti annuali, ha affermato l'esistenza di una correlazione causale fra la condivisione del materiale protetto da copyright e il declino delle vendite dei supporti musicali, partendo dall'assunto secondo cui ogni copia o download non autorizzato equivalga ad una vendita perduta [2].

Tuttavia, a parere di chi scrive, l'industria dell'intrattenimento ha finora fallito nel proporre studi scientifici che siano davvero in grado di dimostrare sia l'assunzione che la correlazione causale sopra citate.

Ciò che, al contrario, risulta inequivocabile è che *“what we know about media piracy usually begins, and often ends, with industry-sponsored research”* [3].

Nel prosieguo della trattazione si darà conto, allora, dell'esistenza di un'ampia serie di studi da cui è possibile evincere che:

- 1) l'implicazione “copia non autorizzata→vendita mancata” è falsa;
- 2) le violazioni di massa del copyright prive di scopo di lucro hanno un ruolo benefico nei confronti della creatività e della nascita di nuove opere;
- 3) non esiste allo stato attuale alcuna prova per cui le predette violazioni rappresentino un danno per l'economia globale;
- 4) esistono correlazioni dirette e causali fra violazioni del copyright e benefici economici agli artisti.

La selezione degli studi è stata operata in ragione del numero di citazioni ricevute in pubblicazioni scientifiche peer-reviewed. Per comodità si è provveduto a suddividere i contenuti soggetti a copia non autorizzata in tre settori, senza avere la pretesa di tracciare netti confini fra di essi: libri, musica e film.

Infine, tramite l'analisi dello studio chiave BASCAP/TERA, attualmente portato all'attenzione dei decisori italiani ed europei, si è cercato di dimostrare come le argomentazioni dell'industria dell'intrattenimento si

basino su macroscopici errori scientifici tali da invalidarne le conclusioni.

## 2. La natura degli studi.

La gran parte degli studi si basa su interviste ad un campione statisticamente significativo. Pochi sono gli studi disponibili che si fondino su un'osservazione diretta dei contenuti effettivamente copiati e scaricati online ed essi sono stati condotti essenzialmente attraverso l'osservazione del funzionamento di applicazioni oramai obsolete. Occorre considerare, infatti, che esiste un'oggettiva e crescente difficoltà tecnica nell'osservazione diretta delle copie online. Dagli inizi del millennio un progressivo inasprimento delle legislazioni nazionali contro la condivisione online di materiale protetto ha provocato uno spostamento verso applicazioni e protocolli più difficili da monitorare. Negli ultimi anni, inoltre, si è assistito ad un progressivo aumento di utilizzo di tecniche di offuscamento e cifratura che rendono impossibile, anche teoricamente, condurre studi basati su osservazioni dirette.

Appare lecito ipotizzare che all'aumentare dell'*enforcement* questo trend sarà confermato o accelerato. Potrebbe rivelarsi impossibile, a livello di ISP nazionali e router di frontiera, identificare e discernere il traffico che viola il copyright da quello che non lo viola, rendendo quindi gli studi diretti impossibili da condurre. In questo scenario, le ricerche statistiche con interviste a campioni significativi sono le uniche sulle quali basarsi.

La totalità delle ricerche è piuttosto recente (dal 2005 al 2010) e coincide con il periodo di diffusione di massa del file sharing. La pressione legale portata contro i servizi centralizzati come Napster, chiuso nel 2002, ha accelerato e favorito la diffusione della condivisione di massa di opere protette dal copyright.

## 3. Libri.

Nel periodo 2002-2007, la pubblicazione di nuovi libri ha conosciuto un incremento del 66%, coincidente con l'inizio delle condivisioni di massa [4].

Nel 2002 Tim O'Reilly scriveva che la minaccia più seria per un autore non è essere copiato, ma essere sconosciuto e che *"Piracy is a kind of progressive taxation, which may shave a few percentage points off the sales of well-known artists (and I say 'may' because even that point is not proven), in exchange for massive benefits to the far greater number for whom exposure may lead to increased revenues."*[5].

In un arco pluriennale di osservazioni si è notato che, a parità di tutti gli altri fattori, i libri condivisi nei network p2p in coincidenza alla distribuzione nelle librerie (o in leggero anticipo), beneficiano, rispetto ai libri non condivisi, di un incremento medio di vendite del 19,1% nel periodo iniziale di promozione e di un incremento medio del 6,5% nelle 4 settimane successive alla promozione [6].

A ciò aggiungasi che la condivisione online di libri protetti da copyright ha reso accessibili tali opere alle persone con disabilità della vista o alla

lettura. In assenza di adeguate eccezioni o limitazioni del copyright o in assenza della loro implementazione, tali soggetti hanno trovato nelle opere già digitalizzate e quindi convertibili o immediatamente leggibili con appositi software di lettura, “una galassia” di cultura ed intrattenimento precedentemente a loro negata [7].

L'impatto globale della pirateria online (priva di scopo di lucro) sui libri appare essere, in buona sostanza, ampiamente positivo sia sotto il profilo squisitamente economico, che sotto quello culturale e sociale.

#### 4. Musica.

Partendo dal dato relativo al numero di album prodotti nel 2000, anno in cui la condivisione di musica tramite Napster cominciò ad assumere proporzioni significative, gli studi presi in considerazione evidenziano come siffatto numero sia cresciuto nel corso dell'ultimo decennio in una percentuale superiore al 100% [8].

La valutazione dell'impatto della pirateria *online* priva di scopo di lucro, e quindi di una causalità fra “download” e “vendite”, origina un serio problema di endogeneità, che impone di scartare qualsiasi studio che si basi su congetture non confortate dai dati [9]. In particolare, come verrà analizzato più a fondo nel prosieguo, il GAO, nello studio citato in nota 9, coerentemente ad un corretto approccio scientifico, qualifica come completamente inaffidabili gli studi commissionati dalle *major* per dimostrare un presunto danno economico.

Per eliminare il bias di endogeneità alcune ricerche hanno fatto ricorso ad una combinazione di interviste su un campione significativo ed osservazioni empiriche dirette, evitando accuratamente qualsiasi congettura o assunzione aprioristica. Da un punto di vista scientifico e razionale solo queste ricerche possono essere considerate rappresentative e/o significative.

Boorstin [10], nel 2004, è stato il primo ad organizzare una ricerca che tenesse conto sia delle differenze di età sia della capacità di spesa di coloro che condividono *online* materiale protetto da copyright. Le conclusioni dello studio sono che esiste un impatto negativo per la vendita dei CD nelle persone con un'età minore di 24 anni e positivo per quelle di età maggiore. Siccome la seconda categoria ha una capacità di spesa superiore, l'effetto totale della pirateria online priva di scopo di lucro è un aumento delle vendite dei CD. La ricerca cita inoltre numerosi fattori per il declino del CD, fra i quali obsolescenza, scarsa praticità, nuove abitudini sociali basate su tecnologie differenti.

Nel 2009 il governo olandese ha commissionato uno studio vasto ed approfondito [11], basato simultaneamente su indagini presso le industrie, *review* scientifica della letteratura esistente ed interviste ad utilizzatori di Internet di età maggiore di 14 anni. Lo scopo dello studio era quello di dare risposte quantitative in merito all'impatto della condivisione online di musica, cinema e videogames.

Dallo studio è emerso che il 44% della popolazione olandese condivide abitualmente *online* opere protette da copyright. Nell'ambito della

percentuale da ultimo richiamata, le persone con età compresa fra 15 e 24 anni spendono globalmente, nei mercati considerati, quanto il resto della popolazione non dedita alla condivisione, mentre le persone con più di 24 anni spendono di più di coloro che non condividono. Analizzando le abitudini di spesa dei “condivisori”, si è calcolato un aumento di spesa nell'intrattenimento di circa 100 milioni di euro all'anno, con conseguenti forti benefici per il mercato in generale, per gli artisti e per il welfare.

Nel campo musicale, lo studio evidenzia uno spostamento della spesa a favore dei servizi online e dei concerti dal vivo, questi ultimi capaci di garantire guadagni considerevolmente maggiori agli artisti e considerevolmente minori alle major (per un concerto dal vivo, un artista contrattualizzato con una major è remunerato per il 20-50% del prezzo lordo del biglietto, a fronte dello 0,1-2% del prezzo lordo di un CD).

Lo studio olandese, in ultima istanza, conferma le conclusioni di Boorstin in merito allo spostamento delle consuetudini sociali nella spesa per l'intrattenimento e per la cultura, aggiungendo un'analisi quantitativa di quanto esattamente un “*pirata online*” spenda di più rispetto ad un “*non-pirata*”.

Una ricerca concentrata sui CD e sulle reti p2p è quella canadese di Andersen e Frenz del 2007 in collaborazione con Decima Research [12] e finanziata dall'industria, basata su un campione di oltre 2100 persone (campione statisticamente rappresentativo della popolazione canadese) con confronti sui dati ufficiali di vendita. Le conclusioni della ricerca sono di una correlazione fra file sharing e aumento delle vendite dei CD, in particolare è possibile calcolare con buona precisione che ogni 12 canzoni scaricate le vendite aumentano di 0,44 CD.

Una ricerca giapponese del 2004 concentrata sull'utilizzo di Winny [13] e vendite di CD giunge a conclusioni analoghe [14]. La ricerca è interessante perché Winny è stata una delle prime applicazioni a consentire il file sharing criptato ed anonimo, con conseguente garanzia pressoché assoluta di “impunità” per l'utilizzatore. La ricerca trova una correlazione fra utilizzo di Winny per condivisione di musica e l'aumento di vendite dei CD.

Una più recente ricerca inglese del 2008 concentrata esclusivamente sui giovani di fascia di età compresa fra 14 e 24 anni mostra che il 61% del campione di 1808 cittadini pratica regolarmente file sharing. Gli individui di questa frazione spendono più in musica rispetto agli altri, con una differenza sostanziale di spesa a favore dei concerti dal vivo: 50% in CD e 50% in concerti dal vivo [15].

IPSOS Allemagne ha condotto nel 2009 un'estesa ricerca internazionale su 12 paesi (Cina, India, Brasile, Francia, Germania, Regno Unito, Italia, Giappone, Russia, Spagna, USA, ed Emirati Arabi Uniti) su un campione di 6500 persone concentrata sui rapporti fra *file sharing* di musica e film e abitudini di spesa. Il risultato è che coloro che condividono online spendono di più di coloro che non lo fanno, con alcuni casi particolarmente interessanti come quello tedesco in cui i “condivisori”

spendono quasi il triplo (in musica online legale e CD) dei non-condivisori [16].

Nel 2006 la Fondazione Luigi Einaudi ha pubblicato un rapporto di ricerca dal titolo *“I comportamenti di consumo di contenuti digitali in Italia. Il caso file sharing”* [17]. Come è possibile leggere nell'introduzione dello studio, *“Lo scopo della ricerca è stato quello di valutare i comportamenti di consumo degli utenti internet italiani con particolare attenzione a tre tipologie di navigatori: coloro i quali non hanno scaricato contenuti da internet (non downloader), coloro che hanno scaricato da internet prevalentemente contenuti a pagamento (downloader pay) e coloro che hanno scaricato da internet prevalentemente in modalità gratuita da altri utenti, ovvero tramite file sharing (downloader free). Su una base di 1600 utenti internet italiani rappresentativi dell'intera popolazione internet nazionale, sono così suddivisi: non downloader 67% (1075 rispondenti), downloader pay 7% (119 rispondenti) e downloader free 25% (406 rispondenti)”*.

Orbene a consumi culturali bassi o nulli si associa prevalentemente una tipologia di utente *non-downloader*, mentre alla categoria di consumi culturali medio-alti si associa la tipologia di utente *downloader*, con uno scarto di soli 4 punti percentuali tra *downloader free* (22%) e *downloader pay* (26%).

Il dato della propensione all'acquisto risulta, altresì, particolarmente significativo: secondo la ricerca i *downloader free* hanno una propensione all'acquisto positiva nel 47% dei casi, percentuale che diventa pari al 76% se si considera anche la propensione bassa.

Se si guarda, poi, agli effetti delle pratiche di downloading sui consumi culturali, con particolare riferimento ai contenuti musicali (ovvero l'acquisto medio di CD/mese e la fruizione di media di eventi musicali/anno) i risultati sono ancora più sorprendenti.

I comportamenti relativi al “consumo musicale” risultano in larga parte riequilibrati [18], sia per i *downloader pay* che per i *free*: rispettivamente nel 60% e 62% dei casi il ricorso ai contenuti musicali digitali ha riconfigurato i precedenti comportamenti di acquisto senza provocare sostanziali sconvolgimenti. Comportamenti che si sono modificati invece con una tendenza alla diminuzione nel 30% circa dei casi intervistati in entrambe le tipologie di *downloader*; percentuale parzialmente recuperata da una minore tendenza all'aumento dei consumi (rispettivamente il 9% dei *downloader pay* e il 7% dei *downloader free*).

In conclusione, gli studi sopra riportati dimostrano l'inesistenza di una correlazione causale fra pirateria *online* priva di scopo di lucro e danno nelle vendite dell'offerta legale. Esiste, al contrario evidenza che i *downloader free* abbiano una più alta propensione all'acquisto rispetto ai non *downloader*, e una propensione all'acquisto sostanzialmente identica ai *downloader pay*.

## 5. Film.

È nel biennio 2003/2004 che inizia in maniera sostenuta la condivisione, oltre che dei brani musicali, anche dei film grazie all'evoluzione degli algoritmi di compressione DivX e XviD e all'aumento di larghezza di banda disponibile, fenomeno che ha assunto proporzioni di massa fra il 2006 e il 2008. Nel 2009 il numero di film prodotti dalle major è aumentato del 30% rispetto al 2003 [Oberholzer-Gee/Strumpf 2009, già citato in nota 4], mentre gli incassi globali al botteghino hanno conosciuto un trend positivo, fino all'esplosione del 2009 e soprattutto del 2010, anno che ha segnato il record di tutti i tempi (record non solo assoluto, ma confermato anche applicando correzioni legate a inflazione e potere d'acquisto) degli incassi al botteghino (dati ufficiali MPAA, 2011), a dispetto di una profonda crisi economica mondiale.

I condivisori di film spendono di più dei non condivisori nell'acquisto di DVD e BluRay e vanno al cinema più spesso; invece, non appaiono interessati al noleggio dei film [Huygen, 2009, studio citato in nota 11]. Smith & Telang non trovano invece correlazioni fra condivisione dei film e acquisto dei DVD; la condivisione in violazione del copyright non influisce, né positivamente né negativamente, sulla vendita dei film in DVD [19].

Una ricerca di Magid Associates Inc. evidenzia come i condivisori siano i migliori clienti di Hollywood. Lo studio si concentra sugli utilizzatori di Vuze, un importante client BitTorrent. La spesa, considerevolmente maggiore dei condivisori rispetto ai non-condivisori, si concentra soprattutto su biglietti del cinema (+34%), acquisto di DVD (+24%), noleggio di film (+34%). Lo studio inoltre mette in evidenza come i condivisori siano importanti "*opinion leaders*" con il potere di influenzare le decisioni di acquisto di vasti circoli sociali online [20].

Tornando in Italia, sempre lo studio della Fondazione Einaudi, citato nel paragrafo precedente, evidenzia come rispetto ai contenuti video, nel complesso, il ricorso al *downloading* abbia un impatto limitato per quanto riguarda i consumi culturali anche al differenziarsi dell'utenza.

A ciò aggiungasi che circa 1/5 del campione (23%) intervistato ha affermato di scaricare film recenti ma non nuovi: solo il 13% ha dichiarato di scaricare prime visioni mentre l'11% rappresenta il gruppo dei cinefili, ovvero di chi scarica film considerati classici.

Anche in questo caso solo una parte del campione sembra affermare di usare le reti per il file sharing come alternativa o integrazione all'offerta audiovisiva tradizionale, mentre la parte più consistente dei *downloader free* lo considera come possibilità di accesso a prodotti che sono stati soggetti a un rapido *turnover* e su cui non ci si è concentrati a sufficienza.

In buona sostanza, la pratica del file sharing connessa a prodotti video non appare danneggiare le vendite di DVD e BluRay: al contrario, almeno due ricerche indipendenti, condotte su campioni diversi e con diverse metodologie, trovano una correlazione fra pirateria e aumento di vendite di DVD e BluRay.

Infine, allo stadio attuale sono necessarie più ricerche scientifiche per poter stabilire se esiste una correlazione causale (e se esiste, se essa è positiva o negativa) fra pirateria online e noleggio di film. L'oggetto dello studio è particolarmente difficile in quanto il mercato dei noleggi (sia online sia offline/"fisico") appare essere fortemente influenzato da una grande quantità di variabili in evoluzione molto rapida (offerte TV via cavo, offerte TV via satellite, Internet TV ecc.).

6. Gli studi presentati dalle major.

Una nota particolare meritano i cinque "studi" sui cui le major si basano per sostenere la tesi opposta a quella che emerge dalle ricerche fin qui citate.

Quattro di essi (Norbert Michael, *The Impact of Digital File-Sharing on the Music Industry: An Empirical Analysis*, 2006; Rob & Waldfogel, *Piracy on the High C's*, 2006; Alejandro Zenter *Measuring the Effect of File Sharing on Music Purchases*, 2003; Liebowitz, *File-Sharing: Creative Destruction or Just Plain Destruction?*, 2006) sono facilmente classificabili come privi di affidabilità in quanto non soddisfano i requisiti basilari di una ricerca scientifica. Nello specifico, essi:

1. fanno congetture in assenza di un insieme di dati sperimentali osservati/raccolti;
2. sono viziati da errore di endogeneità;
3. non considerano, né qualitativamente né quantitativamente, il mercato delle *indies*, che per numero di "album" rilasciati rappresenta la schiacciante maggioranza (80%) della totalità della musica offerta.

Tali carenze sono state, altresì, messe in evidenza dal rapporto del GAO già citato in precedenza (v. nota 9), in cui è dato leggere: "*some experts and literature also identified some potential positive effects of counterfeiting and piracy*"; "*three widely cited U.S. government estimates of economic losses resulting from counterfeiting cannot be substantiated due to the absence of underlying studies*"; "*Commerce and FBI officials told us they rely on industry statistics on counterfeit and pirated goods and do not conduct any original data gathering to assess the economic impact of counterfeit and pirated goods on the U.S. economy or domestic industries. However, according to experts and government officials, industry associations do not always disclose their proprietary data sources and methods, making it difficult to verify their estimates*".

Il GAO aggiunge che gli studi che si basano su metodi standard econometrici comprensivi di moltiplicatori economici e/o modelli di equilibrio parziale non hanno valore, in quanto quei metodi sono inapplicabili quando si deve escludere l'endogeneità. Nel caso degli studi citati, il problema dell'endogeneità è palese quando si assume un rapporto di causa (download)-effetto (diminuzione vendite) tramite congetture arbitrarie - per fare un esempio banale, l'assunzione a priori - in assenza di dati - che il download di un brano causi la mancata

vendita di un intero album. Prima di stabilire una relazione di causa-effetto fra due variabili, occorre stabilire se esse sono dipendenti fra loro esclusivamente, o se sono indipendenti, oppure se sono dipendenti sia fra loro sia da altre variabili.

Il recentissimo “studio” BASCAP/TERA [21], attualmente sottoposto all'attenzione della Commissione Europea e del Parlamento Europeo, è un esempio lampante di studio pilotato per sostenere tesi stabilite a priori.

Due sono gli errori basilari che debbono da subito essere evidenziati: in primo luogo, la pirateria interna può certamente causare perdite a specifici settori industriali, ma queste non sono necessariamente perdite per l'intera economia nazionale. All'interno di un dato sistema economico, infatti, la pirateria è una *riallocazione* di reddito, non una perdita: il denaro risparmiato su CD o DVD viene speso in altri beni (cibo, vestiti, altro intrattenimento, ecc.)

In secondo luogo, i numeri sulle perdite di posti di lavoro di TERA portano ad assumere che le perdite da pirateria ricadano solo sulle compagnie europee. Per film, musica e software, tuttavia, questo è palesemente errato. Gli studios di Hollywood controllano l'80% del mercato dei film nell'Unione Europea. Microsoft e molte altre compagnie americane di software hanno una quota di mercato ancora più alta nelle categorie chiave del software di produttività. L'impronta globale di molte di queste compagnie rende la suddivisione dei flussi di reddito difficile, ma la dinamica sovrastante è semplice: per le importazioni di proprietà intellettuale, le vendite legali rappresentano un flusso in uscita per l'economia nazionale. La pirateria della proprietà intellettuale importata, per contrasto, rappresenta un guadagno di benessere nella forma di accesso espanso a beni di valore. Nei film e nel software, i paesi europei sono principalmente importatori di proprietà intellettuale. Nel caso più complicato della musica, uno studio molto credibile finanziato dal governo olandese ha stimato che l'impatto benefico della pirateria musicale in Olanda abbia un valore positivo di 100 milioni di euro [Huygen et al., 2009, già citato in nota 11].

Lo studio di TERA conferma esso stesso le perplessità sopra manifestate allorquando nell'ultimo paragrafo dell'appendice finale così si esprime: *“per risultare pienamente consistenti, avremmo dovuto considerare i prodotti pirata nella proporzione locale/estero (per tutti i prodotti creativi considerati), ma questi dati non erano disponibili”*. Questa omissione finisce per rendere assai discutibile l'intera analisi [22].

## 7. Conclusioni.

Nel novembre 2010 il primo ministro inglese, David Cameron, annunciò la realizzazione di uno studio indipendente sul rapporto tra proprietà intellettuale ed innovazione.

Nel maggio 2011 il rapporto, scritto con il contributo di un *panel* di esperti di livello internazionale coordinati dal Prof. Ian Hargreaves, è stato reso pubblico [23].

Con una certa soddisfazione chi scrive ha potuto riconoscere in esso quelle preoccupazioni più volte manifestate (e ribadite anche nel presente contributo) in merito alla c.d. *“retorica della pirateria”*, una retorica fondata su studi di dubbio valore scientifico ed alimentata ad arte al solo scopo di esercitare pressioni sui Governi per ottenere normative sempre più stringenti in materia di copyright.

Nello studio, correttamente denominato *“digital opportunity”*, si può leggere: *“Our intellectual property framework will face further significant pressure to adapt in the coming years, as we make our way into the third decade of the commercial internet. We urge Government to ensure that in future, policy on Intellectual Property issues is constructed on the basis of evidence, rather than weight of lobbying, and to ensure that the institutions upon which we depend to deliver intellectual property policy have clear mandates and adaptive capability. Without that, the pile of IP reviews on the Government’s doorstep – four in the last six years – will continue to accumulate”*.

Abbiamo davvero bisogno che le politiche in materia di proprietà intellettuale siano basate su numeri reali e non sul peso specifico di una lobby o di un settore industriale.

Da qui la necessità di un'operazione trasparenza sui dati che, nel corso dell'ultimo decennio, sono stati forniti sul fenomeno della condivisione non a scopo di lucro di materiale protetto dal diritto d'autore, giacché è su di essi che si sono basati gli interventi normativi adottati.

Va da sé che il sovradimensionamento del fenomeno e del suo impatto economico ha generato e continua a generare [24] risposte del tutto spropositate, tali da entrare non di rado in conflitto con altri fondamentali diritti dell'individuo come quello alla riservatezza nelle comunicazioni elettroniche, come la libertà di espressione, come l'accesso alla cultura.

Alla luce di quanto sopra risuonano quanto mai vere le parole di un celebre giurista italiano, magistrato della Suprema Corte di Cassazione e padre dell'Informatica Giuridica in Italia, Renato Borruso, secondo cui *“la vera comprensione del diritto, quale che sia il suo oggetto, implica sempre la conoscenza, prima ancora che delle norma, del fenomeno, inteso come fatto di vita e di esperienza che la norma vuole regolamentare: altrimenti non si è veri giuristi, ma soltanto legulei”* [25]. Speriamo davvero che, tanto nei confini nazionali che al di là degli stessi, chiunque (sia esso un'autorità amministrativa, un giudice, o il Parlamento) sarà chiamato ad operare in un contesto così difficile come quello della tutela delle opere dell'ingegno nelle reti di comunicazione elettronica, sappia comportarsi da vero giurista e non quale piccolo leguleio.

*Il presente articolo è licenziato CC By-NC-SA <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/it/> ed è apparso originariamente in AA.VV., “Libro Bianco su Diritti d’Autore e Diritti fondamentali nelle rete Internet”, a cura di Fulvio Sarzana, edito da*

*Fakepress, Roma 2011. Il volume è liberamente scaricabile su [www.computerlaw.it](http://www.computerlaw.it)*

-----  
 Note:

[1] Negli anni '50 e '60 feroce fu la battaglia contro la televisione, giacché avrebbe portato alla morte del cinema, così come negli anni '80, la campagna “home taping is killing music” ([http://en.wikipedia.org/wiki/Home\\_Taping\\_Is\\_Killing\\_Music](http://en.wikipedia.org/wiki/Home_Taping_Is_Killing_Music) link controllato il 4 giugno 2011) contro i nastri magnetici. Si pensi, ancora, alla battaglia legale negli U.S.A. per proibire la vendita dei videoregistratori (Sony Corp. Of America vs. Universal Studios et al., Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, per maggiori informazioni consultare

[http://en.wikipedia.org/wiki/Sony\\_Corp.\\_of\\_America\\_v.\\_Universal\\_City\\_Studios,\\_Inc](http://en.wikipedia.org/wiki/Sony_Corp._of_America_v._Universal_City_Studios,_Inc). Link verificato il 4 giugno 2011).

[2] IFPI denuncia, altresì, un calo degli investimenti nel settore musicale sempre causato dalle violazioni online del copyright. Sul punto cfr. IFPI, Digital Music Report 2010, <http://www.ifpi.org/content/library/DMR2010.pdf> (link verificato in data 4 giugno 2011)

[3] “Quello che conosciamo della “pirateria dei media” normalmente inizia, e spesso finisce, con le ricerche sponsorizzate dalla stessa industria dell'intrattenimento”. La citazione è tratta dallo studio Media Piracy in emerging economies, il primo studio indipendente su larga scala relativo al tema della pirateria audiovideo nelle economie dei paesi emergenti, con focus su Brasile, India, Russia, Sud Africa, Messico e Bolivia. Lo studio può essere consultato al seguente indirizzo <http://piracy.ssrc.org>. (link verificato il 4 giugno 2011).

[4] Cfr. Felix Oberholzer-Gee e Koleman Strumpf, File-Sharing and Copyright, in Innovation Policy and the Economy, vol. 10, 2010, pp. 19-55, National Bureau of Economic Research Series.

[5] Cfr. Tim O'Reilly, Privacy is a progressive taxation and other thoughts on the evolution of online distribution, pubblicato il 12/11/2002 su [www.openp2p.com](http://openp2p.com), articolo consultabile al seguente indirizzo <http://openp2p.com/pub/a/p2p/2002/12/11/piracy.html>, link controllato il 4 giugno 2011

[6] O'Leary, Brian: Impact of P2P and Free Distribution on Book Sales, O'Reilly Media, 2009.

[7] Sul punto si rimanda agli atti del convegno “Meeting the Needs of the Visually Impaired Persons: What Challenges for IP?”, World Intellectual Property Organization”, Ginevra, 13 luglio 2009, [http://www.wipo.int/meetings/en/2009/vip\\_ge/program.html](http://www.wipo.int/meetings/en/2009/vip_ge/program.html), link controllato il 4 giugno 2011

[8] Cfr. Felix Oberholzer-Gee e Koleman Strumpf, op. cit. nota 4

- [9] Cfr. GAO (United States Government Accountability Office), Intellectual Property. Observations on Efforts to Quantify the Economic Effects of Counterfeit and Pirated Goods, April 2010, disponibile al seguente indirizzo <http://www.gao.gov/new.items/d10423.pdf>, link controllato il 4 giugno 2011.
- [10] Cfr. Boorstin, Eric S., Music Sales in the Age of File Sharing. Senior Thesis, Department of Economics, Princeton University, 7 April 2004, disponibile al seguente indirizzo <http://www.cs.princeton.edu/~felten/boorstin-thesis.pdf>, link controllato il 4 giugno 2011.
- [11] Cfr. Huygen, Annelies; Joost Poort, Nico van Eijk et al., TNO, SNO and IViR, commissioned by the Dutch Ministries of Education, Culture and Science, Economic Affairs and Justice (2009): Ups and Downs. Economic and cultural effects of file sharing on music, film and games, February 2009, disponibile all'indirizzo [http://www.ivir.nl/publicaties/vaneijk/Ups\\_And\\_Downs\\_authorized\\_translation.pdf](http://www.ivir.nl/publicaties/vaneijk/Ups_And_Downs_authorized_translation.pdf), link controllato il 4 giugno 2011.
- [12] Cfr. Andersen, Birgitte - Marion Frenz, The Impact of Music Downloads and P2P File-Sharing on the Purchase of Music: A Study for Industry Canada, 2007, disponibile all'indirizzo [http://www.ic.gc.ca/eic/site/ippd-dppi.nsf/vwapj/industrycanadapapermay4\\_2007\\_en.pdf/\\$file/industrycanadapapermay4\\_2007\\_en.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/ippd-dppi.nsf/vwapj/industrycanadapapermay4_2007_en.pdf/$file/industrycanadapapermay4_2007_en.pdf), link controllato il 4 giugno 2011.
- [13] Winny è un software giapponese che consente la condivisione di file tramite reti p2p, per maggiori informazioni si rimanda alla pagina di Wikipedia ad esso dedicata, <http://en.wikipedia.org/wiki/Winny>, link controllato il 4 giugno 2011.
- [14] Cfr. Tanaka, Tatsuo, Does file sharing reduce music CD sales? A case of Japan, Institute of Innovation Research, Hitotsubashi University, Working Paper #05-08, December 2004, disponibile all'indirizzo <http://www.iir.hit-u.ac.jp/iir-w3/file/WP05-08tanaka.pdf>, link controllato il 4 giugno 2011.
- [15] Bahanovich, David - Dennis Collopy, Music Experience and Behaviour in Young People, University of Hertfordshire, summer 2009, disponibile all'indirizzo [http://herts.academia.edu/DennisCollopy/Papers/175296/Music\\_Experience\\_and\\_Behaviour\\_in\\_Young\\_People](http://herts.academia.edu/DennisCollopy/Papers/175296/Music_Experience_and_Behaviour_in_Young_People), link controllato il 4 giugno 2011.
- [16] Cfr. IPSOS Allemagne, Connections ist eine globale Studie von Ipsos MediaCT zu Plattformen und Informationsquellen von Musik Video und Video Spielen, 2009
- [17] Lo studio è disponibile al seguente indirizzo [http://www.anica.it/online/attachments/033\\_filesharing\\_report.pdf](http://www.anica.it/online/attachments/033_filesharing_report.pdf), link controllato il 4 giugno 2011.
- [18] Nello studio il termine “riequilibrato” sta a significare che tra gli utenti c'è stato un effetto di riorganizzazione dei propri consumi: è diminuito il consumo di CD e aumentato quello dei concerti, o viceversa.

[19] M. D. Smith – R. Telang, *Competing with Free: The Impact of Movie Broadcasts on DVD Sales and Internet Piracy*, Carnegie Mellon University Working Paper, 2008, disponibile all'indirizzo [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1028306](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1028306), link controllato il 4 giugno 2011.

[20] Frank N. Magid Associates, Inc. "Introducing Hollywood's Best Customers", 2009, disponibile all'indirizzo <http://www.magid.com/sites/default/files/pdf/vuze.pdf>, link controllato il 4 giugno 2011.

[21] Lo studio è disponibile al seguente indirizzo <http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/BASCAP/Pages/Building%20a%20Digital%20Economy%20-%20TERA%281%29.pdf>, link controllato il 4 giugno 2011.

[22] Sul punto cfr., J. Karaganis, *Piracy and Jobs in Europe: Why the BASCAP/TERA Approach is Wrong*, disponibile al seguente indirizzo <http://blogs.ssrc.org/datadrip/wp-content/uploads/2010/03/Piracy-and-Jobs-in-Europe-An-SSRC-Note-on-Methods.pdf>, link controllato il 4 giugno 2011.

[23] <http://www.ipo.gov.uk/ipreview>, link controllato il 4 giugno 2011.

[24] Si pensi al dottrina del c.d. Three strikes che prevede finanche la disconnessione da Internet nel caso di ripetute violazioni del diritto d'autore. Tale pratica è stata condannata da un recente rapporto delle Nazioni Unite sui diritti umani ("While blocking and filtering measures deny access to certain content on the Internet, States have also taken measures to cut off access to the Internet entirely. The Special Rapporteur is deeply concerned by discussions regarding a centralized "on/off" control over Internet traffic. In addition, he is alarmed by proposals to disconnect users from Internet access if they violate intellectual property rights. This also includes legislation based on the concept of "graduated response", which imposes a series of penalties on copyright infringers that could lead to suspension of Internet service, such as the so-called "three strikes- law" in France and the Digital Economy Act 2010 of the United Kingdom.") Disponibile al seguente indirizzo

[http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HR.C.17.27\\_en.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HR.C.17.27_en.pdf), link controllato il 4 giugno 2011)

[25] R. Borruso, *L'informatica del diritto*, Milano 2004, p. 295.

***Nuovo orientamento del TAR Lazio in merito alla valutazione degli impegni in materia antitrust.***

**di  
Gilberto Nava, Elisabetta Grassi**

TAR Lazio, sezione I, sentenza n. 3964 del 9 maggio 2011

**Sentenza**

sul ricorso numero di registro generale 9640 del 2010, proposto da: Conto Tv S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Cardarelli, Filippo Lattanzi e Clelia Vitocolonna, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Giovanni Pierluigi da Palestrina, 47

***contro***

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12

***nei confronti di***

Sky Italia S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta, 142; Adiconsum, Associazione Difesa Consumatori e Ambiente; Mediaset S.p.a., non costituiti

***per l'annullamento***

della delibera dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, adottata il 07.07.2010, resa nel procedimento A407 con la quale ha stabilito di: a) rendere obbligatori per la società Sky Italia S.r.l. gli impegni presentati, ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/90, nei termini sopra descritti e allegati al presente provvedimento di cui fanno parte integrante; b) chiudere il procedimento nei confronti della società Sky Italia S.r.l., senza accertare l'infrazione, ai sensi dell'articolo 14 ter, comma 1, della legge n. 287/90;

di tutti gli atti connessi presupposti o conseguenti, incluse le delibere dell'AGCM: di avvio del procedimento n. 18932 del 2.10.2008; di proroga dei termini n. 20434 del 5.11.2009, n. 20736 del 4.2.2010, di pubblicazione impegni n. 20773 del 4.02.2010, n. di proroga dei termini n. 21161 del 26.05.2010, dei verbali di audizione redatti nel corso dell'iter procedimentale;

del risarcimento del danno con riserva di quantificazione in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Avvocatura Generale dello Stato;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sky Italia S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;  
 Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2011 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;  
 Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'adunanza del 7 luglio 2010, ha deliberato di:

rendere obbligatori per la società Sky Italia S.r.l. gli impegni presentati, ai sensi dell'art. 14 ter, co. 1, l. 287/1990, nei termini descritti nel provvedimento;

chiudere il procedimento nei confronti della società Sky Italia S.r.l., senza accertare l'infrazione, ai sensi dell'art. 14 ter, co. 1, l. 287/1990.

Di talché, l'emittente televisiva Conto TV ha proposto il presente ricorso, articolato nei seguenti motivi:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 14 ter l. 287/1990, della "Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14-ter della l. n. 287/90" assunta nell'adunanza del 12 ottobre 2006; dei considerando e degli artt. 9 e 27 del Regolamento 1/2003, eccesso di potere per difetto di presupposto e travisamento del fatto, motivazione insufficiente e contraddittoria, sviamento.

La ratio dell'istituto degli "impegni" è quella di consentire al soggetto destinatario della comunicazione di avvio di evitare il procedimento antitrust e sottrarsi all'indagine ed al provvedimento che accerta l'infrazione assumendo vincoli comportamentali sul mercato, tali da eliminare i profili concorrenziali oggetto dell'istruttoria, per cui gli "impegni" dovrebbero intervenire in una fase in cui l'istruttoria dell'Autorità non è stata compiuta, ma è stata appena iniziata e cioè, come dispone l'art. 14 ter l. 287/1990, entro tre mesi dall'avvio.

La disciplina comunitaria, invece, non prevede un termine specifico per la presentazione degli "impegni" da parte dell'indagata, ma dalla sua lettura emerge la necessità che quest'ultima debba replicare alle preoccupazioni espresse dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, vale a dire in un momento non molto distante dalla sua formulazione.

Gli impegni, pertanto, potrebbero essere presentati secondo una tempistica ragionevole rispetto al procedimento e non potrebbero essere utilizzati quale escamotage per sottrarsi alla sanzione.

Viceversa, nel caso di specie, la delibera di avvio del procedimento è del 2 ottobre 2008, gli impegni sono stati presentati in data 22 gennaio 2010 ed integrati il 30 marzo 2010 e la delibera di accettazione è stata adottata il 7 luglio 2010, e cioè in una fase più che avanzata dell'istruttoria, in un momento in cui sarebbe stato evidente il suo esito.

L'integrazione degli impegni non si sottrarrebbe al market test in quanto rappresenterebbe una modifica che giustifica una nuova fase di contraddittorio. D'altra parte, la stessa Autorità, con delibera del 26

maggio 2010 n. 21161, alla luce delle modifiche accessorie prestante da Sky il 30 marzo 2010, avrebbe prorogato il termine per la conclusione del procedimento di valutazione degli impegni per consentire il contraddittorio pieno con gli altri partecipanti, mentre Conto TV avrebbe appreso di tali modifiche solo con la comunicazione della delibera di accettazione.

Né, al fine di giustificare la tardività della presentazione degli impegni, può ritenersi che la delibera Agcom 233/2009 abbia avuto rilevanza condizionante il procedimento in questione.

Sky e l'AGCM avrebbero definito il contenuto degli impegni attraverso una modalità "concordata" e svolta ad insaputa delle altre parti interessate nel procedimento.

Il protrarsi dell'iter procedimentale oltre ogni ragionevole aspettativa e l'accettazione di impegni dopo due anni dalla delibera di avvio avrebbero permesso a Sky di continuare a perpetrare la sua condotta in tale periodo di tempo, discriminando Conto TV rispetto alle sue divisioni commerciali attraverso prezzi anticoncorrenziali per l'acquisto di prodotti da parte di terzi che la ricorrente non avrebbe potuto replicare.

L'accettazione degli impegni, in definitiva, pregiudicherebbe la ricorrente perché interviene in ritardo, perché non accertando l'illecito ostacola anche la tutela risarcitoria che si volesse intraprendere e perché comunque non assicura alcuna condotta anticompetitiva da parte di Sky. Violazione e falsa applicazione della decisione della Commissione del 2 aprile 2003 e degli impegni allegati, violazione e falsa applicazione dell'art. 82 CE, degli artt. 14 e 14 ter l. 287/1990, della "Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14-ter della legge n. 287/90", del 12 ottobre 2006 pubblicata sul Bollettino n. 39 del 16 ottobre 2006, dei considerando e degli artt. 9 e 27 del Regolamento 1/2003; eccesso di potere per difetto di istruttoria, di presupposto, per travisamento del fatto, per motivazione sufficiente e contraddittoria, irrazionalità, illogicità, sviamento.

Gli impegni, che devono riguardare l'oggetto dell'istruttoria ed essere idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali ipotizzati, per essere accettati dovrebbero produrre gli stessi risultati cui si addiverrebbe con l'adozione di una delibera di accertamento sulla condotta dell'indagata in termini di ripristino della situazione concorrenziale del mercato, per il passato e per il futuro e non potrebbero essere presentati a fronte di condotte che hanno consumato i loro effetti a meno che, rispetto ad esse, non siano in grado di rimuovere questi ultimi con efficacia retroattiva.

Né potrebbero risolversi nel mero adempimento di obblighi già imposti dal legislatore o da decisioni di altri organi amministrativi, interni o comunitari.

Essi, inoltre, dovrebbero portare ad una modifica del comportamento dell'indagata tempestiva e reale, tale da far cessare immediatamente l'abuso rispetto a tutti i rapporti in essere.

Viceversa, gli impegni presentati da Sky non risponderebbero a tali regole in quanto: sono inidonei a far venire meno retroattivamente gli effetti prodottisi dal 2007 ad oggi a causa della condotta anticoncorrenziale di Sky identificata dall'atto di avvio dell'istruttoria del 2 ottobre 2008; sono inidonei a produrre effetti sui contratti che Sky ha sottoscritto fino al 7 luglio 2010 con terzi ed in corso di esecuzione; si risolvono nell'adempimento di obblighi già imposti a Sky dalla decisione della Commissione e dall'Agcom.

L'Autorità, in altri termini, ometterebbe l'accertamento dell'infrazione a fronte di misure inidonee ad assicurare il venir meno dell'abuso, senza dire nulla rispetto alla condotta pregressa tenuta da Sky, giungendo a dichiarare che non vi sono profili anticoncorrenziali.

Diversamente, gli impegni accettati non pongono rimedio retroattivamente agli effetti provocati dalla condotta discriminatoria, non intervenendo sulle conseguenze anticompetitive delle pratiche, e non sono idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali delineati nella comunicazione di avvio dell'istruttoria, nè forniscono nuove garanzie per il rispetto del principio di non discriminazione nella fornitura dei servizi di accesso alla piattaforma satellitare.

L'Avvocatura Generale dello Stato e Sky Italia S.r.l., con ampie ed articolate memorie, hanno contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del gravame.

All'udienza pubblica del 9 marzo 2011, il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

## DIRITTO

1. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'adunanza del 2 ottobre 2008, ha deliberato l'avvio dell'istruttoria ai sensi dell'art. 14 l. 287/1990, nei confronti della società Sky Italia S.r.l., per accertare l'esistenza di una violazione dell'art. 82 del Trattato CE.

Con tale delibera, ha fatto presente che “i fatti e i comportamenti segnalati sembrano manifestare che Sky abbia applicato a Conto TV condizioni per la fornitura di simulcrypt e di altri servizi tecnici e in particolare corrispettivi a titolo di contribuzione ai costi comuni della piattaforma satellitare, che hanno un connotato discriminatorio, anche alla luce dei costi sottostanti”.

Ha soggiunto che “i corrispettivi periodici richiesti da Sky per la copertura dei costi comuni, che costituiscono una percentuale particolarmente elevata dei ricavi di Conto Tv e sono definiti in maniera non trasparente, appaiono discriminatori”; “ciò risulterebbe, in particolare, alla luce dell'offerta presentata dalla stessa Sky per l'acquisto dei diritti relativi alle partite di Serie B del Campionato 2007/08. Infatti, da tale offerta si desume che il 5% dei ricavi conseguiti dalla trasmissione degli eventi è ritenuta da Sky sufficiente a coprire i costi da essa sostenuti, e dunque anche la contribuzione ai costi comuni della piattaforma satellitare”.

Peraltro, ha ancora osservato l'Autorità, "risulta configurabile una condotta discriminatoria da parte di Sky anche nell'ipotesi in cui detta offerta non consentisse all'impresa la piena copertura di tutti i costi sottostanti, ivi compresi i costi comuni di piattaforma. In questo caso, infatti, Sky avrebbe di fatto riservato a se stessa condizioni di accesso alla piattaforma notevolmente meno onerose di quelle applicate a Conto Tv, ottenendo un indebito vantaggio nell'acquisizione dei diritti audiovisivi relativi agli incontri di Serie B e limitando in tal modo la capacità competitiva di Conto Tv nel mercato della pay-tv".

L'amministrazione procedente ha inoltre considerato che "l'impossibilità di accedere alla piattaforma satellitare di Sky a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie rappresenta, nell'attuale contesto di mercato, un ostacolo tale da impedire lo sviluppo di una effettiva concorrenza nel mercato della pay-tv, nella misura in cui limita l'accesso a nuovi concorrenti e la pressione competitiva esercitabile dalle emittenti satellitari già attive", osservando "che la contribuzione richiesta da Sky a Conto TV, in quanto calcolata in funzione dei ricavi derivanti da abbonamenti e dalle vendite di eventi in pay-per-view, rappresenta un costo variabile idoneo a riflettersi direttamente sui prezzi che l'emittente può praticare ai propri clienti. Pertanto, esso rappresenta uno strumento a disposizione dell'operatore dominante particolarmente efficace per incidere sulla capacità competitiva dei propri concorrenti e per limitare gli effetti benefici del confronto concorrenziale".

Gli ostacoli allo sviluppo di una effettiva concorrenza nel mercato della pay-tv, secondo l'Autorità "sono altresì idonei a generare un danno per i consumatori, in quanto possono tradursi sia in prezzi più elevati sia in una ridotta varietà e qualità della programmazione" ed "inoltre, i corrispettivi richiesti da Sky a Conto Tv possono avere prodotto conseguenze distorsive sulla concorrenza nei mercati a monte dell'acquisizione di contenuti audiovisivi quali, ad esempio, i diritti calcistici. In questo senso, occorre verificare se le condizioni economiche imposte a Conto Tv, rispetto a quelle praticate da Sky a se stessa o ad altri operatori terzi per servizi equivalenti, siano tali da pregiudicare la capacità della stessa Conto Tv di acquisire contenuti".

Per quanto evidenziato, l'AGCM, ha ritenuto che "le condizioni economiche imposte da Sky a Conto Tv per i servizi wholesale di accesso alla piattaforma satellitare, laddove ne fosse confermata la natura discriminatoria, sono suscettibili di configurare un abuso di posizione dominante di natura escludente volto a limitare lo sviluppo della concorrenza nel mercato italiano della pay-tv".

Nell'adunanza del 7 luglio 2010, l'Autorità ha deliberato di

- a) rendere obbligatori per la società Sky Italia S.r.l. gli impegni presentati, ai sensi dell'art. 14 ter, co. 1, l. 287/1990, nei termini descritti nel provvedimento;
- b) chiudere il procedimento nei confronti della società Sky Italia S.r.l., senza accertare l'infrazione, ai sensi dell'art. 14 ter, co. 1, l. 287/1990.

La determinazione è stata assunta sulla base delle seguenti valutazioni degli impegni:

“Nel valutare l’idoneità degli Impegni di Sky a risolvere i problemi concorrenziali delineati nel provvedimento di avvio dell’istruttoria, non si può trascurare di considerare che essi si incardinano in uno specifico e complesso quadro regolamentare, che trova la sua matrice negli impegni assunti da Newscorp dinanzi la Commissione Europea nell’ambito della concentrazione comunitaria COMP/M.2876 – Newscorp/Telepiù, implementati anche attraverso una serie di interventi dell’AGCom. L’esistenza di un articolato sistema regolamentare, che definisce già diversi obblighi e limiti dell’attività di Sky, impone la necessità di raccordare il contenuto degli Impegni presentati dalla società con gli altri obblighi esistenti, evidentemente lasciando impregiudicati il contenuto e la durata degli impegni assunti in ambito comunitario, del tutto autonomi e distinti da quelli oggetto del presente provvedimento.

Ciò premesso, come di seguito argomentato, si ritiene che il complesso degli Impegni presentati da Sky, in forza anche delle modifiche apportate volte a rispondere alle osservazioni formulate nell’ambito del market test, risulti idoneo a rimuovere i profili anticoncorrenziali sottesi al presente procedimento e introduca garanzie ulteriori e distinte rispetto al quadro regolamentare esistente.

A tal riguardo, si osserva, in primo luogo, come l’Impegno AGCM n. 1, concernente i trasferimenti interni nella contabilità separata di Sky, sebbene collegato all’obbligo di separazione contabile contenuto negli impegni comunitari e alle determinazioni dell’AGCom in materia di prezzi wholesale di accesso alla piattaforma, fornisca nuove garanzie per il rispetto del principio di parità interno-esterno, cuore della violazione contestata alla società nel provvedimento di avvio.

In merito, va rilevato come la separazione contabile sia un rimedio regolatorio di supporto all’obbligo di non discriminazione nella fornitura di un servizio intermedio da parte di un operatore dominante verticalmente integrato. La separazione contabile comporta, infatti, la predisposizione ed il mantenimento di una contabilità regolatoria idonea a rendere trasparenti i costi ed i ricavi imputabili alle diverse attività svolte dall’operatore verticalmente integrato. Attraverso la contabilità separata si rendono altresì trasparenti i prezzi all’ingrosso praticati ai terzi e i transfer charges interni – poste figurative che danno evidenza dei trasferimenti interni tra le diverse divisioni “separate” – anche al fine di verificare che l’operatore verticalmente integrato non realizzi una discriminazione tra i propri concorrenti e le proprie divisioni interne e non ponga in essere indebiti sussidi incrociati.

Attraverso l’Impegno AGCM n. 1 Sky fornisce specifiche garanzie circa il rispetto del principio di non discriminazione, in quanto definisce le modalità di quantificazione dei transfer charges nella propria contabilità separata, garantendo che questi siano coerenti con le tariffe regolamentari praticate da Sky ai soggetti terzi che accedono alla

piattaforma quali Conto TV. Rileva, inoltre, come Sky si sia impegnata a specificare i transfer charges per le offerte in pay-per-view per macro-tipologia di eventi, definendo così una contabilità separata più dettagliata di quella esistente, atta ad essere utilizzata per verificare il rispetto del principio di non discriminazione anche ad un livello disaggregato.

L'Impegno AGCM n. 2, concernente le informative sul servizio di accesso alla piattaforma, fornisce specifici e concreti obblighi di trasparenza in capo a Sky, tenuto conto delle delibere dell'AGCom che definiscono i prezzi wholesale di accesso alla piattaforma. Sotto il profilo sostanziale, va rilevato come una maggiore trasparenza delle condizioni di accesso alla piattaforma appare idonea a ridurre il rischio che Sky ponga in essere una discriminazione nelle condizioni di accesso tra diverse emittenti terze. Non appare al riguardo condivisibile l'osservazione emersa nel corso del market test secondo cui la trasparenza nelle condizioni di accesso alla piattaforma avrebbe addirittura un connotato anticoncorrenziale: l'obbligo di trasparenza, infatti, oltre ad essere un rimedio regolatorio largamente utilizzato nel settore delle comunicazioni elettroniche, è già contemplato nel caso specifico dagli Impegni CE.

Si osserva, inoltre, come alla luce delle modifiche accessorie apportate da Sky, tale Impegno preveda la pubblicazione di un listino contenente le condizioni economiche di accesso, rese così conoscibili alle potenziali controparti prima della fase negoziale con l'operatore dominante. Si tratta di una modifica che ha ampliato il livello di trasparenza offerto, e dunque la sua portata pro-concorrenziale, allineando il comportamento di Sky a quello tenuto da altre società verticalmente integrate soggette a regolamentazione sia nel settore della pay-TV sia in altri mercati regolamentati.

L'Impegno AGCM n. 3, introducendo una procedura per la gestione delle richieste di accesso alla piattaforma, fornisce specifiche garanzie circa le modalità e la tempistica di negoziazione degli accordi di accesso da parte di Sky. Tale Impegno appare costituire un corollario e completamento dell'Impegno AGCM n. 2, finalizzato ad incentivare l'utilizzo dello strumento dell'accesso alla piattaforma satellitare da parte degli operatori potenzialmente interessati.

Quanto al termine di scadenza degli Impegni, si osserva come Sky abbia apportato una modifica accessoria agli Impegni originariamente sottoposti a market-test, prolungandone la durata al 31 marzo 2012, data successiva alla scadenza degli Impegni CE, attualmente fissata al 31 dicembre 2011.

Quanto all'obiezione secondo cui alla scadenza degli Impegni CE verrebbe meno la possibilità di ogni forma di concorrenza nella pay-TV satellitare, sul presupposto che Sky non sarebbe più tenuta a garantire l'accesso alla piattaforma ai propri concorrenti, si ricorda quanto previsto dalla normativa comunitaria in materia di accesso alle reti di comunicazione elettronica nonché, ove ve ne siano i presupposti, la

possibilità che l'Autorità possa intervenire nell'esercizio delle proprie competenze.

In definitiva, si ritiene che gli Impegni complessivamente proposti da Sky siano idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali delineati nel provvedimento di avvio dell'istruttoria, in quanto forniscono nuove garanzie per il rispetto del principio di non discriminazione nella fornitura dei servizi di accesso alla piattaforma satellitare".

2. Con una prima serie di censure, la ricorrente ha dedotto l'illegittimità dell'azione amministrativa, da un lato, dalla tardività degli impegni presentati e della relativa accettazione, dall'altro, dalla mancata sottoposizione al market test dell'integrazione degli impegni.

Le doglianze non sono condivisibili.

2.1 L'art. 14 ter l. 287/1990 - aggiunto dall'art. 14 d.l. 223/2006, come modificato dalla relativa legge di conversione, l. 248/2006, entrata in vigore il 12 agosto 2006 - stabilisce che, entro tre mesi dalla notifica di un'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli artt. 2 o 3 della legge o degli artt. 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria; l'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione.

La norma ha attribuito all'Autorità un potere discrezionale da esercitare nei limiti dell'ordinamento comunitario.

Infatti, è sostanzialmente ispirata all'art. 9 del Reg. CE 16.12.2002 n. 1/2003 in ragione del quale, qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate proponano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, la Commissione può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese; la decisione può essere adottata per un periodo di tempo determinato e giunge alla conclusione che l'intervento della Commissione non è più giustificato.

La Sezione ha già avuto modo di chiarire che la matrice comunitaria dell'istituto degli impegni porta a ritenere che il termine per la presentazione degli stessi non ha carattere perentorio, ma meramente sollecitatorio (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, I, 25 febbraio 2010, n. 3077).

Se, infatti, la fissazione di uno sbarramento temporale costituisce un deterrente, derivante dalla necessità di prevenire comportamenti opportunistici delle imprese, in ambito comunitario prevale comunque una logica di tipo effettuale, posto che la funzione dell'istituto richiede, da un lato, che i professionisti siano posti in grado di proporre misure correttive idonee, dall'altro, che l'Autorità disponga di elementi sufficienti per valutare la rispondenza degli impegni alla tutela dei consumatori e degli altri professionisti.

In sostanza, la tempestività della presentazione degli impegni va rapportata, di volta in volta, alla fattispecie concreta e alla valutazione,

operata dalla stessa Autorità circa l'idoneità delle misure proposte ad eliminare i profili di illiceità, vale a dire a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria e ad elidere gli eventuali effetti distorsivi già prodotti.

Peraltro, la ricorrente non ha un proprio interesse diretto, attuale e concreto al rispetto del termine previsto dalla legge.

In altre circostanze (cfr. TAR Lazio, Roma; I, 4 dicembre 2007, 4 dicembre 2007), la questione del termine per la presentazione degli impegni è stata affrontata con riferimento all'angolo visuale dell'impresa indagata ed è stata in tal caso esclusa la prospettata compressione dei termini avendo l'Autorità individuato il dies a quo nella data di entrata in vigore dell'innovazione legislativa per le istruttorie già avviate.

Viceversa, la Società che si ipotizza essere stata lesa dalla condotta escludente dell'operatore in posizione dominante, il cui accertamento costituisce l'oggetto del procedimento interrotto con l'accettazione degli impegni, non ha alcun interesse a dolersi di una eventuale dilatazione dei termini per lo svolgimento del sub procedimento relativo agli impegni.

Infatti, ove, come nel caso di specie, gli impegni siano accettati e la società ritenga che gli stessi siano invece inadeguati a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria, può, come avvenuto, dedurre specifiche doglianze avverso la relativa delibera di accettazione, mentre, ove la relativa delibera sia immune da vizi di legittimità e, quindi, sia tale da soddisfare l'interesse sostanziale a non subire pregiudizi dalla condotta dell'indagata, il residuo interesse all'applicazione di una sanzione pecuniaria nei confronti della destinataria del procedimento rivelerebbe carattere meramente emulativo.

2.2 Conto TV ha altresì rilevato che l'integrazione degli impegni, in data 30 marzo 2010, non avrebbe potuto sottrarsi al market test in quanto rappresenterebbe una modifica che giustifica una nuova fase di contraddittorio.

Il Collegio fa presente che l'art. 27, co. 4, del Reg. (CE) 16.12.2002 n. 1/2003, regolamento del Consiglio concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato, indica che la Commissione, qualora intenda adottare una decisione ai sensi degli artt. 9 o 10, pubblica un'esposizione sommaria dei fatti e il contenuto essenziale degli impegni o dell'azione proposta; i terzi interessati possono presentare le loro osservazioni entro un termine stabilito dalla Commissione all'atto della pubblicazione, che non può essere inferiore ad un mese.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con provvedimento n. 16015 del 12 ottobre 2006 - rilevato che, ai sensi dell'art. 14 ter l. 287/1990, "entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della presente legge o degli articoli 81 o 82 del trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali

oggetto dell'istruttoria" e che "l'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione" - ha inteso fornire alle parti interessate alcune prime indicazioni sulle procedure da adottarsi nell'applicazione dell'art 14 ter della legge.

Nell'ambito di tale comunicazione, è indicato che qualora l'Autorità non deliberi il rigetto per manifesta infondatezza degli impegni proposti dispone, con delibera, la pubblicazione sul sito internet dei medesimi impegni; con tale delibera determina altresì il termine entro il quale dovrà essere presa la decisione salve esigenze di proroga, mentre i terzi interessati possono presentare le proprie osservazioni scritte in merito agli impegni proposti entro un termine di trenta giorni decorrenti dalla data di pubblicazione degli stessi su internet.

L'AGCM, pertanto, coerentemente alla richiamata norma comunitaria, si è autovincolata al rispetto della descritta procedura di applicazione dell'art. 14 ter l. 287/1990 e l'eventuale inosservanza di tali disposizioni determina inevitabilmente un vizio procedimentale idoneo a riverberarsi in un vizio di legittimità del provvedimento finale.

Peraltro, occorre ritenere che tale procedura, oltre che per la presentazione iniziale degli impegni, vada seguita per le integrazioni che determinano modificazioni sostanziali, tali cioè da costituire elementi essenziali di valutazione per decidere se rendere gli impegni obbligatori e chiudere il procedimento senza l'accertamento dell'infrazione, mentre, come meglio si vedrà infra, l'integrazione proposta da Sky il 30 marzo 2010 ha carattere meramente accessorio, sicché non imponeva l'effettuazione di un ulteriore market test.

Peraltro, dalla documentazione in atti, è possibile evincere come, in data 13 maggio 2010, l'amministratore unico di Conto TV abbia chiesto l'accesso agli atti del procedimento e come, in data 4 giugno 2010, tale istanza sia stata accolta e l'Autorità abbia fissato il termine del 18 giugno 2010 per eventuali ulteriori osservazioni sugli impegni presentati da Sky, sicché, prima dell'adozione della delibera, la Società interessata ha comunque avuto l'opportunità di conoscere le integrazioni degli impegni e di presentare eventuali osservazioni.

Per quanto attiene alla considerazione che l'AGCM avrebbe definito il contenuto degli impegni attraverso una modalità "concordata" e svolta ad insaputa delle altre parti interessate, è sufficiente inoltre evidenziare che la presentazione degli impegni è avvenuta ad iniziativa di Sky e che l'iter endoprocedimentale successivo è ascrivibile al fisiologico rapporto tra l'Autorità e l'indagata nel corso del procedimento.

3. Le censure con cui la ricorrente ha dedotto l'inidoneità degli impegni proposti a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria sono fondate e vanno accolte.

L'Autorità, il 2 ottobre 2008, ha avviato un'istruttoria, ai sensi dell'art. 14 l. 287/1990, nei confronti di Sky Italia S.r.l. per accertare se le condotte da essa adottate nella fornitura dei servizi (wholesale) di

accesso alla propria piattaforma tecnica satellitare configurino una violazione dell'art. 82 del Trattato CE (ora art. 102 TFUE); in particolare, Sky avrebbe praticato all'emittente satellitare Conto Tv condizioni di accesso alla piattaforma più onerose di quelle praticate alle proprie divisioni interne nonché all'emittente Rete Tele Brescia.

Sky, operatore dominante nel mercato della pay tv in Italia, ovvero nel mercato complessivo dei servizi televisivi a pagamento, fornisce ad operatori televisivi terzi servizi all'ingrosso di accesso alla propria piattaforma satellitare e, attraverso tali servizi, gli operatori accedenti possono offrire agli utenti finali servizi televisivi a pagamento fruibili attraverso i decoder e le smart card della stessa Sky.

L'AGCM ha specificato che l'accesso wholesale alla piattaforma satellitare appare configurare un mercato rilevante a sé stante, di dimensione nazionale, all'interno del quale è individuabile la posizione dominante di Sky.

Ha altresì fatto presente che per la fornitura di servizi di accesso wholesale alla propria piattaforma tecnica, Sky richiede alle emittenti satellitari interessate il pagamento sia di tariffe una tantum che di corrispettivi periodici; tra questi ultimi figura anche la "contribuzione ai costi comuni della piattaforma satellitare", corrispettivo richiesto al fine di ripartire i costi comuni della piattaforma tra tutti gli operatori che ne fanno uso per offrire servizi di pay tv, inclusa ovviamente la stessa Sky, la quale, anteriormente alla delibera n. 233/09/CONS dell'AGCom, definiva la suddetta contribuzione in base al principio del beneficio atteso, richiedendo agli operatori accedenti alla piattaforma una certa percentuale dei ricavi generati dalla vendita di ciascun abbonamento/evento agli utenti.

Secondo quanto ipotizzato nell'atto di avvio dell'istruttoria, le condizioni economiche praticate da Sky a Conto Tv per i servizi di accesso alla propria piattaforma e, in particolare, la contribuzione ai costi comuni sarebbero state discriminatorie rispetto alle condizioni che Sky avrebbe riservato alle proprie divisioni interne e, inoltre, Sky avrebbe reso possibile all'emittente Rete Tele Brescia di accedere di fatto alla piattaforma satellitare, al fine di trasmettere eventi calcistici in pay per view, a condizioni economiche migliorative rispetto a quelle "regolamentate" richieste a Conto Tv, discriminando così a svantaggio di quest'ultima.

La discriminazione posta in essere da Sky, osserva l'Autorità procedente, avrebbe ridotto la capacità di Conto TV di formulare offerte competitive per l'acquisizione di contenuti di particolare rilievo strategico e commerciale, con un effetto di preclusione anticoncorrenziale nel mercato a valle della pay tv, sicché, nella comunicazione di avvio, rilevato come i comportamenti di Sky investissero mercati nazionali e fossero, quindi, idonei a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri, ha ritenuto che le condotte di Sky potessero dar luogo ad una violazione dell'art. 82 del Trattato CE (ora art. 102 TFUE).

Sky, in data 22 gennaio 2010, ha presentato impegni, pubblicati sul sito internet dell'Autorità e sottoposti a market test, articolati nel seguente modo:

dettaglio nella contabilità regolatoria delle condizioni economiche di accesso alla piattaforma imputate alla divisione operativa DisCo di Sky secondo quanto indicato nella delibera n. 233/09/CONS dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e sue eventuali modificazioni (impegno n. 1);

obblighi di informativa sul diritto di accesso nel corso delle negoziazioni con gli editori di canali (impegno n. 2);

definizione di una procedura standard per la gestione delle richieste di accesso alla piattaforma (impegno n. 3);

predisposizione di un rapporto periodico sull'ottemperanza dell'impegno n. 3 (impegno n. 4).

Con comunicazione del 31 marzo 2010, Sky ha proposto alcune modifiche agli impegni, consistenti in una estensione della loro durata ed in una diversa formulazione dell'impegno n. 2.

Con riferimento al primo aspetto, ha prolungato il periodo di vigenza degli impegni presentati fissando la nuova data di scadenza al 31 marzo 2010, termine successivo alla data di scadenza degli impegni assunti in sede comunitaria, mentre, con riferimento agli obblighi di trasparenza di cui all'impegno n. 2, la modifica ha comportato, in luogo della fornitura alle controparti delle informative sull'accesso alla piattaforma nel corso di specifici negoziati, la loro pubblicazione in una sezione dedicata ai rapporti con gli operatori terzi creata sul proprio sito internet. In particolare, Sky si è impegnata a pubblicare, entro 15 giorni dalla definitiva approvazione degli impegni, sia un'informativa sul diritto di accesso alla piattaforma sia una scheda contenente le principali condizioni economiche praticate per l'accesso, in base ai modelli annessi al nuovo formulario presentato dalla società, con la specifica indicazione dei principali corrispettivi una tantum di attivazione, i principali corrispettivi periodici nonché i corrispettivi previsti su base giornaliera per le offerte in modalità pay tv e pay per view.

Il Collegio rileva in primo luogo che le modifiche agli impegni possono essere effettivamente qualificate come accessorie in quanto non si traducono in un quid novi rispetto agli impegni iniziali, ma solo in una elaborazione ulteriore dell'impegno n. 2, sicché in relazione ad esse, non potendosi configurare come elementi essenziali ai fini della complessiva valutazione di idoneità, non può ritenersi sussistere, come già evidenziato, l'obbligo di ripetizione del market test già effettuato dall'Autorità con riferimento ai primi impegni.

Sotto un profilo sostanziale, il Collegio ravvisa fondata ed assorbente la censura con cui la ricorrente ha sostenuto che gli impegni non potrebbero essere presentati ed accettati a fronte di condotte che hanno consumato i loro effetti a meno che, rispetto ad esse, non siano in grado di rimuovere questi ultimi con efficacia retroattiva.

Nel caso di specie, occorre innanzitutto tenere presente che la condotta ipotizzata come escludente in sede di avvio del procedimento ha certamente medio tempore prodotto effetti teoricamente pregiudizievoli ai fini della libertà di concorrenza.

Il Collegio rileva altresì che senza alcun dubbio, a prescindere dalla idoneità degli stessi a far venire meno per il futuro i profili anticoncorrenziali, gli impegni presentati ed accettati non sono idonei a far venire meno gli eventuali effetti pregiudizievoli già prodotti né ad incidere sui rapporti contrattuali in essere alla data di adozione della delibera impugnata.

L'idoneità delle misure proposte a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria, invece, postula anche la capacità degli impegni presentati di elidere gli eventuali effetti distorsivi della concorrenza già prodotti dalla condotta del soggetto in posizione dominante.

In sostanza, l'accettazione degli impegni richiede necessariamente la verifica della loro idoneità alla riparazione con efficacia retroattiva delle condotte poste in essere e già produttive di effetti potenzialmente lesivi della libera concorrenza.

Infatti, atteso che l'eventuale accoglimento del ricorso imporrebbe all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di proseguire l'istruttoria avviata ex art. 14 l. 287/1990 ed essendo il procedimento in materia di abuso di posizione dominante finalizzato in primo luogo all'accertamento dell'infrazione, non può certo escludersi l'interesse della ricorrente a che, in esito alla conclusione del procedimento, la condotta tenuta da Sky Italia S.r.l. sia considerata illecita, e ciò almeno in considerazione dell'eventuale valenza probatoria che tale accertamento, compiuto dall'Autorità istituzionalmente competente, potrebbe avere in un contenzioso civile di risarcimento dei danni.

In altri termini, l'accertamento dell'infrazione da parte dell'Autorità, se è evidentemente inidoneo a far venire meno gli effetti anticoncorrenziali irreversibilmente prodotti dalla condotta esaurita dell'impresa che abbia abusato della posizione dominante, è tuttavia idoneo a soddisfare la pretesa sostanziale che, sotto il profilo in discorso, è dedotta in giudizio dalla ricorrente, in quanto potrebbe assumere rilievo probatorio nel contenzioso civile innanzi al giudice ordinario.

In presenza di un'Autorità indipendente istituita con la specifica finalità di tutelare la concorrenza ed il mercato ed accertare lesioni alla libertà di concorrenza, in sostanza, non è possibile ritenere che - sussistendo effetti irreversibili prodotti dalla condotta sospetta, destinati a permanere anche a seguito degli impegni presentati - la stessa Autorità possa legittimamente abdicare alla propria funzione istituzionale, interrompendo il procedimento volto all'accertamento di un abuso di posizione dominante, e che debba essere lo stesso giudice civile a verificare incidentalmente se vi sia stato un abuso di posizione dominante al fine di decidere sulla controversia al suo esame.

Diversamente opinando, per altro verso, si perverrebbe alla paradossale e non accettabile conclusione che, una volta posti in essere in esecuzione della condotta contestata sotto il profilo antitrust atti non più reversibili, l'esercizio del potere attribuito all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato dalla legge 287/1990 non sarebbe più utilmente esercitabile, vale a dire che, a seguito di atti non più reversibili compiuti in attuazione della condotta ipotizzata come lesiva della libertà di concorrenza, si consumerebbe il potere dell'Autorità in materia antitrust.

Tale conclusione, però, da un lato, si pone in contrasto con la ratio della normativa di settore, dall'altro, costituisce una conclusione palesemente illogica.

Pertanto, non può affatto escludersi la sussistenza dell'interesse pubblico e privato all'accertamento di una situazione anticoncorrenziale da parte dell'Autorità antitrust con riferimento a condotte già poste in essere, sebbene queste abbiano prodotto effetti irreversibili, con la conseguenza che deve qualificarsi inevitabilmente illegittimo l'atto con cui l'Autorità abbia accettato gli impegni presentati, ritenendoli idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria, nonostante gli stessi non contemplino alcuna misura tale da elidere i possibili effetti anticoncorrenziali già prodotti.

La fondatezza di tale censura determina - assorbite le censure relative all'inidoneità degli impegni a far venire meno le preoccupazioni anticoncorrenziali anche per il futuro, atteso che la proposta di impegni, in assenza di impegni idonei ad elidere ex tunc gli effetti pregiudizievoli già prodotti, non può in alcun caso essere accolta - determina la fondatezza e l'accoglimento del ricorso e, per l'effetto, l'annullamento dell'impugnata delibera del 7 luglio 2010.

L'Autorità, pertanto, nell'esecuzione della presente sentenza è tenuta a riprendere il procedimento, nel pieno esercizio del potere ad essa attribuito dalla legge, dal momento in cui lo stesso è stato illegittimamente interrotto.

4. La domanda di risarcimento del danno deve essere respinta in quanto la ricorrente non ha fornito alcuna prova della sussistenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito dell'amministrazione fonte di danno risarcibile.

5. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in € 5.000 (cinquemila/00), sono poste a favore della ricorrente ed a carico, in parti uguali, dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e di Sky Italia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Prima Sezione, accoglie l'azione di annullamento proposta con il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla l'impugnata delibera dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato adottata il 7 luglio 2010;

respinge l'azione di risarcimento del danno.

Liquida le spese del giudizio complessivamente in € 5.000 (cinquemila/00) e pone le stesse a favore della ricorrente ed a carico, in parti uguali, dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e di Sky Italia.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Roberto Politi, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

### IL COMMENTO

Lo scorso 9 maggio, il Tar Lazio ("Tar") ha accolto il ricorso presentato da Conto TV S.r.l. ("Conto TV"), annullando il provvedimento con il quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM") aveva chiuso l'istruttoria A407 - Conto TV / Sky Italia, rendendo obbligatori gli impegni presentati da Sky Italia S.r.l. ("Sky").

La sentenza merita di essere segnalata per l'ampia interpretazione del concetto di idoneità degli impegni presentati ex art. 14-ter, legge 10 ottobre 1990, n. 287 ("legge n. 287/90") posta dai Giudici amministrativi a fondamento dell'annullamento del provvedimento dell'AGCM.

Prima di illustrare il contenuto della pronuncia del Tar, è opportuno premettere un breve cenno ai fatti oggetto dell'istruttoria AGCM all'origine del provvedimento impugnato.

Nell'ottobre 2008, l'AGCM avviava un'istruttoria nei confronti di Sky per presunto abuso di posizione dominante sul mercato dell'accesso wholesale alla piattaforma satellitare, realizzato, in particolare, attraverso l'imposizione all'emittente Conto TV di condizioni di accesso alla piattaforma più onerose di quelle praticate alle proprie divisioni interne e ad un'altra emittente.

Dapprima nel gennaio 2010 e, successivamente, nel marzo 2010, Sky proponeva impegni ex art. 14-ter, legge n. 287/90, al fine di ottenere la chiusura del procedimento senza accertamento dell'infrazione [1].

Nel luglio 2010, con il provvedimento oggetto di impugnativa davanti al Tar, l'AGCM effettivamente chiudeva l'istruttoria rendendo obbligatori per Sky gli impegni presentati [2] e senza procedere all'accertamento dell'infrazione.

Dei diversi motivi di doglianza avanzati da Conto TV avverso tale provvedimento [3], i Giudici amministrativi hanno considerato fondato quello relativo all'inidoneità degli impegni presentati a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria.

La portata innovativa di tale pronuncia non risiede tanto nel fatto che il Tar abbia annullato un provvedimento di accettazione degli impegni presentati ex art. 14-ter, legge n. 287/90, sulla base di considerazioni legate all'inidoneità degli stessi [4], quanto piuttosto, come anticipato, nell'interpretazione che i Giudici amministrativi hanno fornito del concetto di "idoneità degli impegni".

Invero, ad avviso del Tar, gli impegni presentati da Sky non erano idonei, ai sensi dell'art. 14-ter, legge n. 287/90, in quanto non erano in grado di "far venire meno gli eventuali effetti pregiudizievoli già prodotti né (di) incidere sui rapporti contrattuali in essere alla data di adozione della delibera impugnata".

La rilevanza di tale pronuncia si palesa, pertanto, nell'affermazione del principio in virtù del quale, laddove ci si trovi in presenza di condotte che hanno ormai consumato i loro effetti, l'AGCM non può accettare impegni a meno che questi non siano in grado di eliminare retroattivamente gli effetti anticoncorrenziali già prodottisi, dal momento che il concetto di idoneità "postula anche la capacità degli impegni presentati di elidere gli eventuali effetti discorsivi della concorrenza già prodotti dalla condotta del soggetto in posizione dominante".

Il fulcro dell'argomentazione del Tar risiede nella circostanza che, ai sensi dell'art. 14-ter, legge n. 287/90, la decisione con cui si accettano gli impegni implica la chiusura dell'istruttoria senza accertamento dell'infrazione. In altre parole, nel decidere di chiudere un'istruttoria con l'accettazione degli impegni presentati, l'AGCM in un certo senso "rinuncia" all'esercizio della propria funzione di accertamento della violazione antitrust.

Secondo i Giudici amministrativi, deve osservarsi che, nonostante l'accertamento dell'infrazione da parte dell'AGCM sia inidoneo, di per sé, ad eliminare con efficacia ex tunc gli effetti della condotta anticoncorrenziale già prodottisi, tale accertamento risponde ad un interesse pubblico e privato, legato anche ad un eventuale contenzioso civile di risarcimento danni, nell'ambito del quale, l'accertamento dell'infrazione da parte dell'AGCM riduce notevolmente l'onere probatorio gravante sull'attore[5].

In considerazione di tale interesse all'accertamento, quindi, "non è possibile ritenere che - sussistendo effetti irreversibili prodotti dalla condotta sospetta, destinati a permanere anche a seguito degli impegni presentati - la stessa Autorità possa legittimamente abdicare alla propria funzione istituzionale, interrompendo il procedimento volto all'accertamento di un abuso di posizione dominante, e che debba essere lo stesso giudice civile a verificare incidentalmente se vi sia stato un abuso di posizione dominante al fine di decidere sulla controversia al suo esame".

Se, viceversa, l'AGCM potesse chiudere un'istruttoria con l'accettazione di impegni anche in presenza di effetti irreversibili, destinati a permanere nonostante l'attuazione degli impegni presentati, si

giungerebbe alla “paradossale e non accettabile conclusione” che il potere di accertamento conferito all’Autorità non potrebbe essere esercitato [6].

Ad avviso del Tar, pertanto, non può che ritenersi sussistente un interesse pubblico e privato all’accertamento dell’infrazione laddove gli effetti della condotta già posta in essere sono irreversibili.

In conclusione, il principio espresso in questa pronuncia limita notevolmente la possibilità - finora largamente sfruttata tanto dalle imprese quanto dall’Autorità - di chiudere un’istruttoria accettando gli impegni presentati ex art. 14-ter, legge n. 287/90, circoscrivendo l’ambito applicativo di tale istituto ai soli casi in cui siano concepibili e realizzabili impegni in grado di eliminare ex tunc gli effetti della condotta anticoncorrenziale già prodottisi.

L’introduzione di un simile condizione, oltre a contribuire a rendere ancora meno chiari i confini dell’ambito applicativo dell’istituto degli impegni, si presta a diverse valutazioni critiche, in particolare, in relazione alla concreta possibilità di articolare impegni aventi la capacità di elidere retroattivamente gli effetti discorsivi già prodottisi.

Non può che auspicarsi, pertanto, un intervento chiarificatore sul punto da parte del Consiglio di Stato, che possa indirizzare l’azione dell’AGCM e delle imprese.

-----  
Note:

[1] Come noto, ai sensi dell’art. 14-ter della legge n. 287/90, nel caso in cui sia avviata un’istruttoria per accertare l’esistenza di un’intesa o di un abuso di posizione dominante, “le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell’istruttoria. L’Autorità, valutata l’idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall’ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l’infrazione”.

[2] In particolare, gli impegni presentati nel gennaio 2010 erano così articolati: (i) predisposizione di un dettaglio nella contabilità regolatoria delle condizioni economiche di accesso alla piattaforma imputate alla divisione operativa DisCo di Sky secondo quanto indicato nella delibera n. 233/09/CONS dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e sue eventuali modificazioni; (ii) rispetto di obblighi di informativa sul diritto di accesso nel corso delle negoziazioni con gli editori di canali; (iii) definizione di una procedura standard per la gestione delle richieste di accesso alla piattaforma; (iv) predisposizione di un rapporto periodico sull’ottemperanza dell’impegno sub (iii). Le modifiche proposte nel marzo 2010 hanno riguardato, da un lato, il periodo di vigenza degli impegni, prolungato fino al 31 marzo 2012, e dall’altro, la riformulazione dell’impegno sub (ii) nel senso di prevedere, in luogo della fornitura alle controparti delle informative sull’accesso alla piattaforma nel corso di specifici negoziati, la loro pubblicazione in una

sezione del sito internet di Sky dedicata ai rapporti con gli operatori terzi.

[3] In particolare, Conto TV aveva censurato il provvedimento dell'AGCM anche in relazione alla presentazione degli impegni a circa due anni dall'avvio del procedimento ed alla mancata ripetizione del market test a fronte delle modifiche apportate agli impegni nel marzo 2010. A tale riguardo, il Tar Lazio ha ritenuto infondati entrambi i motivi ribadendo, da un lato, la natura meramente ordinatoria del termine trimestrale previsto all'art. 14-ter della legge n. 287/90 e, dall'altro, che un secondo market test si impone solo laddove le modifiche si traducono in un quid novi rispetto agli impegni iniziali e non quando le modifiche, come nel caso di specie, sono meramente accessorie.

[4] Si veda, ad esempio, la sentenza Tar Lazio, n. 10571/2010, Lega Nazionale Professionisti.

[5] A tal proposito, si veda la recente pronuncia della Corte di Cassazione, sezione III Civile, n. 10211/2011.

[6] Nell'opinione dei Giudici amministrativi, tale conclusione "da un lato, si pone in contrasto con la ratio della normativa di settore, dall'altro, costituisce una conclusione palesemente illogica".

***Il marketplace quale strumento di interposizione nel commercio elettronico: nuovo operatore del mercato o nuovo mercato? Quali regole contro gli abusi?***

**di  
Iacopo Pietro Cimino**

Tribunale Messina, ordinanza cautelare, 7 luglio 2010

**Sentenza**

Fatto e svolgimento del processo

Letto il ricorso ex art. 700 c.p.c. proposto;

Ritenuta la carenza di legittimazione passiva di ebay italia srl, non essendo la stessa parte del contratto;

Rilevato che oggetto principale della domanda cautelare è la riattivazione dell'account della società Arcapel e che l'accertamento della nullità delle clausole contrattuali relative al sistema dei feed back o alle regole sull'inadempimento dell'utente appare meramente strumentale rispetto a tale domanda;

Rilevato che la domanda cautelare appare astrattamente ammissibile;

Ritenuto infatti che la questione circa l'ammissibilità del provvedimento cautelare che impone degli obblighi di fare infungibili, per la non coercibilità di tali obblighi e per la non esatta corrispondenza con la pronuncia che definirà il giudizio, appare superata, alla luce del novellato articolo 614 bis del codice di procedura civile, il quale dispone che "con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento";

Rilevato quindi che l'eventuale adozione di un provvedimento avente ad oggetto un obbligo infungibile, attesa la coercibilità dello stesso, a seguito della previsione dell'astrantes, appare assolutamente legittima e non può essere considerato un attentato alla libertà contrattuale di un soggetto giuridico, atteso che tale libertà deve necessariamente venire meno di fronte a condotte illegittime e contrarie ai doveri contrattuali che lo stesso si è liberamente assunto;

Rilevato che l'autonomia contrattuale e la libertà di determinare contrattualmente le regole della condotta delle parti deve necessariamente soccombere di fronte alla disciplina di legge;

Ritenuta la sussistenza del fumes boni juris;

Rilevato che la sospensione dell'account, operata peraltro a tempo indeterminato, può certamente essere equiparata, alla luce effetti prodotti dalla stessa, alla risoluzione per inadempimento del venditore;

Considerato, in punto di fatto, che la condotta della parte contrattuale può determinare la risoluzione del contratto solo se essa si connota

quale di particolare gravità, secondo quanto disposto in tema dalle norme sulla risoluzione contenute nel codice civile;

Rilevato che pertanto, affinché si possa procedere alla sospensione dell'account, è necessario l'accertamento del presupposto di un grave inadempimento del debitore, sotto il profilo della gravità della violazione o del numero delle condotte non conformi alle regole contrattuali;

Rilevato che l'attribuzione all'hoster di un potere di decidere, anche in assenza di qualsiasi valutazione circa la gravità dell'inadempimento, la risoluzione del contratto e la sospensione dell'account, attribuirebbe in realtà allo stesso un potere di recedere unilateralmente dal rapporto, clausola da considerarsi certamente vessatoria, e bisognevole quindi di specifica approvazione (non appare applicabile nel caso di specie la normativa sulla tutela del consumatore);

Ritenuto quindi che non appare sufficiente, affinché si possa procedere alla sospensione dell'account, la sussistenza di feed back negativi, dovendosi piuttosto considerare la quantità degli stessi rispetto al complesso delle segnalazioni, nonché il loro contenuto;

Ritenuto che, né sotto il profilo quantitativo, né sotto quello qualitativo, si apprezza alcun inadempimento grave alle regole di eBay;

Considerato che, dalla stampa di schermata del sito eBay emerge che i feed back negativi, nel corso dell'ultimo anno, sono stati solo lo 0,5% del totale (vedi in proposito quanto affermato anche da parte della società resistente al punto 4.9); va in proposito rilevato che anche il contratto proposto da eBay fa riferimento a violazioni reiterate, quali non possono essere considerate quelle che hanno dato origine al provvedimento sanzionatorio;

Considerato che la sopra prospettata gravità non si apprezza anche sotto il profilo quantitativo, alla luce del contenuto delle due segnalazioni negative ricevute;

Rilevato pertanto che la condotta posta in essere da eBay Europe appare del tutto ingiustificata e viola quindi le regole contrattuali;

Ritenuto che, per una società che ha ad oggetto l'e.trade, la presenza sulla piattaforma di eBay appare indispensabile, ai fini della sopravvivenza della società, attesa la ormai notoria rilevanza che la suddetta piattaforma ha assunto nel mondo del commercio elettronico;

Considerato pertanto la sussistenza del periculum in mora, come configurato nelle deduzioni a verbale nel corso della udienza del 16 febbraio 2010 atteso che la protrazione della sospensione dell'account nel corso del procedimento di merito, potrebbe determinare l'insolvenza della stessa;

Considerato che, proprio alla luce della diffusione della piattaforma citata, non appare rilevante che la società sia titolare di altri siti Internet; Ritenuto, in ordine alle spese, che sussistono giusti motivi di compensazione di quelle relative alla controversia tra il ricorrente ed eBay Italia srl, atteso che, dalla stessa documentazione prodotta, ricavata dal sito Internet di eBay Italia, appare del tutto giustificato che il

ricorrente potesse desumere che la società che gestiva il sito era proprio quella originariamente chiamata in giudizio;  
Rilevato invece che per le altre spese di giudizio, può applicarsi il principio della soccombenza;

P.Q.M.

Ordina ad eBay Europe s.a. di riattivare l'account della società Arcapel srl; dichiara inammissibile il ricorso proposto contro eBya Italia srl; condanna eBay Europe s.a. alla refusione delle spese processuali, in favore del ricorrente, che liquida nella somma di Euro 188,23 per spese vive e Euro 1200,00 per diritti ed onorari, oltre spese generali, iva e cassa come per legge.

Così deciso in Messina il 06 Luglio 2010.

### IL COMMENTO

Gli spunti di riflessione indotti, quasi naturalmente, dalla lettura dell'ordinanza cautelare in commento sono molteplici. Si spazia dalle questioni regolatorie di diritto antitrust concernenti l'inquadramento del ruolo assunto da piattaforme on line, quali eBay, nell'ambito del sistema distributivo e degli scambi, alle interferenze tra la conclusione del contratto telematico e le disposizioni in materia di adesione a moduli o formulari, fino alla questione della validità o meno delle clausole contrattuali di maggior squilibrio. L'insieme di tali tematiche si specchia nelle questioni di fondo — in buona parte irrisolte — che agitano, da ben oltre un lustro, i pensieri di economisti, giuristi ed organismi internazionali [1]. Di alcuni tra i vari argomenti citati mi limiterò unicamente a tratteggiare i contorni, esimendomi tuttavia dal passare in rassegna le diverse opinioni che si contendono il campo. Per altre problematiche, quelle più direttamente scaturenti dal provvedimento giudiziario in esame, tenterò un approfondimento maggiore, senza peraltro pretesa alcuna di esaustività. In primo luogo, appare tuttavia doveroso descrivere — sia pure in breve — il fenomeno di cui trattiamo. Come noto, il sito Internet eBay propone una piattaforma tecnologica mediante la quale, da un lato, aspiranti venditori hanno la possibilità di offrire in vendita [2] on line oggetti di ogni genere e sorta; dall'altro, i potenziali compratori sono in grado di ricercare (sempre on line) i beni che desiderano acquistare [3]. Al fine di poter usufruire del predetto mezzo interattivo [4], gli utenti (venditori o acquirenti che siano) devono, in primo luogo, effettuare la c.d. registrazione al sito eBay, per l'indispensabile attivazione dell'account di accesso alla piattaforma medesima. Ciò avviene attraverso una procedura telematica che comporta la compilazione di una form on line e la presa in visione, con conseguente accettazione attraverso la tecnica del c.d. point and click [5], delle condizioni generali di contratto [6] contenute nell'Accordo per gli Utenti, oltre che delle Regole sulla Privacy. Una volta conseguito —

mediante la registrazione — un « profilo » eBay, l'utente diviene in grado di creare e pubblicare sulla piattaforma on line [7] uno o più annunci di vendita. Nella pagina web che per ogni singolo annuncio sarà creata e pubblicata in hosting mediante eBay [8], dovranno essere necessariamente indicate, in appositi campi, varie informazioni predeterminate dalla piattaforma stessa, tra cui principalmente: una descrizione del bene offerto al pubblico (anzitutto, se nuovo od usato), le modalità di determinazione del prezzo e quelle di pagamento [9]. Ridotto in questi termini, lo strumento offerto mediante la piattaforma eBay: «si avvicina molto alla struttura del mall, che assomiglia molto al c.d. centro commerciale; infatti i rapporti nel centro commerciale sono strutturati come segue: qualcuno ha la disponibilità dell'immobile e cede a vario titolo i locali nei quali i titolari delle attività svolgeranno in maniera del tutto autonoma (salvo particolari clausole contrattuali) il loro lavoro. Nel mall virtuale si ha esattamente la stessa cosa, con l'aggiunta che spesso il titolare del sito fornisce dei servizi aggiuntivi (che costituiscono altre figure contrattuali). Tali servizi aggiuntivi possono essere il servizio di pagamento attraverso la carta di credito, la gestione del c.d. carrello della spesa, la gestione del sito che generalmente (per il titolare del singolo negozio [10]) è in hosting ed ovviamente molti altri ancora» [11]. Considerata solo nell'ottica del servizio telematico fornito, la piattaforma eBay sembrerebbe dunque essere indirizzata, più che altro, ad un pubblico di venditori salutari e non professionali. Per lo più verrebbe in mente di immaginare un consumatore intento a disfarsi di qualche regalo di Natale, non particolarmente gradito. Perché allora anche venditori professionali (come nel caso di specie) operanti specificamente nel settore dell'e-commerce e molto spesso dotati di un proprio sito web distinto dalla piattaforma eBay, ritengono così indispensabile essere reperibili mediante eBay? Come è già stato opportunamente sottolineato da più parti, uno tra gli aspetti più critici per coloro che « navigano » in Internet, è rappresentato dalla sovrabbondanza di informazioni (in termini di pagine web). Una tale moltitudine di dati ha reso, pertanto, ben presto imprescindibile la necessità di utilizzare strumenti idonei a ricercare e selezionare, nel «mare » sconfinato del web, le informazioni effettivamente richieste dall'utente. Sono così apparsi i motori di ricerca ed i c.d. portali. Genericamente tale ultima denominazione accomuna tutti quei siti che aspirano a divenire una « porta di accesso » alla Rete. Il portale Internet può, peraltro, essere più o meno dedicato ad una specifica attività (è il caso di eBay), ovvero presentarsi come un contenitore generalista di link (collegamenti ipertestuali) che rinviano a siti ed informazioni, di vario genere. L'attività prestata dal c.d. portal provider svolge, quindi, una rilevante funzione nell'ambito della « struttura » di Internet, attribuendo valore aggiunto a tutto il sistema nel suo complesso. Affinché un consumatore abbia, infatti, un concreto interesse ad avvalersi del commercio elettronico oppure ad utilizzare Internet per ottenere informazioni, è indispensabile che sia messo in

grado di conseguire un effettivo risparmio di tempo, oltre che di denaro. Per far ciò, l'utente si rivolgerà ad uno strumento che gli consenta di districarsi nell'universo sconfinato di informazioni e servizi presente on line. Protagonisti di tale attività divengono, da un lato, i motori di ricerca (vale a dire quei siti funzionali alla ricerca di informazioni) ed i portali web, dall'altro. Orbene, come già altrove ho avuto occasione di sottolineare, pur non potendosi ritenere il c.d. portal provider un tramite necessario ed indispensabile negli scambi che avvengono mediante la Rete, l'opera di « intermediazione » esercitata dai portali Internet, svolge un notevole compito nell'avvicinare la potenziale clientela all'offerta commerciale delle imprese presenti on line [12]. Alla luce di tali considerazioni appare evidente l'esigenza, manifestata anche da professionisti dell'e-commerce, di: « accedere alle opportunità associate all'utilizzo di un mercato virtuale (n.d.r. eBay) che consente di mettere in relazione un numero imprecisato ed imprecisabile di venditori e acquirenti » [13]. Non deve pertanto suscitare stupore la circostanza che il giudice messinese, onerato dell'accertamento sommario del requisito del periculum in mora, necessario ex art. 700 c.p.c. per l'accoglimento della richiesta di riattivazione dell'account di accesso ad eBay, abbia rapidamente liquidato la questione, affermando che: « la presenza sulla piattaforma di eBay appare indispensabile ai fini della sopravvivenza della società, attesa la ormai notoria rilevanza che la suddetta piattaforma ha assunto nel mondo del commercio elettronico ». A nulla rilevando in contrario (e cioè, ai fini dell'insussistenza del periculum) la circostanza che la ricorrente società messinese fosse comunque: « titolare di altri siti Internet (...), proprio alla luce della diffusione della piattaforma citata ». Questo breve ma significativo tassello posto dall'ordinanza cautelare in commento, mi induce alla prima delle riflessioni cui facevo riferimento in apertura. Quali strumenti (ma prima ancora quale retroterra giuridico) abbiamo a disposizione per regolare la vorticosa spinta alla concentrazione delle « porte d'accesso » alle informazioni ed ai servizi del web nelle mani di poche decine di operatori globali? Come conciliare tale spinta oligopolistica [14] con la necessità di apertura del mercato e di tutela della concorrenza, anche nel settore del commercio elettronico? Se, come afferma a chiare lettere il giudice dell'ordinanza cautelare in commento, il mero fatto di essere stati ingiustamente esautorati dalla piattaforma eBay costituisce per il venditore professionale in re ipsa allegazione e prova di un pregiudizio grave ed irreparabile, v'è più di un qualche indizio di una forte « concentrazione » del mercato elettronico nelle mani di pochi operatori [15]. Tale problematica non è peraltro né recente, né inesplorata. Autorevoli economisti hanno anzi posto in luce come piattaforme quali eBay sono operatori il cui prodotto è la stessa « fornitura di un mercato », in cui acquirenti e venditori possono effettuare scambi commerciali. Il loro out-put è il mercato stesso o nella terminologia della letteratura più recente, una piattaforma che connette due lati di un mercato, piuttosto che un servizio telematico in sé [16]. In altre parole una piattaforma

quale è eBay, più che operare nel mercato, è essa stessa «il mercato» [17]. Se inquadrare in una tale visione di fondo, le affermazioni contenute nell'ordinanza in rassegna, in merito alla sussistenza del periculum in mora ex art. 700 c.p.c., paiono pertanto potersi ritenere — in astratto — fondate; quanto meno sotto il profilo dei pregiudizi derivanti dall'esclusione unilaterale operata in danni della ricorrente società messinese ad opera di eBay. Nella fattispecie, più che precludere l'utilizzo di una piattaforma tecnologica di hosting dedicata al commercio elettronico, la sospensione dell'account sembra infatti aver determinato l'estromissione stessa dell'impresa siciliana dal proprio «mercato di riferimento». Valutazione questa che induce a ritenere, forse, non più adeguata la disciplina antitrust per il governo di tali nuovi modelli di «interposizione» commerciale [18].

La norma dell'art. 9 della Legge n. 192 del 1998 — come noto — vieta l'abuso, da parte di una o più imprese, dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice [19]. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi; l'abuso può anche consistere nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie. Il patto (o per meglio dire, la clausola) [20] attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è da ritenersi nullo [21]. La deriva asimmetrica alla quale è abbandonato il rapporto, per fatto e colpa del contraente forte, costituisce infatti un disvalore in sé per l'ordinamento [22]. L'impresa con potere di mercato (o, se si preferisce, con potere contrattuale) può decidere di tradurre per iscritto (cioè di formalizzare in una clausola) il suo maggior rango, imponendo clausole vessatorie (o, per dirla con l'art. 9 Legge n. 192/98, «condizioni ingiustificatamente gravose»). Queste ultime assumeranno solitamente i seguenti contenuti: a) potere unilaterale di modifica del contratto; b) recesso senza obbligo di preavviso [23]. Ho in precedenza evidenziato che secondo l'opinione espressa dal giudice cautelare, la mera circostanza dell'avvenuta (ingiustificata) estromissione dalla piattaforma eBay possa costituire in re ipsa prova di un pregiudizio grave ed irreparabile ai danni del venditore professionale che fosse «integrato» nella piattaforma stessa mediante un proprio «Negozio eBay». In linea più generale, già altri

hanno avuto occasione di rilevare: «come la disparità di forza contrattuale possa trovare un punto di emersione anche nella dimensione virtuale e, in particolare, nel contesto dei contratti di distribuzione on line» [24]. Ciò premesso la norma dell'art. 9, per la valutazione dello stato di dipendenza e della sussistenza dell'abuso, consente (e richiede) al giudice di rivolgere lo sguardo — di là dal contratto — alle caratteristiche delle imprese coinvolte, alle condizioni di mercato dell'impresa dipendente ed all'intero dispiegarsi della relazione. Il giudizio sull'applicabilità dell'art. 9 della Legge n. 192 del

1998 si deve fondare, quindi, soprattutto sulla valutazione della sussistenza di una situazione di dipendenza economica oltre che, ovviamente, di una condotta abusiva. In questa prospettiva, le nullità comminate dall'art. 2, dall'art. 3 e dall'art. 6, non sono altro che specificazioni della nullità già disposta dal terzo comma dell'art. 9 [25] rispetto a quella tipologia di abusi che si traduca in clausole «vessatorie»: ovvero nell'imposizione di condizioni ingiustificatamente gravose [26]. I principi appena enunciati (in estrema sintesi) devono dunque essere tradotti nell'ambito dello specifico rapporto che lega il piccolo o medio distributore alla piattaforma eBay. Si è detto che al fine di valutare la sussistenza dell'abuso di dipendenza economica rileva soprattutto la «reale possibilità (...) di reperire sul mercato alternative soddisfacenti» [27]. Alla luce (anche) di tale parametro deve dunque essere vagliato l'effetto determinato dalla sospensione dell'account di eBay per l'impresa «tipo»: vale a dire quella che abbia compiuto investimenti specifici allo scopo di operare nell'ambito della piattaforma di e-commerce in questione [28]. In questa chiave — se fosse vero quanto assunto in precedenza e cioè che eBay, più che operare quale soggetto del mercato, è essa stessa « il mercato» [29] — non pare allora azzardato ritenere che l'effetto prodotto della sospensione dell'account di accesso alla piattaforma sia quello di compromettere la « specificità » degli investimenti compiuti dall'impresa (per operare nell'ambito della piattaforma), oltre che (come dedotto in precedenza) di provocare una vera e propria estromissione dell'impresa stessa dal «proprio» mercato di riferimento. Osservano a questo proposito gli economisti che la dipendenza economica è strettamente legata alla specificità dell'investimento. Più in chiaro: la presenza di investimenti «specifici» è sufficiente a radicare una situazione di dipendenza economica. Il costo per l'impresa è rappresentato da quella parte di investimenti specifici che, per ragioni di tempo, non sono stati ancora ammortizzati [30]. Esiste pertanto una stretta relazione tra il grado di specificità degli investimenti e la durata (attesa) della relazione contrattuale. Più aumenta il grado di specificità, più cresce la durata attesa della relazione contrattuale [31]. Tirando le somme di questa rapidissima incursione nell'analisi economica del fenomeno, la clausola che consente ad eBay di recedere unilateralmente ad nutum dal rapporto con l'esercente, sembra dunque poter fondare per via negoziale (e dunque, mediante l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose) una interruzione arbitraria delle relazioni commerciali, idonea — in quanto tale — a compromettere del tutto gli investimenti specifici (eventualmente) compiuti dall'impresa e pertanto sanzionabile di nullità (di protezione), ai sensi dell'art. 9 della Legge n. 192 del 1998 [32].

(Ampia sintesi da I.P. Cimino, *Sospensione dell'account di vendita nel marketplace di eBay, tutela del contratto e della libertà di impresa nel commercio elettronico*. Nota a Tribunale Messina, 7 luglio 2010, in *Dir. Inf.*, 2011, 118 ss.)

-----  
 Note:

[1] Restano tuttavia fuori dall'ambito del presente commento le controverse questioni che attengono alla (eventuale) corresponsabilità di eBay per gli illeciti compiuti dai propri utenti. In proposito si v. tra i più recenti: C. ROSSELLO, Riflessioni de jure condendo in materia di responsabilità del provider, in questa Rivista, 2010, 617; R. BERLIRI, G. LA GUMINA, La (non)responsabilità di eBay per gli illeciti commessi dai propri utenti, in Diritto dell'Internet, 4/2007, 342; Contra, E. FALLETTI, I vestiti nuovi di eBay: operatore neutrale o intermediario attivo nelle aste su Internet?, in Diritto dell'Internet, 6/2008, 570. Per uno sguardo comparatistico si rinvia a: L. BUGIOLACCHI, Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Internet provider. Una sintesi di diritto comparato, in questa Rivista, 2000, 829; T. HOEREN, Liability for Online Services in Germany, in German Law Journal, 5/2009, 576; A. RU<sup>2</sup> HMKORF, eBay on the European Playing Field: A Comparative Case Analysis of L'Ore´al v eBay, in ScriptEd, Volume 6, Issue 3, August 2009, 685; S. STALLA-BOURDILLON, Regulating the electronic marketplace through extraterritorial legislation: Google and eBay in the line of fire of French judges, in International Review of Law, Computers & Technology, Vol. 24, No. 1, March 2010, 39; C. GORGE, Web 2.0 and User-Generated Content: legal challenger in the new frontier, in Journal of Information, Law and Technology, 2007 ([http://go.warwick.ac.uk/jilt/2007\\_2/george\\_-scerri](http://go.warwick.ac.uk/jilt/2007_2/george_-scerri)).

[2] Secondo quella che è l'interpretazione ancora dominante, le contrattazioni comunemente conosciute come « aste on line » non rientrerebbero nella fattispecie dell'asta tradizionale, ma rappresenterebbero delle « vendite a prezzo dinamico », alle quali è applicabile la disciplina in materia di contratti conclusi a distanza, ivi compreso il diritto di recesso a favore del consumatore. In questi termini, A. FALCONIO, Il recesso del consumatore, in (a cura di) R. BOCCHINI, Diritto dei consumatori e nuove tecnologie, 2003, 383; S. MARTINELLO, Il diritto di recesso dei consumatori, relazione presentata a Roma, il 17 febbraio 2004, al Convegno del Consiglio Superiore della Magistratura « Le tutele dei consumatori »; G. BRESSAN, Le aste on line, in (a cura di) G. CASSANO, Commercio elettronico e tutela del consumatore, 2003; E. FALLETTI, E uno, e due, e tre! Aggiudicato! eBay: contratto di vendita concluso a distanza e non asta on line, in Diritto dell'Internet, 2/2005, 134. Esclude invece che sia esperibile il rimedio penitenziale Bacciardi, il quale osserva, tra l'altro, che porre nelle mani del vincitore la disponibilità dell'effetto traslativo del bene acquistato all'asta telematica: « inficerebbe il corretto svolgimento della fase di aggiudicazione, favorendo l'accesso al sito di concorrenti in mala fede che, sotto l'ombrello protettivo della successiva facoltà di pentimento, potrebbero falsare la gara con offerte e rilanci non seri » (cfr. E.

BACCIARDI, Contratti telematici e diritto di recesso, in *I Contratti*, 2010, 386).

[3] In dottrina si parla anche di e-marketplace. Si definisce quest'ultimo come un programma software che consente a molteplici venditori e acquirenti di svolgere le loro attività di vendita e attività collegate su Internet. v. F. DESANTI, *The Evolution of Electronic B2b Marketplaces*, in *Practising Law Institute*, 2000, 370; AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Addressing Disputes in Electronic Commerce: Final Recommendations and Report*, in *Business Lawyer*, 2002, 426; G. LYMAN, *The Artiche 2b Debate and the Sociology of the Information Age*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2004, 1079; H. HARBOUR, *B2b Basics and Antitrust Issues*, in *Practising Law Institute*, 2001, 681.

[4] Parla di interazione tra utenti registrati G. BRESSAN, *Le aste on line*, in (a cura di) G. CASSANO, *Commercio elettronico e tutela del consumatore*, 2003.

[5] Comunemente si intende per tale quella modalità di conclusione del contratto on line che passa attraverso la visualizzazione sul monitor del PC connesso ad Internet del regolamento contrattuale predisposto dal commerciante on line, con il quale si richiede il riempimento dei campi (c.d. form) volutamente lasciati in bianco dal proponente: quali, ad esempio, il nome dell'aderente, il luogo ove si desidera venga spedita la merce, la indicazione di una modalità di pagamento (in genere carta di credito) e quant'altro sia ritenuto necessario ai fini della determinazione dell'accordo.

[6] L'espressione « condizioni generali » — in tedesco *allgemeine (geschäfts) Bedingung*— è sicuramente equivoca (come spiega N. PICARDI, *Condizioni generali e moduli o formulari: la Cassazione delimita l'ambito di applicazione degli art. 1341 e 1342 c.c.*, in *GC*, 2000, 1792). Mentre è, infatti, evidente che il termine condizione vada inteso nel senso di clausola e non di condizione in senso tecnico, possono invece sorgere dubbi sul significato da attribuire all'aggettivo « generale », che, dal punto di vista lessicale, definisce il genere e non la specie. Dato il contesto è evidente che il genus cui fare riferimento sia una categoria, più o meno ampia, di contratti: potrebbe quindi ritenersi generale quella clausola comune ad una serie di contratti, che può essere inserita in ciascuno di essi. Come è stato osservato, però, la Relazione al Codice Civile e il successivo art. 1342 c.c., sicuramente collegato al precedente, inducono ad intendere il termine nel senso di uniforme: in quest'ottica la clausola generale è quella destinata ad essere inserita, con il medesimo tenore, in una pluralità di contratti, in contrapposizione a quella particolare, il cui contenuto varia da contratto a contratto (v. P. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, 1954, 56). Tale interpretazione è sicuramente coerente con la ratio dell'art. 1341 c.c., che è quella di disciplinare il fenomeno dei contratti standards.

[7] In base a tariffe predeterminate da parte di eBay e periodicamente aggiornate su apposite pagine del sito.

[8] In base ad una tesi suffragata dalla Circolare del Ministero delle Attività Produttive n. 3547/C del 2002, qualora (come nel caso di eBay) il banditore d'asta si limiti a mettere a disposizione il servizio di contatto, ovvero lo strumento tecnologico, senza intervenire direttamente nella gara, si avrebbe attività di mediazione, soggetta all'iscrizione nel ruolo ordinario degli agenti di affari in mediazione. Sono, di contro, convinto che l'attività prestata da eBay non sia inquadrabile nell'ambito della mediazione, dovendo invece essere ricondotta ad un rapporto negoziale atipico che possiamo definire di « intermediazione » in senso lato. Non mi sembra, infatti, esatto ricondurre il rapporto ad alcuna delle figure tipiche presenti nel Codice Civile (mediatore, mandatario, rappresentante). Le peculiarità dell'attività svolta dal provider rendono, invero, inapplicabile al rapporto giuridico in questione, la disciplina prevista per i normo-tipi codificati. Sotto questo profilo, tra l'altro, si deve sottolineare il fatto che eBay non svolge alcuna attività di procacciamento diretto dei clienti a favore dell'imprenditore on line. In secondo luogo, è necessario evidenziare come il provider non agisca neppure in nome e per conto dell'imprenditore nella conclusione dei contratti tra quest'ultimo ed i consumatori. L'inquadramento dei contratti de qua si collocherà, pertanto, nell'ambito dei negozi di promozione in vendita e pubblicità, con commistione di hosting ed altri servizi di application service provider.

[9] Sulle modalità operative di eBay, v. F. CASAROSA, I siti di aste on-line: un esempio di regolazione delle comunità telematiche?, in questa rivista, 2007, 1125; U. DI BENEDETTO, Il caso eBay: un esempio di regole dettate dalla prassi che integrano la legge, in Rassegna dir. civ., 1/2010, 24.

[10] Sul tema, v. A. LISI, Il negozio telematico. I profili giuridici di un e-shop, 2007.

[11] Cfr. L.M. DE GRAZIA, I portali: come si configura il rapporto con la legge?, in Internet al sito degrazia.it., 2000.

[12] Mi sia consentito rinviare a: I.P. CIMINO, I contratti degli Internet providers e per i data services on line, in (a cura di) G. CASSANO, I.P. CIMINO, Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche, 2009, 40. In termini del tutto simili anche Bacciardi, il quale pone in luce la fallacia dell'equazione per cui lo sviluppo della New economy avrebbe comportato una progressiva « disintermediazione » dell'attività distributiva, osservando che: « a dispetto dell'affermazione secondo cui l'avvento di Internet nella società avrebbe segnato la "morte della distanza" — e, con essa, della necessità delle grandi imprese di ricorrere a forme di dislocazione territoriale per raggiungere il consumatore finale — l'impatto del commercio elettronico sui rapporti distributivi ha determinato il crescente impiego di forme di outsourcing e intermediazione on line » (cfr. E. BACCIARDI, op. cit., 388). Prima ancora, sul punto anche E.M. TRIPODI, La distribuzione commerciale on

line ed i modelli contrattuali, in (a cura di) E.M. TRIPODI, F. SANTORO, S. MESSINEO, Manuale di commercio elettronico, Milano, 2000.

[13] Cfr. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, provvedimento n. 20182, in Bollettino n. 33/2009.

[14] Un economista statunitense riferisce proprio di una reazione a catena, ad effetto oligopolistico: « in the model there is a feedback effect. Buyers want to be where the sellers are and sellers want to be where the buyers are. Importantly, the model assumes that more sellers make the marginal seller more likely to use the site. More sellers beget more sellers » (cfr. R. ADAMS, FTC Bureau of Economics Roundtable on the Economics of Internet Auctions: An Executive Summary, 2006, 7).

[15] Secondo i dati Nielsen Net Ratings (dicembre 2009) eBay si è classificato al primo posto fra i siti di e-commerce in Italia con oltre 6.6 milioni di visitatori e più di 700 milioni di pagine viste. Al livello globale eBay conta circa 90 milioni di utenti attivi nel mondo.

[16] Si veda, ad esempio, J. DELTAS, V. JEITSCHKO, Auction Hosting Site Pricing and Competition, 2006, 2: « Auction hosting sites, whether of the brick-and-mortar or Internet varieties, are firms whose product is the provision of a marketplace in which buyers and sellers can transact».

[17] Il dato è ancor più evidente se si considera l'esistenza di esercizi commerciali creati e pensati unicamente per operare mediante eBay. Piccoli esercizi che « fronte strada » sarebbero destinati a soccombere schiacciati dalla grande distribuzione, stanno trovando ossigeno nel « marketplace » di eBay.

[18] D'altro canto non va, tuttavia, trascurato l'impulso positivo che eBay ha dato al commercio elettronico. Gli imprenditori che gestiscono attività professionali su eBay in Italia sono circa 18.000 (giugno 2009) e le loro vendite nei trascorsi 12 mesi hanno generato un giro d'affari per oltre 270 milioni di euro. Il sito italiano di eBay consente al nostro Paese di trovarsi tra le prime quattro nazioni europee per volume di vendite professionali online, insieme a Germania, Regno Unito e Francia. Grazie alle oltre 300.000 attività commerciali presenti sui rispettivi quattro siti eBay e ad un giro d'affari complessivo annuale di 5,7 miliardi di euro l'anno, il commercio elettronico in questi mercati rappresenta un contributo significativo all'economia europea.

[19] V. in particolare la compiuta ricostruzione della disciplina di P. FABBIO, L'abuso di dipendenza economica, 2006; nonché le analisi di G. COLANGELO, L'abuso di dipendenza economica fra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti, 2004; R. NATOLI, L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato, 2004; F. PROSPERI, Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici, 2002 (e ID., Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale, in Rass. dir. civ., 1999, 639); C. OSTI, Riflessioni sull'abuso di dipendenza economica, in Mercato concorrenza regole, 1999, 9.

[20] Rilevo che la dottrina unanime sembra aver escluso che la norma preveda la nullità dell'intero contratto, anche in virtù della lettera della disposizione che fa espresso riferimento alla nullità del patto, a cui ben potrebbe attribuirsi il significato di clausola utilizzato dall'art. 1419, primo comma, c.c.

[21] Da ultimo sul tema si v. G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, 2009. Sullo specifico argomento dell'abuso di dipendenza economica per abuso di « dipendenza tecnologica », si v. l'interessante e recentissima opera di F. LAZZARELLI, *L'equilibrio contrattuale nelle forniture di sistemi informatici*, 2010. Secondo l'autrice la prassi negoziale, consolidatasi nell'ultimo trentennio, dimostra che lo squilibrio tecnologico non determina sic et simpliciter uno squilibrio contrattuale. Esso inficia l'equità del rapporto e sollecita un intervento riequilibrativo (correttivo o integrativo) di fonte eteronoma soltanto allorché ne scaturisca un abuso da parte del professionista informatico ed un danno per l'utilizzatore. L'esigenza di contrastare i c.d. abusi di dipendenza tecnologica — assimilabili, in rapporto da species a genus, alla più generale categoria dell'abuso del diritto — sollecita un'indagine al fine di verificare, all'interno del sistema normativo italo-comunitario, la sussistenza di regole e di principi idonei a tutelare efficacemente il c.d. « consumatore informatico » dalle vessazioni delle software houses.

[22] Con riguardo alla incidenza di tale asimmetria sul rapporto una parte della dottrina ha evocato la figura del c.d. terzo contratto. L'espressione è stata coniata da R. PARDOLESI, Prefazione, in (a cura di) G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, 2004. Da ultimo sul tema si v. E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, « terzo contratto »*, in *Contr. E impr.*, 2009, 120.

[23] Una parte consistente dell'analisi economica sostiene che le condotte predatorie sopra descritte non si limitano a spostare ricchezza (cioè, a determinare effetti redistributivi) dall'impresa che subisce il comportamento opportunistico a quella che lo mette in atto, ma lanciano altresì segnali poco rassicuranti al resto del mercato. In altri termini, tali condotte compromettono il buon funzionamento (e l'efficienza) del mercato concorrenziale, poiché disincentivano gli investimenti ottimali ed i comportamenti cooperativi (e dunque costituiscono, dal punto di vista giuridico, un abuso, cioè un illecito).

[24] Cfr. E. BACCIARDI, *op. cit.*, 389.

[25] La nuova formulazione dell'art. 9, comma terzo, della Legge n. 192 del 1998, così recita: « il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni ».

[26] F. DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, II, 789.

[27] Cfr. M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, 2003, 58. Della stessa opinione Natoli, il quale afferma che: « gli estremi di un abuso di dipendenza economica sono integrati soltanto dal tentativo di approfittare della assenza di alternative di mercato indotta dal compimento di investimenti specifici ad una determinata relazione commerciale, per estorcere all'impresa indebolitasi utilità ulteriori rispetto a quelle liberamente scambiate con la stipula del contratto » (cfr. R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *I Contratti*, 2010, 528; v. anche ID., *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, 2004).

[28] Si tratterà , in primo luogo, dei c.d. «Negozi eBay ».

[29] Si parla espressamente di « mercato virtuale » nella già citata decisione dell'Agcm, v. *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, provvedimento n. 20182, in *Bollettino* n. 33/2009.

[30] Un particolare investimento specifico compiuto dall'impresa è quello che concerne gli sforzi per ottenere un elevato grado di reputazione. Nell'ambito di eBay l'importanza di commenti favorevoli da parte degli acquirenti, i c.d. feed-back, è stata posta in evidenza in uno studio condotto da due economisti, v. C. CABRAL, E. HORTACSU, *The Dynamics of Seller Reputation: Theory and Evidence from eBay*, 2004. Nello studio si giunge ad affermare perfino che i venditori hanno più da guadagnare dal « comprare una reputazione » con la costruzione di un record di commenti favorevoli, piuttosto che dalle vendite in se'.

[31] Sulla nozione di switching costs, v. A. KLEMPERER, *Competition when consumers have switching costs: an overview with applications to industrial organization, macroeconomics and international trade*, in *Review of Economic Studies*, 1995, 515.

[32] In termini più generali anche Bacciardi, il quale osserva che le peculiarità dei costi che caratterizzano l'organizzazione di un'attività commerciale su Internet: « si riflettono sulla determinazione della congruità del preavviso di recesso nei rapporti collaborativi di durata, in ragione dell'intima connessione tra il tempo necessario per la riallocazione degli investimenti effettuati e la durata del preavviso stesso » (cfr. E. BACCIARDI, *op. cit.*, 390).

***Il contratto di sponsorizzazione.  
Dall'atto di liberalità alla pratica commerciale.***

**di  
Valeria Falce**

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Continua. Dalla donazione al contratto atipico; 3. Il contratto di sponsorizzazione come fattispecie pubblicitaria e di pratica commerciale;

1. Premessa. [\*]

Il fenomeno della sponsorizzazione ha registrato nel tempo una profonda evoluzione che ne ha inciso in maniera notevolissima la funzione e - di riflesso - i tratti distintivi.

Così, mentre Gaio Plinio Mecenate la invocava, in qualità di spondeo, per patrocinare con spirito di liberalità le arti e le scienze, la figura negoziale all'esame ha progressivamente sfumato la struttura unilaterale e il carattere essenzialmente liberale che lo contraddistinguevano. Il risultato di siffatta graduale trasformazione è che, nella sua attuale configurazione, la sponsorizzazione identifica quel contratto di "nuova" emersione in virtù del quale una parte, denominata «sponsee», si obbliga, dietro corrispettivo, ad associare alla propria attività il nome o il segno distintivo di una controparte, denominata «sponsor», divulgandone in tal modo l'immagine o il marchio presso il pubblico.

La definizione che precede non si limita ad identificare il contenuto tipico della sponsorizzazione, consistente nell'associare a manifestazioni culturali di vario genere (sportive, scientifiche, politiche, di spettacolo, ecc.) il nome o il segno che si intende pubblicizzare. Ma consente altresì di risalire al lineamento essenziale del contratto in oggetto che sta nel creare un rapporto diretto e palese dei segni distintivi di una parte con l'attività di diversa natura dell'altra e, in ultima analisi, collegare la divulgazione pubblicitaria alle attività svolte dall'impresa che sponsorizza e soprattutto alle vicende specifiche dell'evento culturale.

2. Continua. Dalla donazione al contratto atipico.

Nel suo stadio embrionale, dunque, la sponsorizzazione configurava una donazione a favore di un terzo, ai sensi dell'art. 769 cc. Qui, secondo la lettura proposta da Franceschelli, la fattispecie rilevante

assumeva una struttura unilaterale che poggiava sullo spirito di liberalità del mecenate, il quale offriva il proprio contributo allo sponsee senza aspettarsi o pretendere alcuna controprestazione.

Una fase intermedia è quella che ha traghettato il contratto verso la c.d. sponsorizzazione impropria. Il fenomeno ricalcava i tratti della donazione modale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 793 cc, così che a fronte di una chiara manifestazione di liberalità, la donazione veniva gravata di un onere a carico del beneficiario e accompagnata da "un non velato intento di ottenere un ritorno pubblicitario". Per l'effetto, il soggetto sponsorizzato si obbligava a tollerare la pubblicizzazione da parte dello sponsor di aver contribuito all'organizzazione di un evento e, quindi, a fronte dell'erogazione di una liberalità avente ad oggetto una somma di denaro da utilizzare per un determinato scopo, il beneficiario concordava che la circostanza dell'attribuzione patrimoniale venisse resa pubblica.

Con la terza e conclusiva tappa dell'ideale iter ricostruttivo proposto da Franceschelli si approda alla sponsorizzazione vera e propria, vale a dire al contratto a struttura tipicamente bilaterale, carattere oneroso e prestazioni corrispettive. Completato il processo di "metamorfosi", il negozio che ne risulta non condivide alcun carattere con le figure che ne hanno costituito l'antecedente logico-giuridico, perché l'animus che connota la donazione, quand'anche modale, manca alla sponsorizzazione, che viceversa si esprime nello scambio sinallagmatico e rispetto alla quale le prestazioni assumono carattere di corrispettività. A segnare, in sintesi, la linea di confine tra la sponsorizzazione e i negozi che in una logica storica la hanno preceduta è il tipo sociale, che lì (nella sponsorizzazione) ruota attorno alla onerosità del contratto e dunque alla sua corrispettività, mentre qui (nella donazione, quand'anche modale) poggia sullo spirito liberale.

3. Il contratto di sponsorizzazione come fattispecie pubblicitaria e di pratica commerciale.

Si è premesso che il contratto di sponsorizzazione è finalizzato alla promozione dell'immagine di una parte, rendendone riconoscibile i segni distintivi e associandoli ad una immagine positiva. Si può ora precisare che tale negozio non accede ad uno specifico modello legale, ma rientra nel novero dei contratti atipici, anche se nominati, a prestazioni corrispettive, con finalità pubblicitaria.

È da ascrivere ai contratti nominati perché si tratta di una figura disciplinata non in sé e per sé, ma esclusivamente in relazione a specifici settori. Al contempo rientra tra i contratti atipici perché manca

di una disciplina legale, che ne identifichi oltre il contenuto anche la causa e l'oggetto. Le parti, dunque, nell'esercizio della propria autonomia, incontrano l'unico limite di realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico: a tal fine, l'oggetto del contratto deve essere possibile e astrattamente realizzabile, lecito e pertanto non contrario a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume, nonché determinato o almeno determinabile in riferimento alle obbligazioni assunte dalle parti. Trattandosi di un contratto atipico a carattere sinallagmatico, la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, della controparte ai sensi dell'art. 1174 cc.

Quanto al contenuto, oltre all'indicazione delle parti che stipulano l'accordo, il contratto deve prevedere la descrizione del segno che dovrà essere diffuso e comunque pubblicizzato, l'indicazione non solo degli obblighi di promozione pubblicitaria gravanti sul soggetto sponsorizzato, ma anche dell'ammontare e delle modalità di pagamento del corrispettivo, nonché della durata del contratto e degli eventuali rinnovi. A regolare in maniera più puntuale il rapporto possono evidentemente concorrere altre pattuizioni

A fronte, dunque, della multiformità del fenomeno e la poliedricità delle forme che assume, la funzione negoziale è unica e viene individuata nell'utilizzazione a fini pubblicitari di un'attività che si pone come veicolo diretto della diffusione di un determinato messaggio pubblicitario. La causa del contratto di sponsorizzazione non è la realizzazione di un ritorno pubblicitario, ha lucidamente notato M. Bianca, ma la realizzazione del ritorno pubblicitario attraverso la veicolazione dichiarata e palese di un'attività di diversa natura, finanziata dallo sponsor.

In ultima analisi, i lineamenti della sponsorizzazione consentono di collocarla nell'ampio genus dei contratti di pubblicità, costituendone una species dotata di rilevanza autonoma. La comunicazione, infatti, è finalizzata non all'esaltazione della qualità del prodotto o del servizio, bensì alla divulgazione di un segno distintivo o di altre rappresentazioni ritenute qualificanti ai fini di una larga diffusione e commercializzazione del prodotto; da questo punto di vista, la sponsorizzazione identifica una specifica forma di comunicazione, attraverso cui lo sponsor non mira a pubblicizzare i propri prodotti per sollecitarne l'acquisto da parte del pubblico dei consumatori, ma piuttosto a diffondere il proprio marchio, al fine di sottolinearne e ampliarne il prestigio o comunque a magnificarlo.

Senonchè, in quanto fattispecie pubblicitaria, la sponsorizzazione accede ora anche alla nozione di pratica commerciale ai sensi degli artt. 18 e seguenti del Codice del Consumo nella misura in cui è in grado di interferire sulla capacità di auto-determinazione del consumatore.

Il che non è privo di conseguenze. Al contrario, almeno in linea di principio, tale qualificazione espone entrambe le parti ad un onere rafforzato di diligenza nella dialettica con i consumatori. In particolare, l'esposizione si estende allo sponsor e allo sponsee perché quella delle pratiche commerciali è una normativa che si applica ai professionisti, identificati indistintamente come coloro che realizzano una pratica commerciale o che comunque traggono un beneficio diretto e qualificato dalla sua diffusione; e grava sia lo sponsor che lo sponsee di un onere di diligenza rafforzato perché la disciplina pone i professionisti in una posizione di garanzia, e li carica di un dovere di protezione. Per l'effetto, al fine di allinearsi al paradigma della diligenza, sponsor e sponsee devono attenersi al normale grado di speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si attendono da un professionista nei confronti di un consumatore mediamente avveduto ed informato, tenuto conto dei principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista.

In concreto, dunque, oltre a modulare la rispettiva condotta alla luce dei tradizionali principi della diligenza e della buona fede oggettiva, le parti del contratto dovranno conformarsi ad uno standard di "correttezza", che salda la nozione di "diligenza" (nei rapporti tra professionista e consumatori) a quella di "correttezza" (che si applica ai rapporti tra concorrenti) disciplinata dalle norme repressive sulla concorrenza sleale. Questo comporta che l'adeguatezza al canone della diligenza andrà commisurata al rispetto delle pratiche di mercato oneste nel settore di attività del professionista e dunque intesa come coerenza ad un modello di costituzione economica in cui il "mercato" è il punto di equilibrio di una serie composita e variegata di interessi: quelli degli imprenditori, quelli dei consumatori, quelli "pubblici" ad un assetto efficiente, e così via.

In sintesi, la corrispondenza al canone della diligenza dipenderà non tanto e solo dal grado di aderenza della pratica commerciale alle regole deontologiche, soggettive interne o alle best practice che governano il settore di attività in cui la pratica insiste. Piuttosto, queste rileveranno se e nella misura in cui riflettono regole oggettive esterne che in quello specifico settore di attività esprimono i principi fondamentali attinenti al buon funzionamento dei mercati. E ciò perché la normativa sulle pratiche commerciali impone l'adozione di modelli di comportamento

desumibili dal quadro regolamentare di riferimento, ove esistente, nonché dall'esperienza propria del settore di attività e dalle finalità di tutela perseguite dal Codice del Consumo, ove concretamente esigibili, in un'ottica di bilanciamento tra la libertà di iniziativa economica di impresa e il diritto dei consumatori a determinarsi consapevolmente in un mercato concorrenziale. La diligenza, in conclusione, andrà misurata in termini di rispetto di regole oggettive di comportamento, di ottemperanza ai doveri di informazione, cura e conoscenze specialistiche funzionali ad una scelta del consumatore consapevole ed informata. Sponsor e sponsee rimarranno pertanto imbrigliati nella maglie della disciplina delle pratiche commerciali ove si discostino dal paradigma della diligenza, così interferendo in ultima analisi sulle scelte commerciali dei consumatori.

-----  
Note:

Per una più ampia trattazione mi si permetta di rinviare a V. Falce. Il contratto di sponsorizzazione. Profili ricostruttivi, in via di pubblicazione in Contratti di pubblicità e sponsorizzazione, a cura di Buonocore-Costi.

***Il foro competente nei contratti conclusi dal professionista per esigenze personali***

**di  
Davide Mula**

Cassazione civile, sezione III, (ord.), 20 marzo 2010, n. 6802

**Sentenza**

È stata depositata in cancelleria relazione che, emendata da errori materiali, di seguito si riproduce:

«N. propone istanza di regolamento di competenza avverso l'ordinanza del 12/1/2009 emessa dal G.I. del Tribunale di Trento di rigetto della sollevata eccezione di incompetenza territoriale per dedotta violazione del foro del consumatore, deducendo trattarsi di controversia avanti a quel giudice introdotta dalla Coop. A. con domanda di pagamento di somme asseritamente dovute in relazione all'esecuzione di contratto d'appalto stipulato per la ristrutturazione dell'immobile di sua proprietà sito in Regnana di Bedollo.

Con unico complesso motivo il ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 3, art. 33 lett. u), ss., artt. 1469 bis ss. e 1341 c.c. in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Si duole che il giudice adito abbia erroneamente escluso l'applicabilità nel caso della suindicata disciplina di tutela del consumatore, laddove «non può esservi dubbio alcuno che in questa fattispecie si verte in chiara ipotesi di contratto con il consumatore perché il contratto di appalto del 07.07.2005 è stato stipulato tra la persona fisica del consumatore N. e l'impresa appaltatrice Coop. A. ed in quel contratto la clausola con cui, senza nessuna specifica trattativa, né specifica approvazione né duplice necessaria sottoscrizione, si è stabilita come sede del foro competente località diversa da quella di residenza del consumatore (ovvero Trento, sede dell'impresa, invece che Catania, residenza del convenuto) è vessatoria (cit. D.Lgs. n. 206 del 2005, ex art. 33, comma 2, lett. U) e art. 1341 c.c.) e priva di effetto».

Lamenta essere nel caso evidente che «con il contratto di appalto per cui è giudizio N. ha concluso un contratto per soddisfare esigenze estranee alla sua attività (lavori edili, idraulici ed elettrici per la ristrutturazione di un suo immobile) mentre la Coop. A. ha posto in essere un contratto

strettamente e specificamente inerente l'esercizio della sua propria attività imprenditoriale e nell'ambito di questa».

Lamenta ulteriormente non rimanere la vessatorietà, e quindi la conseguente nullità, della clausola contrattuale di determinazione della competenza territoriale nel caso esclusa in ragione della coincidenza con uno dei fori legali di cui agli artt. 18 e 20 c.c. atteso che la competenza a decidere ogni controversia concernente il contratto *de quo* è «unicamente» quella, «speciale ed esclusiva», «coincidente con il foro del convenuto-consumatore», e pertanto «quella del Tribunale di Catania - Sezione distaccata di Mascalucia».

Pone conclusivamente alla Corte i seguenti quesiti.

1) «In ipotesi in cui le somme richieste dalla parte attrice siano incerte, illiquide ed inesigibili e non risultino dalla fonte convenzionale, non siano determinate né facilmente determinabili in base agli elementi precostituiti nel titolo convenzionale né solo in base ad un semplice calcolo aritmetico, dovendosi invece ancora determinare e liquidare dalle parti o, in loro sostituzione dal giudice, mediante indagini ed operazioni diverse dal semplice calcolo aritmetico, si verte in una delle ipotesi fra quelle previste dall'art. 1182 c.c., comma 4, (ovvero il domicilio del debitore quale luogo di adempimento) e, quindi, se (o che) ai fini della individuazione del giudice competente ai sensi dell'art. 20 c.p.c. non è rilevante la qualificazione del contratto essendo determinante, invece, la circostanza che il prezzo o corrispettivo della prestazione convenuta non risulta determinato convenzionalmente, con la conseguenza che il credito vantato deve ritenersi illiquido, ed a tali casi si applicano le regole generali sulla competenza per territorio, ex art. 18 c.c., ed il foro territorialmente competente è quello del convenuto»;

2) «Ai sensi delle disposizioni di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005 e succ. mm., e ii. è consumatore il soggetto-persona fisica che, anche se svolge attività imprenditoriale o professionale, conclude un contratto (avente ad oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi, nella specie appalto privato di lavori di ristrutturazione edili, elettrici ed idraulici) per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività, mentre deve essere considerato professionista sia la persona fisica, sia quella giuridica, pubblica e/o privata, che, invece, utilizza il contratto (avente ad oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi) nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale e se (o che) in tali casi si applica la disciplina di cui all'art. 1469 bis c.c. e, dunque, anche l'art. 1341 c.c. in materia di vessatorietà delle clausole che eventualmente stabiliscano, senza alcuna specifica

trattativa ed approvazione, come sede del foro competente una località diversa da quella di residenza o di domicilio elettivo del consumatore»;

3) «In tema di contratti del consumatore, per il principio del favor voluto dal legislatore del D.Lgs. n. 206 del 2005, il foro del consumatore - quale che sia la sua posizione processuale - è esclusivo, ed appunto, esclude ogni altro, in particolare anche quelli di cui agli artt. 18 e 20 c.p.c., e si pone rispetto alla normativa codicistica come foro speciale, sicché la clausola contrattuale che stabilisca come sede del foro competente una località diversa da quella di residenza o di domicilio elettivo del consumatore, anche se il foro indicato come competente coincida con uno dei fori legali di cui agli artt. 18 e 20 c.c. è vessatoria e, pertanto, invalida, nulla e priva di giuridico effetto»;

4) «In materia di contratti del consumatore, è stato previsto un nuovo foro speciale ed esclusivo rispetto ad ogni altro, con la conseguenza che, qualsiasi clausola che abbia a stabilire un foro diverso da quello di residenza del consumatore è da ritenersi vessatoria, priva di effetto e contro legge, in quanto determinante a carico del consumatore un significativo squilibrio dei suoi diritti processuali». Resiste con controricorso la Coop. A., deducendo risultare «*per tabulas* che il contratto intervenne tra il professionista Coop. A., impresa edile, e l'Architetto N. in qualità di proprietario e di progettista dei lavori», sicché «Pare evidente che l'arch. N. ha deliberatamente ed espressamente concluso il contratto in una qualità, quella di progettista, che era e non poteva che essere professionale, perché in mancanza di tale qualità non avrebbe potuto stipulare il contratto nella veste dichiarata». E «stipulare il contratto in qualità di progettista significa sottoscriverlo nell'esercizio della professione o quantomeno per uno scopo connesso. A rigore, atteso che l'arch. N. si è comunque presentato sin dalle trattative precontrattuali come progettista e come direttore dei lavori sarebbe stato da considerare professionista, anche se avesse poi firmato il contratto solo come proprietario, perché le norme di protezione hanno un senso solo in quanto tutelano un soggetto debole, e una stessa persona non può essere utente e professionista contemporaneamente nello stesso contratto. È semmai irrilevante che l'arch. N. fosse anche proprietario, anziché solo mandatario del proprietario».

Il ricorso dovrà essere dichiarato fondato nei termini di seguito indicati. Trattasi nel caso di contratto, redatto per scrittura privata, di appalto privato negoziato tra i signori «Juri Tessandri ... in qualità di legale rappresentante della società cooperativa Coop. A.» ed il committente «Architetto N., [omissis] in qualità di proprietario dell'immobile sito in

Regnana frazione del comune di Bedollo in [omissis] e di progettista dei lavori successivamente descritti», per «l'esecuzione dei lavori inerenti la sostituzione del tetto e altre opere murarie, idrauliche ed elettriche dell'immobile sito in Regnana frazione del comune di Bedollo in [omissis]».

Contratto recante in chiusura la clausola del seguente tenore: «Le parti convengono che per qualunque controversia il foro competente è il foro di Trento». Con a seguire le firme di entrambe le parti, al di sotto della formula «Per accettazione di tutte le clausole».

Nell'impugnato provvedimento il giudice di merito ha dichiarato che «l'eccezione di incompetenza per territorio risulta infondata, non vertendosi nell'ambito di contratti con il consumatore». Va anzitutto osservato che la disciplina dettata dal D.Lgs. n. 206 del 2005 (cd. Codice del consumo), in cui è stata riversata quella dettata al Capo XV bis c.c., è applicabile ai contratti stipulati tra il consumatore ed il professionista (D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 3, comma 1). Siffatta applicazione prescinde invero dal tipo contrattuale dalle parti poste in essere (e ciò già in base alla previgente disciplina recata all'art. 1469 bis ss. c.c., *a fortiori* all'esito della soppressione dell'inciso che ha per oggetto la cessione di beni o la prestazioni di servizi da parte della L. n. 526 del 1999, art. 25 - Legge Comunitaria del 1999), e dalla natura della prestazione oggetto del contratto (v. Cass., 24/11/2008, n. 27911), essendo rilevante, come sottolineato anche in dottrina, il mero fatto che risulti concluso un contratto tra un soggetto (professionista) per il quale lo stesso costituisca atto di esercizio della professione, e cioè dell'attività imprenditoriale o di professionista intellettuale (v. Cass., 27/2/2009, n. 4914; Cass., 26/9/2008, n. 24257) o che rientri nel quadro della medesima in quanto volto a realizzarne una connessa finalità (v. Cass., 10/7/2008, n. 18863; Cass., 13/6/2006, n. 13643), ed altro soggetto (consumatore) per il quale, pur essendo se del caso il medesimo un professionista, il contratto sia funzionalizzato a soddisfare viceversa esigenze della vita comune di relazione estranee all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale (cfr. già Cass., 25/7/2001, n. 10127).

Orbene, dal sopra riportato tenore testuale dell'accordo contrattuale emerge evidente che il contratto ha ad oggetto la ristrutturazione di un immobile da parte della società Coop. A., la quale ha stipulato in vista dell'espletamento dell'attività imprenditoriale sua propria, e pertanto sicuramente nella qualità di professionista, in favore del committente N., al fine della realizzazione delle proprie esigenze di proprietario dell'immobile di abitazione in questione, laddove nessun elemento

idoneo a diversamente deporre viene al riguardo quantomeno dedotto dalla odierna controricorrente (cfr. Cass., 21/7/2006, n. 16752), non potendo invero riconoscersi decisivo rilievo, al fine di addivenire alla conclusione che la stipulazione del contratto abbia per il committente nel caso integrato atto della sua attività di architetto, alla mera circostanza che l'esecuzione dei commissionati lavori dovesse nella specie avvenire sulla base di un progetto dal medesimo redatto.

Ricorrono a tale stregua le condizioni per l'applicabilità della disciplina di tutela del consumatore dettata al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33 ss. (cd. Codice del consumo), giacché - come anche in dottrina si è osservato - allorché come nella specie stipula un contratto non nell'esercizio della sua professione un soggetto è invero per ciò stesso debole rispetto alla controparte per la quale invece tale stipulazione integri un atto della professione, con conseguente necessità di farsi pertanto luogo al giudiziale controllo, di carattere sostanziale, della regolamentazione contrattuale dalle parti posta in essere.

La disciplina di tutela in argomento deve allora ricevere in tale ipotesi comune e generale applicazione, in presenza cioè sia di contratti conclusi mediante moduli o formulari unilateralmente predisposti - in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti - da uno dei contraenti, sia di contratto da uno dei contraenti predisposto in vista della singola stipula per lo specifico affare (v. Cass., 27/2/2009, n. 4914; Cass., 26/9/2008, n. 24262).

Trattasi di disciplina invero altra e diversa da quella - concorrente - posta dall'art. 1341 ss. c.c. essendosi al riguardo sottolineato che, laddove l'onerosità ex art. 1341 c.c., comma 2 attiene a contratti unilateralmente predisposti da un contraente in base a moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti, la vessatorietà D.Lgs. n. 206 del 2005, ex art. 33 ss. può invece attenere anche al singolo contratto (v. Cass., 26/9/2008, n. 24262).

La disciplina posta dal Codice del consumo è infatti volta a garantire e tutelare il consumatore dalla unilaterale predisposizione e sostanziale imposizione del contenuto contrattuale da parte del professionista, quale possibile fonte di abuso, sostanziantesi nella preclusione per il consumatore della possibilità di esplicitare la propria autonomia contrattuale, nella fondamentale espressione rappresentata dalla libertà di determinazione del contenuto del contratto.

Con conseguente alterazione, su un piano non già solamente economico, della posizione paritaria delle parti contrattuali idoneo a ridondare, mediante l'imposizione del regolamento negoziale unilateralmente predisposto, sul piano dell'abusivo assoggettamento di

una di esse (l'aderente) al potere (anche solo di mero fatto) dell'altra (il predisponente).

Evidente è pertanto che non solo mediante la unilaterale predisposizione di moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti, ma anche in occasione della stipulazione come nella specie di un singolo contratto redatto per uno specifico affare, il professionista può invero, mediante l'unilaterale predisposizione ed imposizione del relativo contenuto negoziale, affermare la propria autorità (di fatto) contrattuale sul consumatore.

La lesione dell'autonomia privata del consumatore, riguardata sotto il segnalato particolare aspetto della libertà di determinazione del contenuto dell'accordo, fonda allora sia nell'una che nell'altra ipotesi l'applicazione della disciplina di protezione in argomento.

Nel che si coglie la pregnanza e la specificità del relativo portato.

A precludere l'applicabilità della disciplina di tutela del consumatore in argomento è invero necessario che ricorra il presupposto oggettivo della trattativa D.Lgs. n. 206 del 2005, ex art. 34, comma 4, caratterizzata dagli indefettibili requisiti della individualità, serietà ed effettività (v. Cass., 26/9/2008, n. 24262).

Trattativa la cui sussistenza è pertanto da considerarsi un *prius* logico rispetto alla verifica della sussistenza del significativo squilibrio in cui riposa l'abusività della clausola o del contratto, sicché spetta al professionista che invochi la relativa inapplicabilità dare la prova del fatto positivo dello svolgimento della trattativa e della relativa idoneità, in quanto caratterizzata dai suindicati imprescindibili requisiti, ad atteggiarsi ad oggettivo presupposto di esclusione dell'applicazione della normativa in argomento (v. Cass., 26/9/2008, n. 24262. Cfr. altresì Cass., 28/6/2005, n. 13890).

In giurisprudenza di legittimità si è affermato, con riferimento alle disposizioni di cui all'art. 1469 bis c.c., comma 3, n. 19, e art. 1469 ter c.c. che il cd. foro del consumatore è esclusivo ma derogabile, altresì precisandosi che la presunzione di vessatorietà della clausola di relativa deroga è superabile, ad onere del professionista, solamente con la dimostrazione dell'essere (quantomeno solamente) la medesima stata oggetto di specifica trattativa (v. Cass., 24/11/2008, n. 27911; Cass., 6/9/2007, n. 18743). E ciò anche laddove la pattuizione si sia tradotta nell'indicazione derogatoria di una località coincidente con l'applicazione di uno dei criteri delineati dal codice di rito (v. Cass., Sez. Un., 1/10/2007, n. 14669. V. altresì Cass., 23/2/2007, n. 4208; Cass., 8/3/2005, n. 5007).

Sotto altro profilo, questa Corte ha sottolineato che allorquando come nella specie il consumatore, convenuto avanti a foro diverso da quello proprio, eccepisca l'incompetenza territoriale del giudice avanti al quale è stato tratto, al medesimo incombe di allegare che trattasi di controversia concernente un contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, ovvero come nella specie dal professionista unilateralmente predisposto per il singolo affare.

Atteso che, avuto riguardo ai sopra richiamati precedenti, questa Corte ha già avuto modo di precisare che la trattativa spiega invero rilievo non già ai fini dell'accertamento della vessatorietà o abusività della clausola bensì dell'applicazione o meno della disciplina di tutela del consumatore in argomento, di cui come detto costituisce oggettivo presupposto di esclusione (v. Cass., 26/9/2008, n. 24262), va conseguentemente osservato che in presenza della suindicata allegazione da parte del consumatore convenuto spetta quindi al professionista, che contrapponga la sussistenza di una clausola di deroga del foro del consumatore, dare la prova positiva che essa è stata oggetto di specifica trattativa idonea - in quanto caratterizzata dagli imprescindibili requisiti della individualità, serietà ed effettività - ad escludere l'applicazione della disciplina di tutela del consumatore (ora) posta dal Codice del consumo.

Come anche in dottrina osservato, con specifico riferimento al disposto normativo dell'art. 1469 ter c.c., comma 4 (nel sottolinearsi la diversità al riguardo della soluzione adottata dall'ordinamento italiano rispetto a quella posta dalla Direttiva 93/13/CEE), non è infatti l'assenza di trattativa a rilevare quale presupposto di applicazione della disciplina di tutela del consumatore in argomento, ma al contrario è lo svolgimento della trattativa ad atteggiarsi quale oggettivo presupposto di esclusione della relativa applicazione.

Non è allora il consumatore a dover provare il fatto negativo della mancanza di negoziazione, ma è invece il professionista che intenda far valere la disapplicazione, nel singolo caso concreto, della disciplina di tutela del consumatore a dover dare la prova del fatto positivo del prodromico svolgimento di una trattativa dotata dei caratteri essenziali suoi propri, quale fatto impeditivo della relativa applicazione.

Si evince, a tale stregua, che (così come già l'art. 1469 ter c.c., commi 4 e 5) il D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 34, commi 4 e 5 debbono, come sostenuto anche in dottrina con riferimento alla analoga previgente normativa, essere letti non già in termini di contrapposizione, e facendo valere l'*argumentum a contrario*, bensì in modo collegato e coordinato,

nel quadro di un'interpretazione sistematica che ne privilegi gli aspetti funzionali, riconoscendosi che al di là di ogni ridondanza formale il D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 34, comma 5 (così come già l'art. 1469 ter c.c., commi 4 e 5) in realtà esplicita e ribadisce una regola sulla ripartizione della prova volta a favorire, o quantomeno ad alleggerire, la posizione processuale del consumatore, giacché nell'operare una scelta di carattere sicuramente qualitativo il legislatore ha come detto posto l'onere della prova in capo alla parte - il professionista - che in base al ruolo svolto (anche) nel rapporto contrattuale ha senz'altro maggiore possibilità di fornirla.

Tali principi sono stati da questa Corte già ritenuti senz'altro applicabili anche con riferimento alla previgente disciplina, analoga a quella ora posta dal D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 2, lett. u), cd. Codice del consumo (v. Cass., 26/9/2008, n. 24262).

Orbene, dalla Coop. A. nel caso non risulta invero data, e nemmeno offerta, prova alcuna circa l'avvenuto svolgimento della trattativa in argomento.

Allorquando come nella specie la disciplina di tutela del consumatore in argomento trova applicazione, ai sensi del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 2, lett. u), (e già art. 1469 bis c.c., comma 3, n. 19) la clausola con la quale si deroga al cd. foro del consumatore, stabilendosi come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore, è quindi presuntivamente vessatoria.

Non trattandosi di ipotesi di vessatorietà *iuris et de iure* prevista (già all'art. 1469 quinquies c.c., comma 2 ed ora) al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 36, comma 2, (in base cioè a valutazione operata *ex ante* dal legislatore in ogni caso integrante il significativo squilibrio, sicché l'applicabilità della disciplina di tutela del consumatore non rimane esclusa neanche in presenza di trattativa), bensì solamente *iuris tantum*, la presunzione di vessatorietà - deponente per la nullità D.Lgs. n. 206 del 2005, ex art. 36, comma 2, di una o più clausole di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 2, può essere invero dal professionista vinta solamente fornendo idonea prova contraria, dimostrando cioè che nel caso concreto la clausola, valutata sia singolarmente che in connessione con le altre delle quali si compendia il contenuto del contratto, non realizza un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, in cui ai sensi del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 1, la vessatorietà della clausola o del contratto (esclusivamente) si sostanzia.

Orbene, la Coop. A. non ha nel caso invero dato, e nemmeno offerto di dare, nemmeno prova idonea a vincere la presunzione di vessatorietà, D.Lgs. n. 206 del 2005, ex art. 36, comma 2, lett. u) della clausola di deroga del foro del consumatore recata dal contratto *de quo*.

Assorbita ogni altra e diversa questione, ai suindicati quesiti andrà pertanto data risposta con l'enunciazione dei seguenti principi.

1) Ai sensi del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 2, lett. u), nelle controversie tra consumatore e professionista la competenza territoriale spetta al giudice del luogo in cui il consumatore ha la residenza o il domicilio elettivo.

2) La disciplina di tutela del consumatore posta al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33 ss. (cd. Codice del Consumo) prescinde dal tipo contrattuale dalle parti poste in essere e dalla natura della prestazione oggetto del contratto, trovando applicazione sia in caso di predisposizione di moduli o formular in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti che di contratto singolarmente predisposto per uno specifico affare.

3) Se il consumatore, convenuto avanti a foro diverso da quello suo proprio, eccepisce l'incompetenza territoriale del giudice avanti al quale è stato tratto, al medesimo incombe di allegare che trattasi di controversia concernente contratto cui, pur essendo stato esso come nella specie individualmente negoziato, si applica la disciplina di tutela del consumatore, ai sensi del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33 ss..

4) Ai sensi dell'interpretazione sistematica e funzionale dell'art. 33 ss., e in particolare del D.Lgs. n. 206 del 2005, commi 4 e 5 dell'art. 34 incombe al professionista dare la prova che la clausola contrattuale di proroga della competenza, con deroga al foro del consumatore di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 2, lett. u) è stata oggetto di specifica trattativa, caratterizzata dagli indefettibili requisiti della individualità, serietà ed effettività; ovvero di dare prova idonea a vincere la presunzione di vessatorietà della clausola medesima, dimostrando che, valutata singolarmente e in connessione con le altre di cui si compendia il contenuto del contratto, nello specifico caso concreto essa non determina un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, in cui ai sensi del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 1, (esclusivamente) si sostanzia la vessatorietà della clausola o del contratto.

5) In difetto di prova della trattativa, nonché in difetto di prova idonea a vincere la presunzione di relativa vessatorietà, la clausola di deroga del foro del consumatore è nulla, anche laddove il foro indicato come

competente risulti coincidente con uno dei fori legali di cui agli artt. 18, 19 e 20 c.c..

6) L'onerosità ex art. 1341 c.c., comma 2 attiene a contratti unilateralmente predisposti da un contraente in base a moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti, e la disciplina posta dall'art. 1341 ss. c.c. è altra e diversa da quella posta dal Codice del consumo, con la quale (solamente) in tale ipotesi concorre, laddove la vessatorietà D.Lgs. n. 206 del 2005, ex art. 33 ss. può invece attenersi anche al rapporto contrattuale che come nella specie sia stato singolarmente ed individualmente negoziato per lo specifico affare.

In accoglimento del ricorso, l'impugnato provvedimento andrà dunque cassato, dovendo essere affermata l'applicabilità nel caso del cd. foro del consumatore, ed indicato quale giudice competente per territorio il Tribunale di Catania».

La relazione è stata comunicata al P.G. e notificata ai difensori della parti costituite.

Il ricorrente non ha presentato memoria né richiesta di audizione in camera di consiglio.

La controricorrente ha presentato memoria.

Il P.G. ha condiviso la relazione.

## DIRITTO

A seguito della discussione sul ricorso tenuta nella camera di consiglio il Collegio ha condiviso le osservazioni esposte nella relazione, con le precisazioni di seguito indicate.

Diversamente da quanto eccepito dalla controricorrente nella memoria ex art. 378 c.p.c., l'eccezione di incompetenza risulta essere stata nel caso dal convenuto (ed odierno ricorrente) tempestivamente sollevata già nella comparsa di costituzione e risposta (con proposizione altresì di domanda riconvenzionale), indicandosi come competente il Tribunale di Catania; nonché riproposta alla 1<sup>a</sup> udienza del 14/5/2008, all'esito della quale risulta essere stato emesso mero provvedimento di rinvio, ai fini della comparizione personale delle parti per il relativo interrogatorio libero e l'esperimento del tentativo di conciliazione.

Non avendo all'udienza del 9/7/2008 successivamente tenutasi il suddetto tentativo di conciliazione avuto esito positivo, all'ulteriore udienza di rinvio del 26/11/2008 il convenuto ha quindi ribadito la pregiudiziale eccezione d'incompetenza territoriale, specificamente

evocando, nel censurare di vessatorietà la clausola di proroga della competenza *de qua*, il D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33 ss..

A tale stregua, deve ritenersi nel caso invero non ancora maturata a tale momento la preclusione all'esercizio dei poteri di 1<sup>a</sup> udienza, che solamente l'adozione dei provvedimenti attinenti all'istruttoria probatoria vale a determinare (cfr. Cass., 3/9/1993, n. 9291), e pertanto tempestivamente sollevata l'eccezione di incompetenza territoriale *de qua*.

Senza sottacersi che non può in ogni caso assegnarsi in contrario rilievo alla circostanza che la vessatorietà della clausola di deroga al foro del consumatore sia stata nella specie inizialmente denunciata con riferimento all'art. 1341 c.c., che come indicato nella relazione trova concorrente applicazione con il D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33 ss. (cd. Codice del consumo), atteso che giusta principio consolidato in giurisprudenza di legittimità spetta al giudice decidere secondo diritto della eccezione, applicando ai fatti allegati le pertinenti norme di diritto (cfr. Cass., 20/11/2002, n. 16369), non essendo nella relativa indagine il giudice di merito e del pari quello di legittimità condizionato dalla formula adottata dalla parte ma dovendo avere essenzialmente riguardo al contenuto sostanziale della pretesa, desumibile, oltre che dal tenore delle deduzioni svolte nell'atto introduttivo e nei successivi scritti difensivi, anche dallo scopo cui la parte mira con la sua richiesta (cfr. Cass., 26/6/2007, n. 14751; Cass., 6/4/2006, n. 8107).

Nel sottolinearsi, da un canto, che l'applicabilità della disciplina di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, commi 1 e 2, lett. u), (cd. Codice del consumo), e già dell'art. 1469 bis c.c., commi 1 e 3, n. 19 al contratto di prestazione d'opera professionale, è stata da questa Corte affermata, oltre che da Cass. n. 24262 del 2008 richiamata nella relazione, altresì in relazione a domande d'inesatto adempimento di contratti di prestazione professionale medica conclusi tra medico e paziente (v. Cass., 27/2/2009, n. 4914; Cass., 2/1/2009, n. 20); e, da altro canto, che la Coop. A. ha nei propri scritti difensivi ammesso di non avere assolto agli oneri probatori su di essa - alla stregua di quanto indicato nella relazione -, incumbenti, nella sua qualità di "professionista", deve essere pertanto nel caso dichiarata la competenza per territorio del Tribunale di Catania.

Il Collegio ritiene dunque di porre a fondamento della decisione i seguenti principi di diritto:

1) Ai sensi del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 2, lett. u), nelle controversie tra consumatore e professionista la competenza territoriale

spetta al giudice del luogo in cui il consumatore ha la residenza o il domicilio elettivo.

2) La disciplina di tutela del consumatore posta al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33 ss. (cd. Codice del Consumo) prescinde dal tipo contrattuale dalle parti poste in essere e dalla natura della prestazione oggetto del contratto, trovando applicazione sia in caso di predisposizione di moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti che di contratto singolarmente predisposto per uno specifico affare.

3) Se il consumatore, convenuto avanti a foro diverso da quello suo proprio, eccepisce l'incompetenza territoriale del giudice avanti al quale è stato tratto, al medesimo incombe di allegare che trattasi di controversia concernente contratto cui, pur essendo stato come nella specie individualmente negoziato, si applica la disciplina di tutela del consumatore, ai sensi del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33 ss..

4) Ai sensi dell'interpretazione sistematica e funzionale dell'art. 33 ss., e in particolare del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 34, commi 4 e 5 incombe al professionista dare la prova che la clausola contrattuale di proroga della competenza, con deroga al foro del consumatore di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 2, lett. u), è stata oggetto di specifica trattativa, caratterizzata dagli indefettibili requisiti della individualità, serietà ed effettività; ovvero di dare prova idonea a vincere la presunzione di vessatorietà della clausola medesima, dimostrando che, valutata singolarmente e in connessione con le altre di cui si compendia il contenuto del contratto, nello specifico caso concreto essa non determina un "significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto", in cui ai sensi del D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 1, (esclusivamente) si sostanzia la vessatorietà della clausola o del contratto.

5) In difetto di prova della trattativa, nonché in difetto di prova idonea a vincere la presunzione di relativa vessatorietà, la clausola di deroga del foro del consumatore è nulla, anche laddove il foro indicato come competente risulti coincidente con uno dei fori legali di cui agli artt. 18, 19 e 20 c.c..

6) L'onerosità ex art. 1341 c.c., comma 2 attiene a contratti unilateralmente predisposti da un contraente in base a moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti, e la disciplina posta dall'art. 1341 e ss. c.c. è altra e diversa da quella posta dal Codice del consumo, con la quale (solamente) in tale ipotesi concorre, laddove la vessatorietà D.Lgs. n. 206 del 2005, ex art. 33 ss. può invece attenersi anche al rapporto contrattuale che come nella

specie sia stato singolarmente ed individualmente negoziato per lo specifico affare.

Le ragioni della decisione costituiscono giusti motivi per disporsi la compensazione tra le parti delle spese del regolamento.

P.Q.M.

La Corte dichiara la competenza per territorio del Tribunale di Catania. Compensa tra le parti delle spese del regolamento.

## IL COMMENTO

Sommario: 1. Introduzione – 2. La nozione di consumatore – 3. Segue: la nozione di consumatore nella giurisprudenza comunitaria e nazionale – 4. La vessatorietà presunta della clausola derogatoria del foro del consumatore – 5. Conclusioni

### 1. Introduzione

Nell'ordinanza qui annotata, la Suprema Corte ha dovuto affrontare il problema concernente la qualificazione soggettiva di N., il quale aveva sottoscritto un contratto di prestazione d'opera per la ristrutturazione della propria abitazione privata – per scopi estranei alla propria attività professionale e, dunque, in veste di consumatore –, da eseguire sulla base di un progetto dallo stesso

redatto e sotto la sua direzione dei lavori – venendo, così, in rilievo la sua professionalità in materia –, atteso che la qualifica del contraente come consumatore o come professionista incide sul foro competente per la risoluzione delle controversie relative al rapporto contrattuale.

L'art. 33, 2° co., lett. u), d.lg. 6.9.2005, n. 206, recante il Codice del consumo, da qui in avanti cod. consumo, infatti, sancisce la competenza del giudice del luogo di residenza o domicilio del consumatore nelle controversie tra questi ed un professionista, in caso contrario trovando applicazione le ordinarie regole processual civilistiche. Pertanto, il problema che logicamente si anteponeva a tutte le ulteriori questioni sollevate dai ricorrenti concerneva la qualificazione di N. all'interno del rapporto contrattuale come consumatore o come professionista.

Ove la risposta a tale quesito fosse stata nel senso di qualificare N. come consumatore, necessitava di ulteriore approfondimento la circostanza che nel contratto una clausola eleggesse un foro competente differente. Ai sensi dell'art. 33, 2° co., lett. u), cod. consumo, infatti, nei contratti conclusi tra professionista e consumatore, una clausola di questo genere deve ritenersi vessatoria fino a prova contraria, pena la nullità della stessa.

In conseguenza della presunzione di vessatorietà, spetta al professionista, ai sensi del successivo art. 34, 4° e 5° co., cod. consumo, dimostrare che la clausola, ancorché derogatoria delle tradizionali tutele consumeristiche, non è vessatoria, per l'essere stata fatta oggetto di specifica trattativa tra le parti.

Tanto premesso, di seguito verrà in primis analizzata la definizione normativa di consumatore e l'applicazione giurisprudenziale che ne è seguita, tanto a livello comunitario quanto a livello nazionale, rivolgendo particolare attenzione alle ipotesi limite dei c.d. acquisti ad uso promiscuo. Affrontato questo prius logico, si tratteranno le questioni del foro del consumatore e della prova della trattativa svolta con riguardo alle clausole derogatorie della competenza dettata dal Codice del consumo.

## 2. La nozione di consumatore

La definizione di consumatore è stata inserita per la prima volta nel nostro ordinamento a seguito del recepimento della direttiva 93/13/CE attuata con la l. 6.2.1996, n. 52, la quale, ha aggiunto il

Capo XIV bis al Titolo II del Libro IV del codice civile, recante la disciplina sulle clausole vessatorie nei contratti tra professionista e consumatore. L'art. 1469 bis c.c., introdotto dalla suddetta legge, definiva il consumatore come «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta».

In seguito, sempre su impulso del legislatore comunitario, si sono avuti altri numerosi interventi del legislatore nazionale pertinenti alla definizione di consumatore, che, pur prendendo avvio dalla definizione sopra citata, presentavano lievi modifiche lessicali rispetto a quest'ultima, ciò che ha fatto insorgere in dottrina e giurisprudenza accesi dibattiti [1].

Con il d.lg. 6.9.2005, n. 206, recante il Codice del consumo, tutta, o quasi, la normativa consumeristica prodotta sino a quel momento è stata raccolta in un unico corpo normativo [2].

L'art. 3, lett. a), cod. consumo, riprendendo la definizione di cui all'art. 1469 bis c.c., qualifica, oggi, il consumatore, o l'utente, come «la

persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta».

La figura del consumatore è stata delineata, dunque, con riferimento allo scopo della relazione contrattuale che si pone in essere, e non avendo riguardo alle competenze che il soggetto possiede relativamente all'oggetto della prestazione [3].

Si deve constatare, in questa prospettiva, una variabilità talmente rilevante della nozione di consumatore che non risulta possibile delinearne una categoria generale, se non in termini descrittivi.

Ciò in quanto nella figura del consumatore non si riscontra l'elemento che qualifica lo status, ossia l'appartenenza istituzionale di un soggetto a una collettività più o meno estesa. La definizione di consumatore vale piuttosto a delineare, in termini soggettivi, l'atto di consumo, ovvero il negozio posto in essere per finalità prevalentemente personali, ossia non professionali [4].

Parimenti, nella definizione di professionista, contenuta nell'art. 3, lett. c), cod. consumo, emerge la finalità dell'agire contrattuale: si legge, infatti, che il professionista è «la persona fisica o giuridica

che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario».

Successivi interventi sulla definizione di consumatore si sono avuti con i decreti legislativi n. 146/2007 e n. 221/2007, i quali hanno ulteriormente specificato che non sono da comprendere nella categoria dei consumatori coloro i quali agiscono per fini che rientrano nel quadro delle loro attività commerciali, industriali, artigianali o professionali. Si tratta, peraltro, di un adeguamento solo apparente, poiché in sede applicativa non era stato mai posto in dubbio che l'aggettivo "professionale", contenuto nella versione originaria dell'art. 3 cod. consumo, potesse essere riferito anche all'attività commerciale, industriale o artigianale [5].

Su un piano più generale, è stato rilevato come tale ultimo intervento legislativo abbia sancito il passaggio dalla protezione del consumatore quale soggetto debole alla sua considerazione quale operatore economico [6].

Per quanto sin qui detto, è ora opportuno analizzare le varie interpretazioni date della nozione di consumatore tanto a livello comunitario quanto a livello nazionale, distinguendo, in quest'ultimo ambito, tra l'interpretazione fornita dalla Corte di Cassazione e quella proposta dai giudici di merito [7].

### 3. Segue: la nozione di consumatore nella giurisprudenza comunitaria e nazionale

La Corte di giustizia delle Comunità Europee adotta, ad oggi, un'interpretazione restrittiva della nozione di consumatore, applicando rigidamente il criterio dello scopo dell'atto di consumo.

Secondo tale impostazione, sarebbe da qualificarsi come consumatore unicamente la persona fisica che agisce per il soddisfacimento di esigenze di natura personale o familiare. Viene, dunque, ad essere utilizzato unicamente un parametro oggettivo, che tiene conto della natura dei beni o servizi negoziati e delle finalità obiettive cui sono destinati, senza attribuire rilievo all'intenzione soggettiva del contraente e ai motivi che lo hanno indotto a stipulare il contratto [8].

La Corte di giustizia delle Comunità Europee ha affrontato il tema per la prima volta nel 1991, in relazione all'applicazione della Convenzione di Bruxelles del 1968 avente ad oggetto la deroga alla competenza territoriale del giudice in caso di controversia tra consumatore e professionista [9]. In quella occasione, i giudici comunitari avevano accolto un'interpretazione legata alla c.d. tutela del contraente debole, piuttosto che del consumatore in senso stretto. Tuttavia, in seguito, la Corte si è pronunciata sulla nozione di consumatore contenuta nell'appena richiamata Convenzione prospettandone un'interpretazione restrittiva, ancora oggi accolta: la qualifica di consumatore viene riconosciuta solo a chi agisca per finalità estranee agli scopi professionali attuali o futuri [10].

La Corte di Cassazione, seguendo l'impostazione comunitaria da ultimo indicata, adotta il parametro oggettivo dello scopo dell'atto, dal quale discende un'interpretazione restrittiva della nozione di consumatore. Per escludere la qualifica di consumatore, la Suprema Corte ritiene, infatti, sufficiente la mera sussistenza di un collegamento funzionale tra lo scopo che con il contratto si persegue e la professione eventualmente svolta dalla controparte del professionista. Tale orientamento trova fondamento nell'interpretazione letterale del dettato normativo di cui all'art. 3, lett. a), cod. consumo, recante la citata definizione di consumatore, avuto riguardo all'espressione "scopi estranei", da intendersi riferita a finalità non connesse, neanche in senso strumentale, con un'attività professionale [11]. Si discostano, invece, dall'interpretazione della Corte di giustizia delle Comunità Europee e dei giudici di legittimità italiani le corti di merito, che risultano essere più propense ad offrire un'interpretazione estensiva della nozione di consumatore. In particolare, queste ultime sembrano fare propria la tesi, di derivazione transalpina, la quale ritiene che la figura del consumatore

si caratterizzi non per gli atti posti in essere, ma piuttosto per la debolezza contrattuale che è insita nel suo agire [12].

I fautori di quest'ultima tesi pongono l'accento sul fatto che non sempre i soggetti esclusi dalla categoria dei consumatori presentano lo stesso livello di conoscenza circa un determinato bene o servizio e, pertanto, non sempre sono in grado di porsi allo stesso modo di fronte a determinati contratti, in particolar modo a quelli che non sono strettamente attinenti alla professione esercitata, ma sono, comunque, finalizzati allo svolgimento della professione. In questi casi, il soggetto, pur agendo per scopi professionali o nell'ambito di un'attività d'impresa, si trova, nei confronti della controparte contrattuale, nella stessa situazione di squilibrio economico - informativo che costituisce la ratio della disciplina speciale posta a tutela dei consumatori [13]. Nella volontà di ovviare a tale squilibrio deve rinvenirsi la ratio della disciplina consumeristica, che tende non a comprimere l'autonomia privata, bensì a sanzionare eventuali abusi, assicurando certezza alle modalità di adempimento dell'obbligazione [14].

In senso contrario, è stato però evidenziato come questa tesi si ponga in contrasto con parte della ratio della disciplina consumeristica, non già nella prospettiva di tutela del consumatore, peraltro non più considerato parte debole, bensì in considerazione dell'intento ad essa sotteso di assicurare un'equa concorrenza tra gli operatori professionali nel mercato, in quanto garantire le forme di tutela delineate per il consumatore al contraente debole produrrebbe, sul piano della concorrenza, indebiti vantaggi per i c.d. piccoli professionisti o artigiani [15].

Ora, deve rilevarsi come l'applicazione della tesi che lega la qualificazione di un soggetto come consumatore alla conoscenza che lo stesso contraente ha dell'oggetto del contratto, nel caso di specie, avrebbe portato ad escludere che N. potesse godere delle tutele apprestate dal Codice del consumo. Infatti, N., svolgendo professionalmente attività di progettazione e direzione di lavori edilizi, nonché stipulando quotidianamente contratti di prestazione d'opera aventi il suddetto oggetto, non si presentava come soggetto afflitto da un deficit informativo idoneo a giustificare l'applicazione delle tutele del consumatore. Nell'ordinanza qui annotata, i giudici della terza sezione della Suprema Corte hanno però applicato l'orientamento consolidatosi in materia, giungendo a qualificare N. come consumatore non in forza del rapporto tra le sue conoscenze e l'oggetto del contratto, appunto, ma in virtù dello scopo perseguito con la stipulazione del contratto medesimo.

La considerazione della finalità perseguita dalla parte nello specifico caso costituisce, d'altronde, il medesimo punto di riferimento considerato dai giudici comunitari e di legittimità nella qualificazione del contraente in caso di acquisti a scopo promiscuo, ossia con riguardo ai contratti sottoscritti per soddisfare contemporaneamente esigenze personali e professionali. In tali fattispecie, infatti, dottrina e giurisprudenza adottano il criterio della prevalenza della destinazione del bene rispetto all'atto, ritenendo che la qualifica soggettiva del contraente debba essere fatta discendere dalla destinazione oggettiva del bene o del servizio.

Il criterio della prevalenza viene applicato avendosi riguardo alla destinazione oggettiva del bene o servizio in rapporto all'attività professionale concretamente esercitata dall'acquirente: si conclude per l'estraneità a quest'ultima ogni qualvolta il bene o servizio ambivalente si presti meglio a soddisfare, qualitativamente o quantitativamente, le esigenze della vita personale e familiare dell'acquirente, piuttosto che le esigenze della sua attività professionale [16]. Questo risulta essere il criterio applicato dalla Corte di giustizia delle Comunità Europee [17] e dalla Cassazione [18].

Quanto detto giova se tenuto presente anche nell'esaminare il nostro caso, in quanto, pur non integrando quest'ultimo una fattispecie di acquisto ad uso promiscuo, si presenta comunque una ambivalenza, sotto il profilo della qualità soggettiva, consumatore o professionista, del soggetto interessato che può essere risolta facendo ricorso al medesimo criterio ermeneutico della prevalenza della destinazione del bene o servizio.

Merita menzione, solo in quanto esplicitamente richiamata dai giudici chiamati a dirimere la controversia in esame, la circostanza che l'applicazione della disciplina di tutela del consumatore prescinde dal tipo contrattuale dalle parti posto in essere e dalla natura della prestazione oggetto del contratto, trovando, inoltre, applicazione sia in caso di predisposizione di moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti che di contratto singolarmente predisposto per uno specifico affare.

#### 4. La vessatorietà presunta della clausola derogatoria del foro del consumatore

Tenuto conto di quanto esposto nel paragrafo precedente, risulta palese come l'aver qualificato il sig. N. quale consumatore sia in linea con l'orientamento tanto della dottrina quanto della giurisprudenza, italiana e comunitaria, in materia. Come detto nell'introduzione, la preliminare

risoluzione del problema testé affrontato era fondamentale per potere comprendere se nel caso di specie dovesse trovare applicazione l'art. 33, 2° co., lett. u), sulla competenza del giudice del luogo di residenza o del domicilio eletto del consumatore.

La ratio sottesa alla norma è quella di tutelare il consumatore, soggetto del mercato che ha minore capacità di accesso alla giustizia rispetto al professionista, agevolandone l'iniziativa giudiziaria.

In tal senso, deve leggersi l'interpretazione ampia sostenuta dai giudici di legittimità che estendono la qualifica di consumatore al soggetto che effettivamente subisce gli effetti del contratto [19].

Dal tenore letterale della disposizione, che si riferisce alla «residenza e al domicilio del consumatore», sembra potersi dedurre il carattere elettivamente alternativo dei due fori, implicante la facoltà di scelta da parte del soggetto debole. In quest'ottica, si comprendono le pronunce volte a dare preminenza al luogo di residenza o domicilio del consumatore al momento in cui viene depositato l'atto di citazione sul luogo di residenza in essere al momento della sottoscrizione del contratto [20].

Deve ritenersi che il consumatore non abbia un obbligo di indicazione del luogo di residenza ai fini dell'individuazione del foro competente, e che la mancata indicazione del luogo medesimo non comporti una implicita rinuncia a detto foro [21].

Deve sottolinearsi, altresì, come il foro designato dal Codice del Consumo valga per tutte le azioni volte a tutelare diritti del consumatore, anche se estranei al suddetto Codice, come, a mero titolo esemplificativo, le azioni a tutela dei dati personali di cui al d.lg. n. 196 del 2003 [22], rilevando unicamente la circostanza che il contrasto tra consumatore e professionista abbia avuto origine e fondamento in un rapporto di consumo.

In passato, la Suprema Corte riteneva che la previsione concernente il foro del consumatore, stante il carattere di irrinunciabilità dei diritti riconosciuti allo stesso, fosse da intendere come inderogabile [23]. Questa posizione è stata contrastata da quanti, ricordata la presunzione della sua vessatorietà, hanno ritenuto la clausola di deroga ammissibile se frutto di trattativa individuale intercorsa tra i contraenti [24].

Sulla derogabilità della disposizione non è più ravvisabile contrasto [25], come dimostra, da ultimo, la pronuncia qui annotata, fermo, comunque, l'obbligo di verifica di non vessatorietà della clausola stessa [26].

Così, qualora il consumatore sia convenuto presso un foro differente da quello proprio ed eccepisca l'incompetenza territoriale del giudice avanti

al quale è stato chiamato, sul medesimo incombe l'onere di allegare che si tratta di controversia concernente un rapporto di consumo, e sul professionista di provare che la clausola che deroga al foro legalmente individuato è stata oggetto di specifica trattativa. In altri termini, concentrandosi sul consumatore, se viene citato da un professionista in un foro differente da quello indicato dal Codice del consumo, questi deve allegare la sua qualità di consumatore nell'atto di replica, spettando al giudice verificare prima facie che il soggetto convenuto non intenda artificiosamente farsi scudo del suo status di consumatore per sottrarsi alla competenza del giudice precostituito per legge.

La competenza va determinata avendosi riguardo non solo all'oggetto della domanda proposta, ma anche ai fatti posti a sostegno di essa, indipendentemente dalla loro fondatezza, senza che abbiano rilevanza, a tal fine, diverse prospettazioni dei fatti o eventuali contestazioni [27]. Non è, comunque, obbligo del consumatore indicare tutti i fori alternativamente competenti, essendo sufficiente precisare che, in forza della sua qualificazione soggettiva, opera il disposto di cui all'art. 33, 2° co., lett. u), cod. consumo [28]. È, invece, onere del consumatore far rilevare il difetto di competenza entro e non oltre la prima udienza di trattazione [29].

Spetta, altresì, a quest'ultimo allegare che il rapporto di consumo ha tratto origine da un contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, o, come nel caso de quo, da un documento dal professionista unilateralmente predisposto per il singolo affare [30]. L'assolvimento dell'onere di allegazione da parte del consumatore importa un'inversione dell'onus probandi, cosicché, come già evidenziato, spetterà al professionista dare la prova dello svolgimento di una specifica, seria trattativa, in quanto tale idonea a vincere la presunzione di vessatorietà. In altri termini, il professionista dovrà dimostrare che, valutata singolarmente e in connessione con le altre clausole di cui si compone il contratto, nello specifico caso, la deroga del foro del consumatore non determina un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto stesso [31].

Parte della dottrina ha rilevato come la tesi della Suprema Corte volta ad applicare la disciplina in materia di presunzione di vessatorietà anche alle fattispecie di contratto unilateralmente predisposto per un singolo affare sia criticabile sotto diversi profili, tra i quali emerge con preminenza quello della contrarietà di siffatta interpretazione al tenore letterale del dettato normativo [32]. È stato evidenziato, infatti, come la norma legghi il regime probatorio di favore per il consumatore ai soli

contratti conclusi mediante moduli o formulari, per desumerne, all'opposto, l'intento di accreditare una differente soluzione con riferimento ai rimanenti contratti [33].

È stato messo in luce come abbia dato adito a questa interpretazione il mancato recepimento del 2° co. dell'art. 3 della direttiva 93/13/CEE [34] concernente le clausole vessatorie [35]. Nell'intento del legislatore comunitario, infatti, il suddetto comma era volto a limitare la presunzione di vessatorietà e il relativo vincolo della prova della trattativa ai soli contratti per adesione, cosicché

il suo mancato recepimento importerebbe l'applicabilità delle disposizioni in materia di vessatorietà e onus probandi a tutti i contratti stipulati dai consumatori con i professionisti [36].

Parte della dottrina [37] ritiene che, legare il giudizio di vessatorietà alla sola circostanza della predisposizione unilaterale della clausola non sarebbe conforme ai principi dell'ordinamento in quanto verrebbe a rimettersi la valutazione della clausola alla mera allegazione della circostanza medesima da parte del consumatore [38], considerato che quest'ultimo potrebbe anche decidere liberamente di lasciare al professionista l'onere di redigere il testo contrattuale, non necessariamente per sua incompetenza, in tutti questi casi, invero, non si vede perché si dovrebbe ritenere sufficiente, per il consumatore, una mera allegazione della predisposizione unilaterale del contratto per invertire l'onere probatorio a discapito del professionista [39].

La fondatezza di queste perplessità appare chiara qualora si vada a considerare il caso che ci occupa. Nella fattispecie de quo, N., presentatosi alla ditta edile come progettista e direttore dei lavori, aveva lasciato redigere il contratto a quest'ultima, convenendo che il foro in caso di controversia sarebbe stato quello del Tribunale di Trento, sede dell'impresa; all'insorgere della controversia, per vedere riconosciuta la vessatorietà della clausola, si è poi limitato ad allegarne la predisposizione unilaterale da parte della ditta medesima.

In generale, è stato osservato come l'adempimento dell'onere probatorio da parte del professionista divenga eccessivamente complesso ove il testo concordemente licenziato sia stato composto per l'occasione e poi stampato o, addirittura, vergato a mano, specie se, come nel caso che ci occupa, la prova documentale attestante la competenza in materia della controparte, in quanto architetto progettista e direttore dei lavori, non venga vagliata dai giudici come elemento probatorio.

Tale aspetto della sentenza non offre spunti utili alla determinazione dell'idoneità di un elemento probatorio a palesare l'avvenuta trattativa individuale in merito ad una clausola contrattuale [40].

In generale, secondo consolidata giurisprudenza [41], non rileva la circostanza che una qualsivoglia forma di contrattazione sia intercorsa tra le parti, dovendo il professionista dimostrare che la specifica clausola derogatoria della competenza è stata oggetto di specifica negoziazione tra le parti.

Parimenti, non dovrebbero assurgere al livello di prova le dichiarazioni rese dalle parti come, a mero titolo esemplificativo, le dichiarazioni confessorie aventi ad oggetto l'autoqualificazione soggettiva della parte come consumatore o professionista: infatti, l'attribuzione di una qualsivoglia rilevanza probatoria a un tale elemento del contratto comporterebbe l'immediato riconoscimento od esclusione dell'applicabilità della disciplina a tutela del consumatore. In passato, la Suprema Corte ha peraltro dato rilevanza a siffatte dichiarazioni proprio in ragione del loro carattere confessorio. Queste, hanno ritenuto i giudici di legittimità, essendo contenute all'interno dei contratti stipulati comporterebbero, di fatto, una rinuncia delle parti contraenti all'applicazione nel caso concreto della disciplina consumeristica, a prescindere dai dati fattuali [42].

È stato evidenziato, tuttavia, come una clausola di questo tipo debba ritenersi presuntivamente vessatoria in ragione delle conseguenze che con sé reca, e, pertanto, debba essere fatta oggetto di ulteriore verifica da parte del giudice [43]. Per quanto appena esposto, è agevole allora constatare come il rinvio alle dichiarazioni confessorie delle parti non possa ritenersi in alcun caso risolutivo e determinante [44].

Neppure è di per sé sufficiente per escludere la vessatorietà di una clausola la circostanza che questa riproduca il dettato di una norma di legge: è orientamento consolidato quello secondo cui, lì dove l'applicazione della clausola al caso specifico comporti una deroga ingiustificata della disciplina a tutela del consumatore, la clausola medesima debba, comunque, ritenersi vessatoria [45].

## 5. Conclusioni

Alla luce di quanto sin qui esposto, è possibile concludere che l'ordinanza qui annotata non presenta spunti particolarmente rilevanti, risultando attestata su posizioni ormai largamente consolidate, anche se non sempre condivise.

Con riferimento alla qualificazione di un soggetto come consumatore è stato, infatti, ribadito che il giudice deve basare la sua valutazione sullo scopo che il soggetto persegue con il contratto.

Purtroppo, non è parimenti condivisibile, la tesi portata avanti dai giudici con riferimento alla determinazione della vessatorietà della clausola derogatoria del foro del consumatore. Infatti, la Corte non ha accolto, a dire il vero neanche vagliato, le sollecitazioni provenienti dalla dottrina volte a sostenere l'esclusione dell'applicabilità della normativa in materia di clausole vessatorie in caso di contratto, non standard, unilateralmente predisposto dal professionista.

In questo secondo aspetto, può ravvisarsi, invero, un profilo di criticità del provvedimento qui annotato, atteso che la fattispecie che i giudici si sono trovati a dirimere integra pienamente il caso

che la dottrina aveva preso come punto di riferimento per illustrare le inaccettabili conseguenze cui l'indiscriminata applicazione della tesi criticata, e fatta propria dalla Suprema Corte, avrebbe portato, esito da scongiurare per le sue ricadute anticoncorrenziali sul mercato.

-----  
Note:

[1] ROCCO DI TORREPADULA, Sulla nozione di consumatore, in *Contr.*, 2007, 1071 - 1079.

[2] Raccolte delle sparse norme concernenti i consumatori erano state in precedenza promosse a livello dottrinale: cfr. ALPA, Il codice del consumo, in *Contr.*, 2005, 1047 - 1060; ROSSI CARLEO, La codificazione di settore: il codice del consumo, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 879 - 895.

[3] DELOGU, Leggendo il Codice del consumo alla ricerca della nozione di consumatore, in *Contratto e impresa Europa*, 2006, 87 - 100; STILE, Quando il consumatore divenne un valore in sé, in *Nuovo dir.*, 2007, 479 - 481.

[4] BENEDETTI, Quando basta (ancora) il Codice Civile. Utenti, pubblici servizi e diritto delle obbligazioni, in *Danno e resp.*, 2008, 1106 - 1111.

[5] TUVERRI, Il decreto sulle pratiche commerciali scorrette. Una nuova frontiera in tema di tutela del consumatore, in *Giur. di Merito*, 2008, 1830 - 1853; GENOVESE, La normativa sulle pratiche commerciali scorrette, in *Giur. comm.*, 2008, 762 - 785; BASTIANON, La tutela del consumatore alla luce delle nuove norme legislative e regolamentari in materia di pratiche commerciali sleali, in *Resp. priv. e prev.*, 2008, 1460 - 1480.

[6] ROSSI CARLEO, Il Codice del consumo: prime impressioni fra critiche e consensi, in *Contratto e impresa Europa*, 2006, 33 - 42

[7] ALPA, Ancora sulla tutela del consumatore, in *Contr.*, 2001, 205 - 208; DE CRISTOFARO, ZACCARIA, La vendita dei beni di consumo (artt. 128-135 d.lg. 6.9.2005, n. 206), in *Leggi civ. comm.*, 2006, 547 - 572.

[8] Per una disamina delle conseguenze derivanti dal cambiamento di prospettiva della tutela consumeristica, si veda U. COREA, Ancora in tema di nozione di consumatore e scopi professionali: un intervento chiarificatore, in *Giust. civ.*, 2000, II, 2121.

[9] C. Giust. CE, 29.1.1991, C89/91: «La particolare disciplina istituita dagli artt. 13 ss. della Convenzione del 27.9.1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale mira a proteggere il consumatore in quanto parte contraente considerata economicamente più debole e meno esperta sul piano giuridico della controparte, così da evitare che egli, vedendosi costretto a proporre l'azione dinanzi ai giudici dello Stato sul cui territorio è domiciliata la controparte, si senta scoraggiato dall'adire le vie legali».

[10] C. Giust. CE, 3.7.97, C269/95, in *Giust. civ.*, 1998, I, 11: «La nozione di consumatore deve essere interpretata restrittivamente, avendo riguardo al ruolo di tale persona in un contratto determinato, rispetto alla natura ed alla finalità di quest'ultimo. Soltanto i contratti conclusi al fine di soddisfare esigenze di consumo privato di un individuo rientrano nelle disposizioni di tutela del consumatore in quanto parte considerata economicamente più debole. È quindi conforme sia alla lettera, sia allo spirito nonché alla finalità delle disposizioni considerate la conclusione che il particolare regime di tutela da esse istituito riguarda unicamente i contratti conclusi al di fuori ed indipendentemente da qualsiasi attività o finalità professionale, attuale o futura».

[11] Si veda, ex multis, Cass., S.U., 20.3.2008, n. 7444: «Secondo l'orientamento giurisprudenziale italiano prevalente deve essere considerato consumatore e beneficia della disciplina di cui all'art. 1469 bis c.c. ss. (attualmente d.lg. n. 2006 del 2005, artt. 3 e 33 ss.) la persona fisica che, anche se svolge attività imprenditoriale o professionale, conclude un qualche contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività; mentre deve essere considerato "professionista" tanto la persona fisica quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che invece utilizza il contratto nel quadro della sua attività imprenditoriale e professionale, ricomprendendosi in tale nozione anche gli atti posti in essere per uno scopo connesso all'esercizio dell'impresa». In dottrina, cfr. DIMARZIO,

Ancora sulla nozione di “consumatore” nei contratti, in *Giust. civ.*, 2002, III, 688 - 692; ROCCO DI TORREPADULA, *op. cit.*, 1075.

[12] Il dovere del soggetto “forte” di non abusare del suo potere contrattuale per squilibrare a suo favore il rapporto si rispecchia nel dovere processuale di non abusare della propria posizione economica ed istituzionale: cfr. *Cass.*, S.U., 1.10.2003, n. 14669, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2963, con nota di Lipari, in *Giur. it.*, 2004, 729, con nota di D’ASCOLA, *Il foro esclusivo del consumatore*, in *Foro it.*, 2003, I, 3298, con nota di Palmieri.

[13] GHIDINI, *Responsabilità per danno da prodotti: quando un prodotto può dirsi difettoso*, in *Giur. comm.*, 1992, III, 440.

[14] STAZI, MULA, *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali ed i contratti a distanza*, in *Trattato dei Consumatori*, Cassano (a cura di), Padova, 2010.

[15] DELLI PRISCOLI, *La tutela del consumatore fra accertamento della non professionalità del suo agire, tutela della concorrenza e affidamento della controparte*, in *Contratto e impresa*, 2007, 1533 - 1564.

[16] Cfr.: CRESCIMANNO, *I “contratti conclusi con i consumatori” nella Convenzione di Bruxelles: autonomia della categoria e scopo promiscuo*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 1135; CONTI, *Lo status di consumatore alla ricerca di un foro esclusivo e di una stabile identificazione*, in *Corriere giur.*, 2001, 532 - 538.

[17] C. Giust. CE, 3.7.1997, C269/95: «Al fine di stabilire lo status di consumatore di una persona, nozione che va interpretata restrittivamente, occorre riferirsi al ruolo di tale persona in un contratto determinato, rispetto alla natura ed alla finalità di quest’ultimo, e non invece alla situazione soggettiva di tale stessa persona. Pertanto, soltanto i contratti conclusi al fine di soddisfare le esigenze di consumo privato di un individuo rientrano nelle disposizioni di tutela del consumatore in quanto parte considerata economicamente più debole. La particolare tutela perseguita da tali disposizioni non si giustifica nel caso di contratti il cui scopo sia un’attività professionale, prevista anche soltanto per il futuro, dato che il carattere futuro di un’attività nulla toglie alla sua natura professionale».

[18] *Cass.*, 13.6.2006, n. 13643: «Perché ricorra la figura del professionista non è necessario che il contratto sia posto in essere nell’esercizio dell’attività propria dell’impresa o della professione, essendo sufficiente che venga posto in essere per uno scopo connesso all’esercizio dell’attività imprenditoriale o professionale», in *Contr.*, 2007, 225, con nota di GUERINONI, *Quando il fideiussore è consumatore*.

[19] PALMIERI, Risvolti applicativi della regola del foro esclusivo del consumatore, in *Foro it.*, 2005, 10, 2742.

[20] Cfr.: Cass., sez. III, (ord.), 26.9.2008, n. 24257, ove i giudici di legittimità hanno ritenuto che la competenza per territorio nelle controversie tra consumatore e professionista si radichi nel luogo in cui il primo ha la residenza o il domicilio al momento della presentazione della domanda in giudizio, criterio che risponde all'esigenza di assicurare al consumatore la miglior difesa ed al minor costo possibile, in *Corriere giur.*, 2009, 806, con nota di AGNINO, Consumatore e competenza per territorio: si rafforza la tutela nei confronti del professionista.

[21] Cfr. Cass., (ord.), 2.1.2009, n. 20, in *Mass. Foro it.*, 2009, 1193.

[22] Cfr. Cass., (ord.) 14.10.09, n. 21814: «In tema di competenza territoriale, quando la tutela contro il trattamento dei dati personali nei confronti del titolare del trattamento venga invocata nell'ambito di un rapporto di consumo, come tale soggetto all'art. 33, lett. u), d.leg. 6.9.2005 n. 206, il foro previsto da tale norma prevale su quello individuato dall'art. 152 d.lg. 30.6.2003 n. 196, in quanto la sopravvenienza della prima disposizione ha derogato alla seconda con riguardo alle controversie sul trattamento dei dati personali, la cui titolarità origina da rapporti di consumo».

[23] In tal senso, v. Cass. 13.6.2006 n. 13642, in *Dir. e giustizia*, 2006, 33, sulla quale cfr. le considerazioni di GIORDANO, Brevi note del c.d. foro del consumatore nelle controversie relative al trattamento dei dati personali, in *Giust. civ.*, 2007, I, 165.

[24] Si sono mostrati critici, tra gli altri, CIAN, Il nuovo capo XIV bis (titolo II, libro IV) del codice, sulla disciplina dei contratti con i consumatori, in *Studium iuris*, 1996, 425; DE NOVA, Le clausole vessatorie, Milano, 1996, 26; TOMMASEO, Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Commentario agli artt. 1469 bis-1469 sexies c.c. a cura di Alpa-Patti, Milano, 1997, sub art. 1469-bis, 3° co., n. 19, 450; STELLA, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore* a cura di Cesaro, Padova, 1997, sub art. 1469-bis, 3° co., n. 19, 366; TULLIO, I contratti per adesione tra il diritto comune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori, Milano, 1997, 162. Per l'opposta posizione, v., invece DALMOTTO, Un nuovo foro esclusivo per il consumatore?, in *Giur. it.*, 1997, 4, 163; VACCARELLA, Il problema del foro competente nei contratti tra «professionista» e «consumatore» in *Dir. banca e mercato fin.*, 1997, 1, 52; LAPERTOSA, Profili processuali della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con il consumatore, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 714; CONTI, Lo status di

consumatore alla ricerca di un foro esclusivo e di una stabile identificazione, in *Corriere giur.*, 2001, 527; CONTI, La Cassazione ripensa al foro esclusivo del consumatore, in *Corriere giur.*, 2002, 220; SENIGAGLIA, Il foro competente per le controversie derivanti da contratti di consumo, in *Contr.*, 2002, 5.

[25] Cfr. Cass., sez. III, (ord.) 8.3.2005, n. 5007; Cass., sez. III, (ord.), 29.4.2005, n. 8980; Cass., sez. III, (ord.) 26.9.2008, n. 24262.

[26] PAPAGNI, L'incompetenza territoriale (in)derogabile del giudice del monitorio: il foro esclusivo del consumatore, in *Giur. di Merito*, 2008, 58.

[27] Cfr. Cass., sez. III, 1.12.00, n. 15367, in STAZI, MULA, I contratti negoziati fuori dei locali commerciali ed i contratti a distanza, in *Trattato dei Consumatori*, CASSANO (a cura di), Padova, 2010.

[28] Cass., sez. II, (ord.) 8.2.2005, n. 2543, in *Foro it.*, 2005, I, 2741, con nota di PALMIERI, Alla (vana?) ricerca del consumatore ideale.

[29] Cfr. Cass., sez. III, (ord.) 13.6.2006, n. 13642: «L'eccezione di incompetenza territoriale esclusiva relativa al mancato rispetto della norma che stabilisce la competenza esclusiva e inderogabile del foro del consumatore può essere tempestivamente sollevata, ex art. 38, 1° co. c.p.c. entro la prima udienza di trattazione».

[30] Cfr. Cass., sez. III, (ord.), 26.9.2008, n. 24262: «Nelle controversie relative ai contratti tra un consumatore ed un professionista, anche in relazione a quelli non conclusi mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme una serie di rapporti, incombe al professionista (il quale, non importa se in veste di attore o convenuto, intenda valersi o difendere la legittimità di una clausola di deroga al foro del consumatore ovvero di qualsiasi altra clausola corrispondente a quelle ritenute vessatorie) l'obbligo di dare la prova positiva dello svolgimento della trattativa e della relativa idoneità, in quanto caratterizzata dai requisiti della individualità, serietà ed effettività, ad escludere l'applicazione della disciplina di tutela del consumatore».

[31] GENTILE, Il foro del consumatore ed il codice del consumo, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 70.

[32] Per una ricostruzione delle prime posizioni in materia, si veda RABITTI, Sub art. 1469 ter, 5° co., c.c., in *Commentario al capo XIV bis c.c.: dei contratti del consumatore*, Bianca, Busnelli, Padova, 1997, 751.

[33] GRAZIUSO, sub art. 34, in *Codice del consumo - Commento al d.lg. 6.9.2005*, n. 206, Milano, 2006, 395.

[34] Direttiva 93/13/CEE del 5.4.1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori: «2. Si considera che una

clausola non sia stata oggetto di negoziato individuale quando è stata redatta preventivamente in particolare nell'ambito di un contratto di adesione e il consumatore non ha di conseguenza potuto esercitare alcuna influenza sul suo contenuto. Il fatto che taluni elementi di una clausola o che una clausola isolata siano stati oggetto di negoziato individuale non esclude l'applicazione del presente articolo alla parte restante di un contratto, qualora una valutazione globale porti alla conclusione che si tratta comunque di un contratto di adesione. Qualora il professionista affermi che una clausola standardizzata è stata oggetto di negoziato individuale, gli incombe l'onere della prova».

[35] AMATO, Per un diritto europeo dei contratti dei consumatori, Milano, 2003, 158 s.

[36] DI NAPOLI, Responsabilità e risarcimento nel codice del consumo, Santarcangelo di Romagna, 2008, 179-181.

[37] PALMIERI, PARDOLESI, Clausole vessatorie, negoziazione individuale, onere probatorio: di terre promesse ed imperialismo del "consumer law", in *Il Foro it.*, 2008, 12, 3532.

[38] AZZARO, I contratti non negoziati, Torino, 2000, 40.

[39] PALMIERI, PARDOLESI, op. cit., 3532.

[40] Per una ricostruzione del problema: MONTICELLI, sub art. 34, in *I contratti del consumatore*, Cesaro, Padova, 2007, 454; LUCCHESI, Onere probatorio e requisiti della trattativa idonea ad escludere la disciplina dei contratti del consumatore, in *Obbl. e contr.*, 2009, 340 - 344.

[41] Cfr. Cass., sez. III, (ord.) 14.10.2009, n. 21816, in *Mass. Foro it.*, 2009, 1275: «La clausola derogativa della competenza per territorio inserita nelle condizioni generali di contratto ha natura vessatoria, comportando essa un'alterazione del sinallagma, sicché si rende necessaria la sua approvazione separata, specifica ed autonoma, distinta dalla sottoscrizione delle altre condizioni dell'accordo».

[42] Cass., 5.6.2007, n. 13083, in *Contr.*, 2008, 251, con nota di GUARINO, Consumatore e professionista: definizioni e disciplina.

[43] Cfr. DALIA, Le nozioni di consumatore e il valore della dichiarazione di agire per finalità di consumo, in *Giur. di Merito*, 2009, 1733 - 1752.

[44] VERRUCCI, Clausole vessatorie e tutela del consumatore. Oltre la formalità della dichiarazione, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 589.

[45] Cfr. Cass., (ord.), 24.5.2006, n. 12251: «L'art. 1469 ter, 3° co., c.c. (oggi art. 34, 3° co., cod. consumo), non può essere interpretato vanificando in modo surrettizio la tutela del consumatore, come nel caso in cui il "forum destinatae solutionis" coincida con la residenza del professionista». In dottrina, si veda: LENER, BOCCHINI, *Contratti dei consumatori*. Art. 1469 bis, 3° co., n. 19, in *AA.VV.*, *Trattato dei*

contratti, diretto da Rescigno, Gabrielli, I, Torino, 2005, 296;  
SALOMONE, Il foro del consumatore tra diritto positivo e “judge made  
law”, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2006, 625 - 654.

***Riflessioni circa il rapporto di terzietà nella circolazione dei veicoli  
in area privata***

**di  
Sveva Bernardini**

La circolazione in area privata pone problemi di natura interpretativa circa l'applicabilità o meno di norme previste per la circolazione in area di uso pubblico.

Occorre in primo luogo definire cosa si intenda per circolazione in area privata.

Per parte della giurisprudenza la distinzione è dovuta alla demanialità o meno della strada (Cass. pen. 4.11.1988, in GI, 1989, II, 391), orientamento ormai superato dalla distinzione a seconda dell'utilizzo dell'area uti cives o uti singuli (per tutte Cass. pen. 15.5.1992, n. 5695). In caso di area privata si è discusso sull'applicabilità o meno delle norme del Codice della Strada, da ultimo ritenute dal Supremo Collegio quali norme di comune prudenza da osservare in tutte le strade ove vi è traffico veicolare (cfr. Cass. 12.12.1993, n. 12148), nonché dell'art. 2054 c.c., che però si riferisce alla circolazione in generale, senza distinzioni [1].

Diverso è il caso della normativa speciale relativa all'assicurazione obbligatoria che, non è applicabile in caso di circolazione in area privata, anche in ipotesi sia garantita da garanzia assicurativa per la responsabilità civile [2].

La legislazione speciale non è soggetta, infatti, ad interpretazione analogica.

Pertanto in caso di sinistro in area privata non è prevista l'azione diretta, ex art. 149 CdA [3], né l'applicazione dell'art. 129 Codice delle assicurazioni (ex art. 4 legge n. 990/69) [4] con rilevanti implicazioni circa la sussistenza o meno del c.d. rapporto di terzietà in caso di lesioni del proprietario del mezzo coperto da assicurazione non obbligatoria, stante la circolazione non su strade di uso pubblico.

In ipotesi di lesioni riportate dal proprietario del mezzo, portatore dell'interesse assicurato, trasportato o leso dal proprio mezzo, dovrebbero applicarsi le norme sul contratto di assicurazione in generale, in base alla quali lo stesso non può considerarsi terzo.

Nel caso de quo si prospetterebbe una singolare fattispecie concreta nella quale il proprietario del veicolo si trova ad essere danneggiato dal

proprio mezzo e/o sul proprio mezzo, con la conseguente confusione tra danneggiato e danneggiante [5].

Infatti il danneggiato risulta tale per “colpa” di se stesso, vista la responsabilità oggettiva a suo carico, a norma dell’art. 2054 c.c., quale proprietario del mezzo [6].

L’autovettura sarebbe condotta da altro soggetto non *prohibente domino*, ma per concessione del proprietario.

Il danneggiato, quindi, dovrebbe citare se stesso, quale responsabile del sinistro di cui è causa e litisconsorte necessario, mentre la citazione del conducente sarebbe meramente suppletiva [7].

La Compagnia Assicuratrice per la responsabilità civile nei confronti dei terzi [8], si troverebbe a dover rispondere dei danni subiti dallo stesso assicurato, addirittura per sua stessa “colpa” quale responsabile civile dell’evento dannoso.

L’art. 1227 c.c. stabilisce al 1° comma il principio di carattere generale per il quale il creditore di un’obbligazione deve sottostare ad una diminuzione della prestazione dovutagli dall’obbligato nella misura in cui lo stesso creditore abbia contribuito a provocare il suo stesso danno. Peraltro, l’identificarsi fra attore e convenuto comporterebbe palesemente una inammissibilità della domanda attrice per carenza anche dell’interesse ad agire, in quanto il medesimo attore sarebbe condannato in qualità di convenuto a risarcire se stesso.

E’ quindi assolutamente evidente la carenza di rapporto di terzietà, stante l’identità fra danneggiato e danneggiante, nonché fra attore e convenuto.

Tale rapporto di terzietà è presupposto della garanzia prestata, la quale opera esclusivamente nei casi di responsabilità civile nei confronti dei terzi.

Secondo i principi cardine del diritto assicurativo, infatti, “l’assicurato nelle assicurazioni per responsabilità civile nei confronti dei terzi non potrà mai essere terzo, ma solo parte del rapporto assicurativo che scaturisce dal negozio posto in essere” [9].

Ne consegue l’irrisarcibilità del danno per carenza di rapporto di terzietà in ipotesi di lesioni del proprietario del mezzo circolante in area privata [10].

-----  
Note:

[1] G. Cardelicchio, *La responsabilità civile auto e natanti*, 2008 p. 12 e ss; F. Peccenini, *Assicurazione per la responsabilità civile automobilistica e dei natanti*, 2010, p.35; F. Caringella, *Applicabilità*

*dell'art. 2054 c.c. in caso di sinistri causati da circolazione di veicoli in aree private*, 1995, p. 651

[2] G. Cardellicchio, *La responsabilità civile auto e natanti*, 2008 p. 12 e ss; F. Peccenini, *Assicurazione per la responsabilità civile automobilistica e dei natanti*, 2010, p.35;

[3] Sull'azione diretta cfr. C. Bertolazzi, *La rivincita dell'azione diretta*, 2009, p.10; L. Bugiolacchi, *La consulta sulla procedura di risarcimento diretto: cronaca di una morte annunciata*, 2009, p.10, V. Amendolagine, *Risarcimento diretto: profili di legittimità dell'istituto con uno sguardo ai rapporti tra assicuratore, danneggiato e responsabile civile*, 2008, p.605

[4] M. Criscuolo, *La RCA dopo la riforma delle Assicurazioni*, 2006, p.27 e ss

[5] L. Cherubino, *Legittimazione attiva del "danneggiato" nell'ambito della R.C. Auto*, 2009, p.6

[6] L. Favino, *Prioritaria l'esigenza di garantire il risarcimento al danneggiato nei principi generali dell'art. 2054 c.c.*, 2001, p. 106 e ss; F. Caringella, *Applicabilità dell'art. 2054 c.c. in caso di sinistri causati da circolazione di veicoli in aree private*, 1995, p. 651; G. Cardellicchio, *La responsabilità civile auto e natanti*, 2008, p.12 e ss

[7] Circa profili processuali in generale cfr. V. Amendolagine, *Il (presunto) responsabile di un sinistro stradale può essere evocato "iussu iudicis" nel giudizio intrapreso dal danneggiato ai sensi dell'art. 149 del codice delle assicurazione?*, 2009, p. 341; A. Scarpa, *Ipotesi di conflitto d'interessi nel risarcimento danni da sinistro stradale del terzo trasportato*, 2009, p.31

[8] M. Pecoraro, *Luci ed ombre del sistema di tutela dei terzi e dei trasportati in una normativa tra interesse pubblico ed interesse privato*, 2000, p. 1144

[9] Trattato della responsabilità civile diretto da M. Franzoni - Responsabilità e Assicurazione a cura di R. Cavallo Borgia p. 28 e ss..

[10] T. La Rocca, *Circolazione stradale e strade private*, p. 449.

## ***Evoluzione degli obblighi di informazione***

di  
**Michele Contartese**

La disciplina degli obblighi di informazione è cambiata molto negli ultimi trent'anni, si è da un lato adeguata al cambiamento dei tempi e delle nuove tecnologie e da un lato si è affinata per andare sempre più incontro alle esigenze di chi per soddisfare i propri interessi si spinge a concludere un contratto. Se, però, si volesse fare un raffronto con la disciplina degli anni passati si vedrebbero delle notevoli differenze.

Ma andiamo per ordine: il punto di partenza è che gli obblighi informativi hanno una radice comune: la clausola generale di buona fede e correttezza.

Da tale clausola che ritroviamo in più articoli del Codice Civile e più specificamente nell'art. 1337 c.c. discende l'obbligo di fornire alla controparte le informazioni rilevanti per la conclusione del contratto e, soprattutto, per permettere alla controparte di avere tutti i dati necessari per verificare se l'obbligazione che andrà a concludere sia idonea a permettergli di raggiungere la propria soddisfazione o, quantomeno, di soddisfare il fine che la spinge verso quel contratto.

Occorre evidenziare come gli obblighi di informazione non siano sempre stati previsti esplicitamente. Per lungo tempo, infatti, il loro fondamento normativo è stato esclusivamente rinvenibile nella disciplina prevista dal codice civile, e solo successivamente sono stati integrati con norme *ad hoc*.

Fino alla fine degli anni '70, infatti, fondamento giuridico dell'obbligo di informazione era il generale principio di correttezza e buona fede nelle trattative e nella esecuzione del contratto, di cui agli articoli 1337, 1338 e 1375 del codice civile. Solo con il tempo tale obbligo si è affermato e sviluppato, grazie ad un sempre più deciso e preciso intervento del legislatore che ha assicurato, così, una maggiore tutela ai consumatori.

Volendo ripercorrere velocemente le fasi di tale evoluzione, si reputa opportuno iniziare *l'exkursus* partendo dalla giurisprudenza della seconda metà degli anni '60, in cui il dovere di buona fede era letto in senso etico, come requisito della condotta delle parti. Era, infatti, qualificato come uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni risultando un vero e proprio dovere giuridico, violabile non solo nel caso in cui una delle parti avesse agito con il proposito doloso di arrecare pregiudizio all'altra, ma anche nel caso in cui il comportamento da essa tenuto non fosse stato comunque improntato alla schiettezza, alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale [1].

Sussisteva, dunque, il dovere di informare l'altra parte sulle circostanze di rilievo che attenessero all'affare. L'obbligo di informazione concerneva tutti i dati necessari volti a permettere alla parte, che voleva

acquisire un bene o una determinata prestazione, di essere pienamente consapevole del contratto che stava per concludere. In caso contrario, ossia se si fosse violato il dovere di informazione nelle trattative, si sarebbe verificata la c.d. reticenza.

Lo specifico contenuto del dovere di buona fede che consisteva nell'astensione da comportamenti che pregiudicassero l'esecuzione del contratto in futuro, atteneva, da un lato, all'interesse, rilevante rispetto alla responsabilità precontrattuale, di non porre in essere un inutile negoziato; e, dall'altro, agli stessi interessi contrattuali per l'ipotesi in cui fosse seguita la conclusione del contratto ( nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, ancora oggi il dovere di buona fede e correttezza assume il carattere di un dovere d'informazione di una parte nei confronti dell'altra: in particolare, circa le notizie delle circostanze che appaiono ignote all'altra e che possono essere determinanti per la sussistenza del suo consenso).

In tale contesto normativo e interpretativo, la violazione del dovere di informazione poteva dare luogo, se ad esso fosse seguito il contratto, ad un'azione di annullamento per dolo omissivo. L'omessa informazione legittimava, altresì, la parte lesa ad esperire un'azione per risarcimento danni nei confronti della controparte, indipendentemente dall'annullamento del contratto stesso, rimedio, quest'ultimo, che di per sé risultava poco coerente con il fine di tutelare gli interessi alla stipulazione del contratto della parte debole. Infatti, quando l'autorità giudiziaria interveniva pronunciando l'annullamento del contratto, il cliente subiva, comunque, una lesione, in quanto questi aveva stipulato tale negozio per soddisfare un proprio interesse, che, dopo la pronuncia, veniva meno.

In caso di violazione degli obblighi informativi, dunque, non poteva essere richiesta la nullità del contratto, dato che il principio di buona fede era ed è sì una norma imperativa, ma assolutamente non è da considerarsi compresa in quelle indicate dall'articolo 1418 del codice civile: si poteva perciò, richiedere solo il risarcimento dei danni e l'annullabilità del contratto.

Il principio di buona fede, infatti, con i conseguenti doveri di comportamento è legato alle circostanze e non può assurgere, in via di principio, a requisito di validità [2].

È, quindi, possibile concludere come in questa prima fase gli obblighi informativi non avessero una loro sussistenza giuridica e, al tempo stesso, come i rimedi offerti dall'ordinamento fossero poco adatti a garantire una tutela effettiva della parte lesa.

Questi obblighi, invece, iniziano ad affermarsi con l'avvento di alcuni prodotti che richiedono particolari conoscenze in capo all'acquirente, e che mettono, dunque, in luce una differenza di cognizione: la cosiddetta asimmetria informativa. Questa si concretizza in una discrepanza circa le informazioni sulle caratteristiche di un bene, possedute dalle parti contraenti, a favore, ovviamente, del contraente forte, venditore o produttore.

A partire dalla seconda metà degli anni '80, si nota un mutamento nella mentalità del legislatore il quale prende atto di come l'asimmetria informativa giochi un ruolo fondamentale nella risoluzione della libertà contrattuale, da un lato, e sull'esigenza di quali possano essere le forme di combinazione migliori tra libertà e controllo. Tale asimmetria è stata assunta a parametro di legiferazione solo a partire dagli ultimi trent'anni, perché la struttura del mercato, prima, era totalmente differente, in quanto c'era un numero di prodotti in commercio più esiguo.

La sempre maggiore apertura del mercato a nuovi soggetti ha portato ad una differenziazione dei prodotti, fenomeno che ha amplificato la differenza di conoscenze tra le parti contraenti ed ha causato una logica diminuzione delle competenze informative del singolo [3].

Con il diffondersi di nuovi beni è sorta, quindi, spontaneamente la necessità di maggiori informazioni per garantire la conclusione di contratti non semplicemente volti ad effettuare uno scambio, ma ad assicurare un acquisto che consentisse la soddisfazione del cliente. In tal guisa, sono state emanate, secondo una logica paternalistica, tutta una serie di norme volte a tutelare i contraenti deboli da pratiche commerciali improntate all'omissione delle informazioni.

Si verificavano, infatti, delle condizioni in cui data la differenza di conoscenze in capo al bene, il contraente più preparato riusciva, non avendo un obbligo perentorio, a trarre facilmente vantaggi dalla propria posizione di persona meglio informata.

Tale situazione veniva a verificarsi nel mercato informatico dove i clienti si trovavano in una situazione di inferiorità per tre ragioni [4]:

- a) la maggiore forza contrattuale delle grandi imprese produttrici;
- b) la scarsa cultura informatica, propria della gran parte dei piccoli e medi utenti, che li rendeva facilmente succubi del venditore;
- c) il necessario collegamento tra i vari contratti necessari per la realizzazione di un sistema informatico, e in particolare tra i contratti di *hardware* e *software* e tra quelli di installazione e di manutenzione e assistenza tecnica.

Con l'avvento dell'elaboratore, infatti, c'è stato uno sviluppo di nuove tutele accordate ai consumatori.

Basti pensare all'acquisto di un computer, che inizialmente, comportava non pochi problemi, in quanto non si avevano le conoscenze che si hanno oggi. Va considerato, infatti, come i primi computer spesso erano costituiti solo dall'*hardware*, la sua parte materiale, e non dal *software*, cioè la parte "intelligente" contenente i programmi.

Un caso emblematico è rappresentato dalla sentenza del tribunale di Salerno del 1983 [5] che non aveva riconosciuto la risoluzione del contratto per la vendita di un elaboratore privo di *software*, proprio ad indicazione del fatto che l'acquirente dovesse essere informato di ciò che andava ad acquistare. Così, dopo la prima sentenza, che non riconosceva il diritto ad essere informati sul fatto che *hardware* e

*software* fossero due entità distinte, successive pronunce hanno superato le numerose criticità sul tema.

In una successiva sentenza del 1985, la Corte d'Appello di Torino [6] ha pronunciato una sentenza in cui indicava le caratteristiche principali dei contratti informatici. Innanzitutto, veniva sottolineato lo squilibrio di forza contrattuale che sussisteva tra fornitore e cliente, in quanto il cliente non faceva altro che sottoscrivere un contratto predisposto dalla società fornitrice [7]. Poi, veniva evidenziata la disparità di conoscenze esistente tra la cultura informatica del fornitore e quella dell'utente, che portava, dunque, ad uno squilibrio contrattuale. In queste prime pronunce si stava prendendo cognizione dell'esistenza di obblighi di informazione in capo al professionista che trovavano il loro fondamento normativo nel contratto informatico. Il contenuto dell'obbligo di informazione qui, variava dagli obblighi di avviso, fino a quelli di consulenza [8].

In questo nuovo contesto il contratto assumeva la veste non solo di rappresentazione della volontà socialmente impegnativa, ma altresì la nuova veste di veicolo, e prova, delle informazioni che avevano fondato la volontà della parte a costituire il rapporto obbligatorio.

Non si può, però, dire che gli obblighi informativi fossero caratteristica esclusiva dei contratti informatici, infatti, l'esigenza di un generale dovere di informazione si andava affermando in relazione ai vari tipi di contratto.

La diffusione dell'informatica ha, quindi, fatto in modo che si subordinasse il dovere di informazione del fornitore ad un dovere di collaborazione dell'altro contraente. Tali doveri erano tanto maggiori quanto maggiore era la cultura informatica dell'utente.

Parallelamente alle pronunce, precedentemente indicate, quasi a voler tenere in considerazione l'esigenza di disciplina causata dalla diffusione di nuove tecnologie, si è assistito all'emanazione di una serie di normative [9] che sono andate a disciplinare settorialmente le varie fattispecie contrattuali.

Tali normative a favore del contraente debole, sono state predisposte dal legislatore comunitario e poi recepite da quello italiano, assumendo la connotazione di normative di settore, come, ad esempio, la disciplina sulla pubblicità ingannevole. Il problema di tale qualificazione della normativa è che, connotandosi come norma di comportamento, ma non di validità, qualora una parte non adempia all'obbligo informativo, ci si trova nella particolare situazione che l'ordinamento non prevede la nullità, ma solamente la causa di risoluzione del contratto e il risarcimento del danno. In tal guisa, come già evidenziato in precedenza, il contraente debole non trova un'effettiva tutela posto che questi rimedi non contemplano la tutela dell'interesse della parte al perdurare della relazione contrattuale.

Sono state recepite, quindi, tutta una serie di direttive che hanno portato penetranti obblighi di informazione in ogni fase del contratto. In essa si impone di precisare il prezzo, i termini di pagamento, elencare i

diritti e i doveri dei consumatori, si individuano per i contratti a distanza obblighi specifici di informazione sulle varie tecniche di conclusione del contratto, sulla lingua con cui può essere concluso, sui codici di condotta cui è soggetto il venditore, e la forma scritta del contratto, il cui contenuto deve essere chiaro e comprensibile. A differenza di quanto accadeva prima, tale *corpus* norme, fa in modo che non sia più il solo principio di correttezza ad indicare quali informazioni debbano essere fornite.

Il nucleo fondante di tali obblighi informativi deriva dal fatto che, comunque, dalla disciplina civilistica consolidatasi fino alla prima metà degli anni '80 si è avuta una sostanziale evoluzione dovuta allo sviluppo tecnologico, che ha imposto dei mutamenti radicali nella vita sociale della collettività e, di conseguenza, nel diritto civile.

Mutamenti che poi sono continuati, per i quali è possibile individuare una terza ed ultima fase nella quale l'ordinamento italiano vive ancora oggi. Tale periodo, iniziato in coincidenza del nuovo secolo, ha avuto il proprio avvio con il recepimento della direttiva sul commercio elettronico [10], attraverso il decreto legislativo n. 70 del 2003 [11], ed il momento di massima espressione con l'emanazione del Codice del Consumo. Quest'ultimo, infatti, ha permesso il delinarsi di una normativa finalmente completa, ( si guardi l'elenco previsto all'art. 2 del Codice) che, pur rinviando ai principi generali del codice civile [12] per le parti in esso non espressamente disciplinate (così *ex* articolo 38 del codice del consumo), consente all'operatore del diritto e al contraente debole, in questo nuovo contesto, definito, genericamente, consumatore, di rinvenire le norme ad esso inerenti in un unico *corpus* normativo di riferimento. In questo, un intero titolo, il secondo nello specifico, è dedicato alle informazioni che devono essere date, alla tecnica di comunicazione impiegata, e agli altri principi inerenti l'adempimento dell'obbligo di informazione.

Il requisito comune a tutte queste norme è la previsione di una garanzia di corretta ed adeguata informazione volta, appunto, a tutelare il più possibile il consumatore. Le norme presenti nelle varie discipline, infatti, prevedono che le informazioni da fornire siano chiare ed inequivocabili. Nonostante l'intento fosse quello di un'unificazione della normativa vigente in materia, è possibile rinvenire numerosi rinvii al codice civile e ad altre normative di settore non ricomprese nel codice del consumo [13]. A titolo esemplificativo, si sottolineano i rimandi contenuti nel codice del consumo al decreto sul commercio elettronico che, per quanto riguarda le informazioni da fornire, assume un carattere sussidiario, come da interpretazione letterale della locuzione "*in aggiunta agli obblighi informativi per specifici beni e servizi*", provvedendo ad elencare una serie di informazioni volte a permettere ai destinatari del servizio una serie di garanzie ulteriori. In quest'ottica, il legislatore ha elaborato gli ulteriori parametri della facilità e della accessibilità diretta alle informazioni (art. 7, d. lgs. 70/2003) [14]. Tali nozioni rappresentano due tutele specifiche e disgiunte, da intendersi

l'una come semplicità nell'intelligibilità delle nozioni comunicate dal professionista al consumatore, e l'altra come comodità di lettura delle stesse.

Paradossalmente, la disciplina informativa prevista sulla Rete è molto più dettagliata di quella che porta alla conclusione di un qualsiasi contratto in un qualunque luogo fisico di commercializzazione. Questo avviene perché il consumatore che vuole acquisire un bene o una prestazione con gli strumenti del commercio elettronico deve essere doppiamente tutelato [15], sia perché è un consumatore e sia perché utilizza una nuova tecnologia.

Gli obblighi di informazione nel commercio elettronico, infatti, rappresentano l'ultima evoluzione di un processo che ha portato a imporre una serie di obblighi volti a dare informazioni, che vanno ad aggiungersi e ad integrare quelle già imposte ai sensi delle discipline sulle singole fattispecie contrattuali. Tali norme non potranno assolutamente togliere [16] spazi di tutela già acquisiti e pacificamente riconosciuti.

Il merito delle informazioni fornite nei contratti disciplinati dalle norme sul commercio elettronico è quello di mettere a disposizione dei consumatori tutti i dati di cui quest'ultimi possono avere bisogno, assicurando così ad essi una tutela davvero completa. Partendo, infatti, dai contratti informatici con le conseguenti pronunce giurisprudenziali che ne hanno evidenziato e risolto i problemi, si è messo in risalto la necessità di assicurare il maggior numero di informazioni possibili ai consumatori. E la conseguenza di questi contratti è stata, appunto, prevedere un disposto normativo, raccolto in un piccolo numero di articoli del d. lgs. 70 del 2003 (artt. 7, 8, 9, 12) che amplia notevolmente le disposizioni, volte a tutelare i consumatori, previste dal codice civile o dalle altre fattispecie contrattuali.

La disciplina prevista dal commercio elettronico, benché sia molto minuziosa, non può essere estesa alla disciplina della negoziazione civilistica in quanto costituisce una normativa di settore da cui non può assolutamente essere desunto un principio generale [17], nonostante in dottrina ci sia chi si interroghi su ciò [18].

È innegabile, comunque, che una siffatta regolamentazione determini una certezza della fattispecie difficilmente riscontrabile in altri ambiti. In considerazione di ciò, sarebbe opportuna una rimediazione delle informazioni da fornire ai consumatori, tenendo in considerazione l'ipotesi di trasporre la disciplina informativa accordata ai contratti conclusi tramite internet a tutti le altre fattispecie contrattuali.

Quindi, anche per quanto riguarda l'applicazione delle norme, è molto difficile affermare qualcosa di estremamente chiaro, in quanto queste, data la loro settorialità, non provvedono, dunque, a stabilire nulla di nuovo per la disciplina generale, ma ogni disciplina risulta a sé stante. A titolo esemplificativo si prenda la disciplina dei servizi finanziari con riferimento alla quale una importante sentenza della Cassazione [19] ha statuito che la lesione degli obblighi di informazione deve essere

prevista dalla disciplina del contratto cui si fa riferimento perché, in caso contrario, non potrebbe desumersi da una normativa di settore un principio generale.

Un carattere comune a tutti i contratti, però, è stabilito da una particolare previsione del codice del consumo che prevede che le informazioni da fornire devono essere adeguate, chiare e comprensibili. Queste sono ora disposizioni fondamentali che prima non era immaginabile prevedere. C'è stata, dunque, un'evoluzione della normativa oggi volta a fornire maggiori tutele ai consumatori e agli acquirenti.

Paradosso evolutivo di quest'ultima fase è, tuttavia, la sussistenza di così tanti obblighi informativi in capo al contraente forte tali per cui il contraente debole viene ad essere edotto, nel medesimo spazio contrattuale, di più minuziosi dettagli del rapporto obbligatorio che sta ponendo in essere. Si è considerato, che oggi, che il miglior metodo per disinformare sia quello di investire di moltissime informazioni il contraente, informazioni sì corrette e veritiere, ma troppo tecniche [20]. Autorevole dottrina [21] ha definito tale status "paradosso", sottolineando come informare su tutto equivalga "*ad informare su nulla*", in altri termini il contraente debole dovrà valutare così tante informazioni che, alla fine, non avrà il tempo di valutarne nessuna. Per eccesso di informazione si intende, dunque, quella situazione che si verifica nel momento in cui vengano fornite una serie sovrabbondante di informazioni, che non permetta, appunto, una ponderata fruizione delle stesse, e soprattutto l'individuazione di quelle rilevanti [22].

Da un punto di vista di rimedi processuali, tuttavia, il legislatore ha finalmente dotato il contraente debole dell'unico rimedio che tenga conto del suo interesse alla prosecuzione della relazione contrattuale, ossia il rimedio della nullità relativa delle clausole poste a suo svantaggio. In tal guisa, il contraente debole sarà effettivamente incentivato a richiedere in sede di giudizio l'accertamento di un mancato adempimento degli obblighi contrattuali, la cui sanzione sarà la non efficacia della clausola colpita da tale vizio.

A riprova di quanto detto, la Commissione Europea ha previsto una serie di proposte che andranno a realizzare, per la prima volta in assoluto, un corpo normativo che terrà in forte considerazione il commercio elettronico e, dunque, tutte le innovazioni tecnologiche che lo hanno affiancato.

Tali disposizioni si pongono il fine di migliorare la tutela di tutti i consumatori tanto nel commercio elettronico quanto nelle operazioni di commercio tradizionale [23]. Le proposte si prefiggono di uniformare la disciplina commerciale applicabile ai vari stati dell'Unione Europea e di assicurare ai consumatori le informazioni necessarie ai loro acquisti indipendentemente dal paese dell'Unione Europea in cui essi si trovino.

Lo scopo di tali proposte è di unificare le quattro direttive vigenti ( Direttiva 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, Direttiva 1999/44/CE, su taluni aspetti della

vendita e delle garanzie dei beni di consumo, Direttiva 97/7/CE, in materia di contratti a distanza e la Direttiva 85/577/CEE, sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali) in modo tale da garantire unitarietà della disciplina e una migliore fruibilità da parte dei cittadini dell'Unione Europea.

Gli ambiti su cui la nuova direttiva dovrebbe incidere maggiormente sono quelli delle informazioni precontrattuali, delle regole in materia di consegna e di passaggio del rischio al consumatore, del periodo di riflessione, delle riparazioni, sostituzioni e garanzie e, infine, delle clausole vessatorie.

-----  
 Note:

[1] Corte di Cassazione, sez. I, civile, sentenza n. 89 del 5 gennaio 1966, in Foro Padano, parte I, 1966, pag. 524.

[2] Corte di Cassazione, sezioni Unite, sentenza n. 27624 del 19 dicembre 2007, in Corriere giuridico, anno 2008, fascicolo 2, pag. 223; Cassazione sezioni unite 29 settembre 2005 sentenza n. 19024 in Responsabilità civile e previdenza, 2006, fascicolo 2, sezione 2, pag. 1080

[3] Così PARISI A.G., *Il commercio elettronico*, in *Manuale di diritto dell'informazione e dell'informatica*, a cura di Sica e Zencovich, Cedam editore, 2007, pag. 350.

[4] E. GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Cedam, 1997, pag. 215.

[5] Tribunale di Salerno, 2 gennaio 1983. Sentenza pubblicata in Rassegna di diritto civile Edizioni Scientifiche Italiane, 1983, con nota di MONINA, «*Contratti informatici*» e *inadempimento del venditore*, pagg. 1131-1145.

[6] Corte d'Appello di Torino 14 marzo 1985. Sentenza pubblicata in Diritto dell'informazione e dell'informatica, Giuffrè, con nota di C. ROSSELLO, *L'inadempimento di un contratto di utilizzazione del computer*, pagg. 1011-1019; in Giurisprudenza Commerciale, 1986, pagg. 260-269, con nota di M. MONINA, *L'inadempimento del venditore di hardware e software nei contratti informatici*. Così anche Tribunale di Roma 20 novembre 1987, ne Il diritto dell'informazione e dell'informatica, Giuffrè editore, 1988, pag. 492-493. Così anche Cassazione, sezione II, 15 giugno 2000, n. 8153, r.v. 537620.

[7] In Italia come rimedio avverso tale squilibrio si era esteso il potere di sindacabilità del giudice in base ad un'interpretazione estensiva dell'articolo 1229 del codice civile ( che dichiara nullo qualsiasi patto che escluda o limiti preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave). Successivamente ci si è, invece, basati sugli articoli 1341 e 1342 del codice civile. Ma anche tale tutela è risultata insufficiente per cui si è dovuto attendere l'intervento del legislatore comunitario che ha previsto le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

[8] Così E. GIANNANTONIO, opera citata, pag. 215. L'autore afferma, riprendendo la Finocchiaro, che i "contratti informatici appaiono, quindi, non più come un accordo tra le parti, ma il modo in cui il soggetto più forte vincola il soggetto più debole; e il giudice, nell'accertare la forza vincolante del contratto, formalmente valido anche se sostanzialmente iniquo, agisce come comodo strumento del più forte nei confronti del più debole".

[9] La direttiva n. 450 del 10 settembre 1984 intitolata "Direttiva CEE n. 84/450 del 10 settembre 1984, concernente la pubblicità ingannevole comparativa"; la direttiva n. 577 del 20 dicembre 1985 intitolata "Direttiva 85/577/CEE del Consiglio del 20 dicembre 1985 per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali".

[10] Tale direttiva emanata l'8 giugno 2000, si intitola: "Relativa a taluni aspetti giuridici della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico nel mercato interno. (Direttiva sul commercio elettronico)".

[11] Tale decreto si intitola: "Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno".

[12] SAMMARCO P., ne I contratti informatici, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, Cedam editore, 2006, pag. 20, afferma "che il diritto dei contratti ha goduto a lungo di stabilità e unità, ed ora è assalito incessantemente dall'intensa azione disgregante delle norme di origine comunitaria, che hanno causato una frantumazione del sistema. Ogni suo frammento si pone come corpo a sé stante all'interno del complesso, e avendo ciascuno di essi in sé un'autonoma e organica disciplina di settore, oltre che una propria logica, genera una moltiplicazione di regolamenti dedicati alle materie più eterogenee". IRTI N., ne L'età della codificazione, in Digesto civile, volume V, Utet, 1989, afferma che "...il grado di giuridificazione della società cresce di giorno in giorno, perché si consuma una quantità sempre più ampia di norme giuridiche. Il fenomeno abbraccia sempre nuovi rapporti ed interessi che vengono regolati da leggi speciali. Queste sono esposte ad un maggiore logorio tecnico ed hanno un ciclo breve per effetto della inesplorata singolarità dei rapporti e della imperfezione della disciplina, unite all'emergere di nuovi interessi che sostituiscono i precedenti. Inoltre, trattandosi di norme speciali che non sono caratterizzate nella loro formulazione da genericità, alimentano il bisogno di produzione di altre norme speciali riflettenti gli interessi di altri gruppi che reclamano pari dignità, dando vita ad un circolo ossessivo ed inesaribile".

[13] Si prenda, per esempio, l'articolo 38 del codice del consumo che rimanda al codice civile per quanto riguarda quanto non previsto in esso in relazione ai contratti conclusi tra il consumatore e il professionista; o l'articolo 68 del codice del consumo che rimanda alla direttiva sul

commercio elettronico, così come anche l'articolo 52 5° comma che rinvia all'articolo 12 del d. lgs 70/2003.

[14] È poi previsto, all'art. 7, lettera c, l'obbligo per il prestatore di indicare gli estremi che permettono di contattarlo rapidamente e di comunicare direttamente ed efficacemente con lui, compreso l'indirizzo di posta elettronica. Su questa norma si è di recente pronunciata la Corte di Giustizia Europea con la sentenza del 16 ottobre 2008 attraverso la quale i giudici hanno chiarito l'esatta interpretazione che deve essere data del dettato normativo. Infatti, la Corte esplicita che *"il prestatore di servizi è tenuto a fornire ai destinatari del servizio, sin da prima di qualsiasi stipulazione di contratto con questi ultimi, oltre al suo indirizzo di posta elettronica, altre informazioni che consentano una presa di contatto rapida nonché una comunicazione diretta ed efficace. Tali informazioni non debbono obbligatoriamente corrispondere ad un numero di telefono. Esse possono consistere in una maschera di richiesta di informazioni elettroniche a meno che il destinatario del servizio si trovi privato dell'accesso alla rete elettronica e chieda al prestatore l'accesso ad una via di comunicazione non elettronica."*

[15] Così ALPA G., Introduzione al diritto dei consumatori, Editori la terza, 2006, pag. 13.

[16] Così ZENO-ZENCOVICH, opera citata, pag. 45: " verrebbe da dire che in tutti i casi di lacuna della normativa consumeristica debba applicarsi la direttiva sul commercio elettronico, ma si tratta di una risposta fondata più sull'intuizione che su una stretta logica giuridica".

[17] Così la Corte di Cassazione, sezioni Unite, sentenza n. 27624 del 19 dicembre 2007, in Corriere giuridico, anno 2008, fascicolo 2, pag. 223.

[18] Così ZENO-ZENCOVICH, in Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione. Le reti giuridiche del mercato interno e comunitario: commento al d. lgs 70 del 2003, a cura di Tosi, Giuffrè editore, pag. 45: " verrebbe da dire che in tutti i casi di lacuna della normativa consumeristica debba applicarsi la direttiva sul commercio elettronico, ma si tratta una risposta fondata più sull'intuizione che su una stretta logica giuridica".

[19] Sentenza n. 27624 del 19 dicembre 2007, cit.; Cassazione sezioni unite 29 settembre 2005 sentenza n. 19024 in Responsabilità civile e previdenza, 2006, fascicolo 2, sezione 2, pag. 1080.

[20] Così CASSANO, *opera citata*, pag. 289; vedi anche DE POLI, *opera citata*, pag. 142, e GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in Rivista di diritto privato, n. 3 2004, pag. 560. Cfr. capitolo 1.3.

[21] Così GENTILI A., *"Informazione contrattuale e regole dello scambio"*, in Rivista di diritto privato, n. 3/2004, pagg. 555- 578.

[22] Così GENTILI, *vedi opera da ultimo citata*, pag. 562. L'autore descrivendo il problema giuridico dell'informazione contrattuale guarda alle *"asimmetrie informative, capaci di compromettere l'eguaglianza delle parti del contratto di scambio che generano una disinformazione"*

*negativamente incidente sulla scelta di un contraente, consistente nella mancanza di informazioni rilevanti che l'altra parte possiede e avrebbe potuto fornire, e di cui profitta, oppure nell'enfasi o disordine di quelle fornite che confondono quelle disponibili".*

[23] Ha creato un forte dibattito tra gli operatori del settore la possibilità di prevedere diversi sistemi di pagamento per 7 valute differenti e, soprattutto la possibilità che al consumatore sia concesso un termine per recedere dall'acquisto su internet di 28 giorni, al posto degli attuali 7-10.

***Pratiche commerciali scorrette: il Consiglio di Stato chiarisce le relazioni tra operatori di telefonia mobile e content provider.***

di  
**Gilberto Nava, Valerio Mosca**

**Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 12 aprile 2011, n. 2256**

**Sentenza**

sul ricorso numero di registro generale 10588 del 2009, proposto da: Wind Telecomunicazioni S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Liroso, Vittorio Minervini e Damiano Zannetti, con domicilio eletto presso Antonio Liroso in Roma, via delle Quattro Fontane, n. 20;

***contro***

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

***nei confronti di***

Stefano Malpensi;

sul ricorso numero di registro generale 40 del 2010, proposto da: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

***contro***

Telecom Italia Spa;

***nei confronti di***

Zero9 Spa, Giacomo D'Amato;

sul ricorso numero di registro generale 41 del 2010, proposto da: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa

dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

***contro***

Vodafone Omnitel N.V.;

***nei confronti di***

Stefano Malpensi;

sul ricorso numero di registro generale 130 del 2010, proposto da:  
Vodafone Omnitel Nv, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Libertini e Vittorio Minervini, con domicilio eletto presso Vittorio Minervini in Roma, corso Dora, n. 1;

***contro***

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

sul ricorso numero di registro generale 405 del 2010, proposto da:  
Telecom Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Piero Fattori e Antonio Lirosi, con domicilio eletto presso Gianni Origoni Grippa & Partner in Roma, via delle Quattro Fontane, n. 20;

***contro***

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti di***

Zero9 S.p.A., Giacomo D'Amato;

***per la riforma***

quanto al ricorso n. 10588 del 2009:  
della sentenza del T.A.R. Lazio - Roma, Sezione I, n. 7122/2009, resa tra le parti, concernente SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA PER PRATICA COMMERCIALE SCORRETTA  
quanto al ricorso n. 40 del 2010:

della sentenza del T.A.R. Lazio – Roma, Sezione I, n. 7558/2009, resa tra le parti, concernente SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA PER PRATICA COMMERCIALE SCORRETTA

quanto al ricorso n. 41 del 2010:

della sentenza del T.A.R. Lazio – Roma, Sezione I, n. 7123/2009, resa tra le parti, concernente SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA PER PRATICA COMMERCIALE SCORRETTA

quanto al ricorso n. 130 del 2010:

della sentenza del T.A.R. Lazio – Roma, Sezione I, n. 7123/2009, resa tra le parti, concernente SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA PER PRATICA COMMERCIALE SCORRETTA

quanto al ricorso n. 405 del 2010:

della sentenza del T.A.R. Lazio – Roma, Sezione I, n. 7558/2009, resa tra le parti, concernente SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA PER PRATICA COMMERCIALE SCORRETTA

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, della soc. Wind Telecomunicazioni s.p.a., della soc. Vodafone Omnitel NV e della soc. Telecom Italia s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 gennaio 2011 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati così come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

A seguito di alcune richieste di intervento, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (d'ora innanzi: 'l'A.G.C.M.') comunicava alla soc. Zero9 s.p.a., nella sua qualità di operatore pubblicitario, l'apertura di un procedimento relativo a una possibile pratica commerciale scorretta ai sensi degli articoli 21, comma 1, lettere *a)* e *b)*, 22 e 26, lettera *f)* del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 ('codice del consumo', nella formulazione *ratione temporis* vigente) in relazione ad alcuni messaggi diffusi da tale società sul proprio sito internet.

In particolare, l'Autorità contestava il contenuto del messaggio pubblicitario incentrato sul seguente claim: "*Invia 10 SMS gratis al giorno. E in più ricevi subito una fantastica suoneria*", ipotizzando che allo stesso potesse essere sottesa un'ipotesi di pratica commerciale scorretta relativa all'effettiva natura del servizio oggetto della campagna pubblicitaria.

Con atto in data 2 aprile 2008, l'A.G.C.M. deliberava la sospensione provvisoria della pratica commerciale in questione, riservandosi di svolgere un successivo approfondimento circa l'effettivo coinvolgimento

dei singoli gestori di telefonia in relazione alla pratica commerciale oggetto di contestazione.

In particolare, l'A.G.C.M. contestava all'operatore pubblicitario che il *claim* del messaggio pubblicitario in questione non si riferisse all'oggetto del servizio offerto, ma ad un servizio di intrattenimento in abbonamento il quale aveva piuttosto quale oggetto principale la possibilità di scaricare sul proprio telefono cellulare musiche e suonerie e che solo in via eventuale avrebbe consentito l'invio gratuito di messaggi di testo. Ciononostante, l'Autorità osservava che il messaggio pubblicitario in parola attribuisse un rilievo eccessivo e sproporzionato al servizio di invio di SMS, mentre le modalità di fruizione del servizio principale (e i relativi costi) non erano adeguatamente indicati nell'ambito del messaggio diffuso.

In concreto, era accaduto

Ai fini della decisione giova osservare che il meccanismo di remunerazione del servizio convenuto fra la soc. Zero9 e gli operatori telefonici appellanti era basato sul meccanismo di c.d. '*revenue sharing*', con la conseguenza che ai gestori telefonici venisse versata una percentuale del fatturato telefonico complessivo generato dalla vendita di contratti multimediali da parte della soc. Zero9, anche a titolo di remunerazione per le attività svolte in sede di offerta dei servizi.

Con decisione n. 18779 del 21 agosto 2008, l'Autorità così decideva:

- riteneva che la soc. Zero9 avesse effettivamente realizzato un'ipotesi di pratica commerciale scorretta (sanzionabile ai sensi degli articoli 21, 22 e 26 del d.lgs. 206 del 2005), essendosi limitata in maniera sostanzialmente decettiva a pubblicizzare soltanto l'elemento più appetibile del servizio offerto - la messaggeria gratuita - trascurando invece di fornire adeguate informazioni circa il prodotto nel suo complesso e finendo con l'attivare una fornitura di prodotti non richiesti in maniera consapevole da parte degli utenti.

La condotta in tal modo posta in essere, quindi, concretava gli estremi della scorrettezza ai sensi delle richiamate disposizioni del d.lgs. 206, cit.

Sul punto non vi è contestazione nell'ambito del presente giudizio;

- riteneva, altresì, che nell'ambito della complessiva vicenda anche gli operatori telefonici odierni appellanti avessero assunto la qualifica di 'operatori pubblicitari', in quanto sostanzialmente co-autori dei messaggi contestati.

In particolare, secondo l'A.G.C.M., al fine di garantire l'effetto utile della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, deve essere considerato come 'professionista qualunque soggetto che partecipi alla realizzazione della pratica, traendone uno specifico e diretto vantaggio economico e/o commerciale;

Sotto tale aspetto, l'Autorità riteneva che sussistessero tre elementi/indici rivelatori della richiamata qualificabilità come co-autori dei messaggi contestati:

a) in primo luogo, l'esistenza di un potere (preventivo e successivo) di verifica e controllo sul contenuto dei messaggi pubblicitari, riconosciuta (sia pure, secondo modulazioni diverse) dai contratti stipulati con il *content provider* Zero9 (primo elemento di responsabilità editoriale);

b) in secondo luogo, la circostanza per cui i gestori telefonici avessero espressamente consentito l'utilizzo dei propri loghi e segni distintivi nell'ambito delle operazioni pubblicitarie relative ai servizi reclamizzati, in tal modo palesando il proprio coinvolgimento diretto nell'ambito delle operazioni reclamizzate (secondo elemento di responsabilità editoriale). Secondo l'A.G.C.M., del resto, la circostanza per cui i servizi fossero offerti dalla soc. Zero9 in collaborazione con i gestori di telefonia mobile era chiara anche per i fruitori del servizio (grazie alla presenza dei loghi aziendali) ed era idonea a generare un affidamento nei loro confronti circa la correttezza del loro operato;

c) in terzo luogo, il fatto che i gestori telefonici avessero tratto un diretto vantaggio economico dalle operazioni contestate dal momento che (in base al meccanismo del c.d. '*revenue sharing*') i proventi derivanti dal traffico telefonico sulla numerazione a decade 4 nella specie utilizzata venivano ripartiti fra il fornitore di contenuti e gli stessi operatori telefonici.

In tal modo operando – secondo l'Autorità – i gestori telefonici avevano palesato una diretta cointeressenza economica nell'incrementare e sviluppare i traffici telefonici conseguenti alla fruizione di servizi a decade 4;

- L'Autorità riteneva inoltre che, attesa la specifica gravità della condotta posta in essere da ciascuno dei soggetti coinvolti nella vicenda e le circostanze aggravanti o attenuanti a ciascuno di essi riferibile, la sanzione pecuniaria andasse quantificata nei seguenti importi: euro 155.000 a carico della soc. Zero9; euro 265.000 a carico del gestore Wind Telecomunicazioni; euro 285.000 a carico del gestore Vodafone Omnitel ed euro 315.000 a carico del gestore Telecom Italia.

Il provvedimento in questione veniva impugnato dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio dai tre operatori telefonici con distinti gravami (ricorso n. 10801/08 – Wind Telecomunicazioni; ricorso n.10799/08 – Vodafone Omnitel; ricorso n. 10516/08 – Telecom Italia).

Con le pronunce oggetto del presente appello, il Tribunale adito così provvedeva:

- respingeva i ricorsi delle compagnie telefoniche in relazione alla parte del provvedimento sanzionatorio con cui era stata riconosciuta la loro qualificabilità come operatori pubblicitari e co-autori dei messaggi pubblicitari contestati;

- per quanto concerne, invece, la quantificazione della sanzione, il primo Giudice riteneva illegittimo e incongruo l'operato dell'Autorità, la quale aveva finito per assoggettare ad una sanzione di ammontare inferiore l'autore principale della condotta (la soc. Zero9) e a sanzioni addirittura superiori i meri co-autori (le compagnie telefoniche), in tal modo

palesando una assenza di congruità nella ponderazione dei rispettivi ruoli in relazione alla condotta complessivamente realizzata.

Le sentenze in questione venivano fatte oggetto di impugnativa sia da parte degli operatori telefonici, sia da parte dell'Autorità.

In particolare:

- la sentenza n. 7122/09 veniva impugnata dalla soc. Wind Telecomunicazioni per il capo relativo alla sua qualificazione come soggetto 'co-autore' del messaggio (ricorso n. 10588/09) e dall'A.G.C.M. per il capo relativo alla determinazione del *quantum* della sanzione (appello incidentale nell'ambito del medesimo ricorso n. 10588/09);

- la sentenza n. 7123/09 veniva impugnata dalla soc. Vodafone Omnitel per il capo relativo alla sua qualificazione come soggetto 'co-autore' del messaggio (ricorso n. 130/2010) e dall'A.G.C.M. per il capo relativo alla determinazione del *quantum* della sanzione (ricorso n. 41/2010);

- la sentenza n. 7558/09 veniva impugnata dalla soc. Telecom Italia per il capo relativo alla sua qualificazione come soggetto 'co-autore' del messaggio (ricorso n. 405/2010) e dall'A.G.C.M. per il capo relativo alla determinazione del *quantum* della sanzione (ricorso n. 40/2010);

All'udienza pubblica del 21 gennaio 2011, presenti i Difensori delle parti costituite come da verbale d'udienza, i ricorsi venivano trattenuti in decisione.

#### DIRITTO

1. Giungono alla decisione del Collegio tre ricorsi in appello proposti da altrettanti gestori operanti nel settore della telefonia mobile avverso le sentenze del Tribunale amministrativo regionale del Lazio con cui sono stati accolti (ma solo in parte) i ricorsi proposti avverso il provvedimento del 2009 con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (d'ora innanzi: 'l'A.G.C.M.') li ha qualificati come 'professionisti' e 'co-autori' di alcuni messaggi pubblicitari ingannevoli assoggettati a sanzione ai sensi degli articoli 18 e segg. del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (nella formulazione *ratione temporis* vigente), rigettando per il resto i ricorsi in questione.

Giungono, altresì, in decisione i tre distinti ricorsi proposti (in via principale ovvero incidentale) dall'A.G.C.M. avverso i capi delle richiamate sentenze con cui è stata annullata per irragionevolezza la parte dei provvedimenti contestati in cui veniva in concreto determinato il quantum della sanzione irrogata, assoggettando i gestori telefonici (nella loro veste di co-autori della condotta) ad una sanzione di importo superiore rispetto a quella disposta per il *content provider* autore in senso principale della medesima condotta.

2. In primo luogo, il Collegio ritiene di disporre la riunione degli appelli in epigrafe, sussistendo evidenti ragioni di connessione oggettiva e in parte soggettiva (art. 70, c.p.a.).

3. Con il ricorso in appello n. 1976/09 la soc. Wind Telecomunicazioni articola motivi di doglianza che possono essere così sintetizzati:

In primo luogo, la società appellante lamenta l'erroneità della pronuncia oggetto di gravame per la parte in cui ha ritenuto insussistenti i lamentati vizi procedurali relativi all'istruttoria prodromica all'irrogazione della sanzione. In particolare, l'appellante lamentava che nella vicenda di causa fossero state realizzate gravi violazioni in tema di comunicazione di avvio del procedimento conclusosi con l'irrogazione delle sanzioni pecuniarie.

Inoltre, la disciplina del procedimento per l'irrogazione di sanzioni in materia di pratiche commerciali contenuta nel regolamento dell'Autorità del novembre 2007 non garantirebbe in modo adeguato il rispetto delle garanzie partecipative di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241;

In secondo luogo, la soc. Wind Telecomunicazioni lamenta che il Tribunale, 'correggendo' di fatto il contenuto del provvedimento sanzionatorio adottato dall'Autorità, abbia tentato di costruire la tipologia di condotta sanzionata come illecito commissivo (ovvero omissivo) per fatto proprio e non come ipotesi di responsabilità di tipo oggettivo (sebbene l'operato dell'Autorità sottendesse proprio una siffatta forma di responsabilità).

Oltretutto, la sentenza in questione sarebbe viziata per ultrapetizione per avere ritenuto (nel silenzio sul punto da parte dei provvedimenti impugnati) che le compagnie telefoniche fossero, altresì, responsabili di aver omesso la realizzazione di un adeguato sistema di controlli sui messaggi pubblicitari in contestazione.

Sotto tale aspetto, il T.A.R. avrebbe omesso di considerare:

- che il soggetto *carrier* non possiede alcun effettivo potere di controllo sulle scelte imprenditoriali ed editoriali del *content provider*, il quale è un soggetto del tutto autonomo dal primo e in alcun modo è astretto da vincoli operativi o di direttiva;
- che l'appellante non aveva mai autorizzato l'utilizzo del messaggio pubblicitario in questione (e che, anzi, il messaggio oggetto di contestazione non le era stato neppure reso noto dalla soc. Zero9, la quale aveva in tal modo contravvenuto a una precisa obbligazione contrattuale);
- che non potrebbe in alcun modo 'traslarsi' sul puro e semplice operatore *carrier* un onere di controllo sul contenuto dei messaggi oggetto di diffusione, trattandosi di attività di carattere essenzialmente pubblicistico, in alcun modo addossabile a un operatore privato;
- che l'appellante aveva diligentemente stilato delle 'linee guida operative (che il *content provider* si era impegnato a rispettare, salvo poi discostarsene in concreto) il cui rispetto avrebbe certamente impedito la diffusione di messaggi scorretti in relazione alle previsioni di cui alla Parte II, Titolo III del 'codice del consumo'.

Ancora, l'appellante lamenta che il T.A.R. avrebbe omesso di pronunciarsi sul quarto, quinto, sesto e settimo motivo del ricorso in primo grado.

Oltretutto, l'esame delle pattuizioni contrattuali intercorse con il *content provider* mostra che la società appellante avesse solo una mera facoltà

(e non già un obbligo puntuale) di sottoporre a verifica preventiva i messaggi diffusi dalla soc. Zero9. Oltretutto, tale facoltà di verifica era finalizzata unicamente ad evitare possibili abusi dell'immagine del *carrier*, tutelandone in ultima analisi gli interessi imprenditoriali.

Conseguentemente, l'utilizzo del logo dell'appellante nell'ambito delle campagne pubblicitarie oggetto di contestazione non avrebbe alcun effetto pubblicitario, ma sarebbe stato finalizzato unicamente a scopi informativi per la clientela e di salvaguardia dell'immagine dell'operatore *carrier*.

Con un ulteriore motivo di doglianza, la soc. Wind Telecomunicazioni lamenta che la nozione di 'professionista' trasfusa nella decisione in questione risulterebbe del tutto - ed illegittimamente - diversa rispetto a quella trasfusa nell'art. 18 del d.lgs. 206 del 2005.

Infine, l'appellante lamenta che la nozione di 'professionista' nella specie utilizzata dal T.A.R. risulterebbe radicalmente diversa rispetto a quella trasfusa nell'ambito della direttiva 2005/29/CE in tema di pratiche commerciali scorrette, la quale non consentirebbe (neppure al fine di predisporre una soglia di tutela più elevata per i consumatori) di aderire a una nozione di 'professionista' di contenuto così ampio quale quella utilizzata dai primi Giudici.

4. Con il ricorso n. 130/2010, la soc. Vodafone Omnitel lamenta l'erroneità della pronuncia n. 7123/09 articolando i motivi di doglianza che possono essere così sinteticamente descritti.

In primo luogo, l'appellante lamenta che i primi Giudici abbiano omesso di considerare le numerose violazioni del diritto di difesa e del contraddittorio che avevano caratterizzato il procedimento prodromico all'irrogazione della sanzione di cui alla decisione impugnata in prime cure. Oltretutto, la stessa disciplina procedurale in tema di pratiche commerciali scorrette dettata dall'Autorità sarebbe illegittima, in particolar modo (art. 12 del relativo regolamento) per fissare il carattere solo facoltativo dell'audizione personale dell'incolpato.

In secondo luogo, l'appellante lamenta (con motivi in parte assimilabili a quelli articolati dalla soc. Wind Telecomunicazioni) che la sentenza in epigrafe, in qualche modo 'ortopedizzando' la stessa pronuncia dell'Autorità, avrebbe plasmato in capo all'appellante un'ipotesi di responsabilità di tipo oggettivo per mancato controllo sull'operato di un soggetto sulla quale, tuttavia, l'appellante non vantava alcun effettivo potere di controllo.

Oltretutto, il Tribunale avrebbe omesso di considerare:

- che la soc. Vodafone Omnitel ha predisposto un apposito 'Codice di condotta dei servizi a sovrapprezzo' e che la violazione di tale 'Codice' era stata espressamente contestata alla soc. Zero9;
- che, in base al contratto intercorso fra le parti, l'appellante ha la facoltà - e non l'obbligo - di previa approvazione dei messaggi pubblicitari;

- che l'uso del logo dell'appellante nell'ambito delle pubblicità diffuse da Zero9 no avesse alcuna finalità pubblicitaria, ma si limitasse ad informare i propri clienti circa la disponibilità di quei servizi.

Infine, l'appellante lamenta che la pronuncia dell'Autorità e la sentenza del T.A.R. creerebbero *ex novo* una nuova figura di 'professionista del tutto estranea rispetto alla lettera e alla *ratio* del d.lgs. 206 del 2005, così come al paradigma comunitario di riferimento (direttiva 2005/29/CE).

5. Con il ricorso n. 405/2010, la soc. Telecom Italia lamenta a propria volta l'erroneità della pronuncia n. 7558/09 articolando i motivi di doglianza che possono essere così sinteticamente descritti.

In via di sintesi, le censure articolate da tale società (in parte assimilabili a quelle articolate dalla soc. Wnd Telecomunicazioni e dalla so. Vodafone Omnitel) sono le seguenti:

- la pronuncia dell'Autorità e la sentenza del T.A.R. sono erranee per avere addebitato all'appellante un ruolo editoriale nell'ambito della pratica commerciale e una responsabilità editoriale in concreto insussistenti. Oltretutto, la nozione di 'professionista nel caso di specie utilizzata sarebbe del tutto estranea a quella propria della direttiva 2005/29/CE;

- il meccanismo del c.d. '*revenue sharing*' sarebbe di fatto reso necessari dalle previsioni di cui al d.m. 145 del 2006;

- il contratto intercorso fra l'appellante e la soc. Zero9 riconosceva alla prima la facoltà - ma non l'obbligo - di verificare ed approvare il contenuto dei messaggi pubblicitari. E tale facoltà era riconosciuta al solo fine di tutelare in via preventiva i propri interessi aziendali;

- il medesimo contratto chiariva che la responsabilità editoriale per il contenuto dei messaggi era in toto gravante sul *content provider*, mentre il soggetto *carrier* restava esonerato da tale tipo di responsabilità;

- la pronuncia del T.A.R. (la quale ha affermato la responsabilità del *carrier* per omesso controllo sull'operato del *content provider*) è erronea sia perché tale tipo di responsabilità è in concreto sconosciuta all'ordinamento, sia perché si è in tal modo riqualficata la pronuncia dell'Autorità, commettendo un evidente difetto di ultrapetizione;

- il richiamato obbligo di controllo sull'attività pubblicitaria del *content provider* è di fatto sconosciuto alla legislazione di settore ed in contrasto con il principio di libertà imprenditoriale (art. 41, Cost.), oltre ad addossare agli operatori telefonici un onere palesemente irragionevole.

6. Gli argomenti dinanzi sinteticamente richiamati, che possono essere esaminati in modo congiunto, non possono trovare accoglimento.

7. In primo luogo, il Collegio osserva che non possa giungersi all'annullamento dei provvedimenti sanzionatori impugnati nell'ambito del primo giudizio in considerazione delle lamentate violazioni procedurali.

Si osserva al riguardo che le censure a vario titolo articolate dalle società appellanti riguardano l'asserita compressione delle prerogative partecipative e procedurali, con particolare riguardo all'omessa o inesatta comunicazione di avvio del procedimento conclusosi con l'adozione dei provvedimenti sanzionatori.

Al riguardo, il Collegio osserva che i motivi in parola non possano trovare accoglimento (e che, comunque, non potrebbe in alcun modo pervenirsi al richiesto annullamento attizio), conformemente alla previsione di cui al secondo periodo di cui al comma 2 dell'art. 21-*octies*, l. 7 agosto 1990, 241 - come introdotto ad opera dell'art. 14, l. 11 febbraio 2005, n. 15, a tenore del quale *“il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione di avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*.

La disposizione in questione (dettata per l'ipotesi di comunicazione del procedimento radicalmente omessa) non può non trovare applicazione - per un evidente principio di contenenza - anche nella diversa ipotesi, che qui rileva, in cui la comunicazione di avvio vi sia stata, ma se ne contesti in concreto l'incompletezza rispetto al paradigma legale di riferimento.

Nel merito (e per le ragioni che in seguito saranno esposte, a confutazione delle deduzioni articolate dalle società appellanti), si osserva che le ragioni in fatto e in diritto poste a fondamento dei provvedimenti sanzionatori impugnati in primo grado resistono alle censure articolate nella sede giurisdizionale sia per quanto attiene i presupposti per l'attivazione del potere sanzionatorio, sia per quanto concerne il loro apprezzamento concreto ai fini dell'irrogazione della sanzione.

Conseguentemente, risulta provato che il contenuto dispositivo dei provvedimenti sanzionatori non avrebbe potuto essere diverso rispetto a quello adottato neppure laddove le società appellanti fossero state poste fin dall'inizio di rappresentare nella sede procedimentale gli argomenti di doglianza trasfusi nei propri scritti difensivi (sul punto, cfr. Cons. Stato, V, 6 luglio 2010, n. 4319; id., VI, 19 giugno 2009, n. 4101).

8. Neppure sono fondati i motivi di appello con cui le società Wind Telecomunicazioni e Vodafone Omnitel lamentano l'illegittimità dell'operato dell'Autorità appellata per avere omesso di procedere nel corso della fase procedimentale all'audizione dei soggetti interessati, nonostante questi ultimi ne avessero fatto espressa richiesta ai sensi dell'art. 12 del regolamento dell'Autorità in data 15 novembre 2007 ('Procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette').

Si osserva al riguardo:

- che il comma 2 dell'art. 12, cit. (secondo cui *“il responsabile del procedimento, ove ciò sia necessario ai fini della raccolta o della valutazione degli elementi istruttori, o venga richiesto da almeno una delle parti, può disporre che le parti siano sentite in apposite audizioni nel rispetto del principio del contraddittorio, fissando un termine*

*inderogabile per il loro svolgimento*”), contrariamente a quanto ritenuto dalle società appellanti, non obbliga in alcun modo l’Autorità a procedere all’audizione dei soggetti interessati per effetto della richiesta (l’utilizzo del termine ‘può’, depone infatti nel senso di una modalità deontica meramente facultizzante). Al contrario, la fissazione dell’audizione costituisce una scelta propria del responsabile del procedimento, il quale vi provvederà previo apprezzamento delle circostanze del caso, senza che la mera richiesta di parte rappresenti nei suoi confronti un elemento cogente;

- che la disposizione in questione (per la parte in cui rende non obbligatoria la previa audizione personale delle parti, neppure laddove queste ne abbiano fatto espressa richiesta) non risulta violativa di alcun principio desumibile dalla pertinente disciplina primaria. In particolare, tale previsione non risulta in contrasto con la previsione di cui al comma 11 dell’art. 27, d.lgs. 206, cit. (secondo cui, nel disciplinare lo svolgimento della procedura istruttoria, l’Autorità deve garantire il contraddittorio, la piena cognizione degli atti e la verbalizzazione). Ed infatti, il procedimento istruttorio delineato dal richiamato regolamento del 2007 risulta già caratterizzato dalla più ampia possibilità per il soggetto incolpato di interloquire - anche attraverso la produzione di documentazione - con l’Autorità, ragione per cui non sembra che l’audizione personale costituisca di per sé un presidio incompressibile di partecipazione procedimentale (peraltro, risulta che le odierne appellanti abbiano versato agli atti istruttori della procedura sanzionatoria copiosa documentazione e svariate dedizioni di parte);

- che l’illegittimità dell’operato dell’Autorità (e, più a monte, del richiamato art. 12 del regolamento del 2007) non può essere affermata neppure avendo mente alla previsione di cui al secondo comma dell’art. 18 della l. 24 novembre 1981, n. 689 (il quale, nella generale materia degli illeciti amministrativi vincola l’amministrazione procedente all’audizione personale dell’interessato il quale ne abbia fatto richiesta, prima di procedere alla concreta irrogazione della sanzione). Si osserva al riguardo che la previsione da ultimo richiamata non assume valenza di principio nella materia sanzionatoria amministrativa (*i.e.*: una valenza extrasettoriale idonea a renderla applicabile anche in settori governati da discipline di specie - come la materia delle pratiche commerciali scorrette -). A tacer d’altro, infatti, il richiamato art. 18 non viene menzionato fra le disposizioni della l. 689, cit. le quali vengono espressamente richiamate dal comma 13 dell’art. 27, d.lgs. 206, cit. (ossia, dalla disposizione che individua le previsioni della l. 689 idonee a governare la disciplina sanzionatoria in tema di pratiche commerciali scorrette, *“in quanto applicabili”*).

9. Tanto premesso sotto il profilo delle asserite violazioni procedimentali, il Collegio osserva che i ricorsi in questione risultino altresì infondati nel merito.

10.1. Come si è detto in premessa, l’Autorità ha ritenuto che il complesso delle pertinenti circostanze deponesse nel senso che le

società appellanti fossero a pieno titolo individuabili quali soggetti co-autori delle campagne pubblicitarie in contestazione e che, pertanto, esse fossero responsabili a titolo proprio per la fattispecie di pubblicità ingannevole ai sensi dell'art. 20, d.lgs. 206 del 2005.

Si è, altresì, detto che l'Autorità ha fondato tale affermazione *a)* sull'elemento di responsabilità editoriale riferito al potere di verifica sui contenuti dei messaggi; *b)* sull'elemento di responsabilità editoriale derivante dal consenso all'utilizzo dei propri segni distintivi nell'ambito della campagna pubblicitaria; *c)* dall'elemento di vantaggio economico derivante dal particolare meccanismo di remunerazione del c.d. '*revenue sharing*'.

10.2. Le società appellanti hanno contestato la richiamata prospettazione osservando:

- quanto all'elemento *a)*, che nessuno effettivo apporto fosse stato arrecato dagli operatori telefonici all'attività di ideazione, realizzazione e diffusione dei contenuti;

- quanto all'elemento *b)*, che l'utilizzo del proprio logo non avesse alcuna finalità pubblicitaria (né avrebbe in alcun modo potuto averla), ma servisse unicamente a fornire un apporto informativo di carattere 'neutrale' alla clientela circa i servizi offerti;

- quanto all'elemento sub *c)*, l'esistenza di un meccanismo di remunerazione delle risorse di banda poste a disposizione del *content provider* non testimonierebbe in alcun modo una cointeressenza circa gli obiettivi e i risultati della campagna pubblicitaria, ma rappresenterebbe un'ordinaria operazione svolta a condizioni di mercato, oltretutto resa necessaria dalla necessità (di tipo pro-concorrenziale) di rendere possibile l'offerta di servizi informativi che altrimenti non presenterebbero un adeguato carattere di remuneratività. La soc. Telecom Italia osserva, inoltre, che il richiamato meccanismo di remunerazione troverebbe in qualche misura un'espressa copertura normativa nell'ambito dell'art. 15 del D.M. 2 marzo 2006, n. 145 ('*Regolamento recante la disciplina dei servizi a sovrapprezzo*').

11. Il Collegio ritiene che tali argomenti non possano essere accolti.

11.1. Ad avviso del Collegio, infatti, la chiave di volta sotto il profilo logico e strutturale nell'esame della questione appena divisata è rappresentata dalla scelta (tradotta in puntuali pattuizioni negoziali) di individuare un meccanismo di remunerazione per la realizzazione delle campagne pubblicitarie oggetto di censura tale da determinare una diretta cointeressenza degli operatori telefonici *carrier* nella diffusione dei messaggi e, in ultima analisi, nella migliore riuscita della campagna pubblicitaria in termini di diffusione e remuneratività.

11.2. Il funzionamento del richiamato meccanismo di remunerazione era tale per cui l'operatore telefonico *carrier* si impegnasse a riconoscere alla soc. Zero9, a titolo di corrispettivo, una quota del costo addebitato al cliente per ogni contenuto/servizio da questi acquistato, mentre la parte restante del prezzo corrisposto dal cliente per i servizi forniti dalla stessa soc. Zero9 era trattenuta dall'operatore telefonico a titolo di

‘*revenue share*’, ossia di percentuale sul fatturato complessivo generato dalla vendita dei contenuti multimediali da parte del *content provider*, anche quale remunerazione per le attività svolte nell’offerta dei servizi.

Ebbene, il Collegio ritiene che la scelta di collegare la messa a disposizione delle proprie risorse di banda all’operatività del richiamato meccanismo di remunerazione non si traduca nella pura e semplice cessione delle richiamate risorse a un operatore terzo e distinto secondo normali condizioni di mercato, ma si risolva nella volontaria e consapevole partecipazione a un’iniziativa di tipo imprenditoriale finalizzata alla messa a disposizione dei richiamati servizi e alla massimizzazione degli utili conseguentemente ritraibili.

Ora, l’aver consapevolmente optato per un meccanismo di remunerazione il quale collegava in modo inscindibile l’apporto degli operatori telefonici (indispensabile alla realizzazione e diffusione della campagna pubblicitaria) al ritorno economico dell’iniziativa, mediante un sistema di sostanziale compartecipazione sul ricavato, giustifica appieno il giudizio dell’Autorità, la quale ha ritenuto che in tal modo operando le compagnie telefoniche avessero giustificato un giudizio di riferibilità soggettiva delle campagne pubblicitarie nel loro complesso.

Al riguardo si osserva:

- che la circostanza per cui le compagnie telefoniche ritraessero una quota percentuale dei proventi del traffico telefonico generato attraverso la fornitura dei servizi offerti dalla soc. Zero9 rende chiaro che le prime non si limitassero a cedere risorse di rete a condizioni di mercato (*i.e.*: secondo un approccio tendenzialmente orientato alla sola copertura del costo marginale della risorsa ceduta), ma che fossero direttamente ed immediatamente interessate alla massima diffusione dei messaggi e alla conseguente massimizzazione del traffico telefonico generato (insomma, che esse fossero a pieno titolo compartecipi dell’iniziativa economica nel suo complesso);

- che l’opzione per un siffatto meccanismo di remunerazione eccedesse di certo il *quid minimum* reso necessario dalle regolazioni pro-concorrenziali di settore (finalizzate a garantire l’accesso al mercato delle risorse di rete a condizioni eque e negoziate secondo buona fede). Al contrario, nessuna regola pro-concorrenziale impone agli operatori di TLC di favorire a tal punto le iniziative loro proposte, sino ad assumerne volontariamente i connessi rischi di gestione e a collegare il proprio interesse imprenditoriale alla migliore riuscita dell’iniziativa stessa;

- che, se la scelta del richiamato meccanismo di remunerazione non derivava da obblighi pro-concorrenziali resi vincolanti dalla regolazione di settore, essa discendeva invece da una libera scelta imprenditoriale del singolo operatore il quale aveva ritenuto economicamente conveniente partecipare a una determinata iniziativa pubblicitaria attraverso il proprio indefettibile apporto tecnico, convenendo con la controparte negoziale un meccanismo di remunerazione tale da determinare una diretta ed immediata cointeressenza alla più ampia

diffusione dell'iniziativa e - in via mediata - una diretta compartecipazione alla sua maggiore remuneratività economica;

11.3. Per ragioni connesse a quelle appena evidenziate, anche la scelta di consentire l'utilizzo dei propri segni distintivi nell'ambito delle campagne oggetto di contestazione (e, in particolare, del logo d'impresa nell'ambito delle diverse schermate alle quali i potenziali clienti del servizio accedevano attivando i collegamenti resi disponibili dalla pagina iniziale predisposta dall'operatore Zero9), lungi dal rivestire la mera finalità informativa sulla quale insistono le Difese delle appellanti, costituiva a propria volta un'opzione idonea ad assicurare il miglior successo dell'iniziativa stessa e a rafforzare la diretta partecipazione e cointeressenza delle odierne appellanti alla sua realizzazione.

Si osserva al riguardo:

- che la circostanza per cui i loghi dei principali operatori nazionali di telefonia mobile comparissero sulle pagine Internet dell'operatore pubblicitario Zero9 conferiva ai messaggi diffusi (e di questo gli operatori coinvolti non potevano non essere consapevoli) una maggiore immagine di attendibilità, tale da indurre i potenziali clienti ad accostarsi all'offerta proposta con un più alto grado di fiducia;

- che non appare persuasivo l'argomento secondo cui l'utilizzo contestuale e congiunto dei (quattro) loghi non potesse sortire alcun effetto pubblicitario favorevole per ciascuno degli operatori, dal momento che nessun operatore economico accetterebbe di accostare il proprio marchio a quello di un diretto concorrente nell'ambito della medesima pubblicità. Al riguardo si osserva: *a)* che non si è contestato alle appellanti di aver partecipato all'iniziativa pubblicitaria in questione al fine di promuovere in modo diretto i propri servizi; ma si è contestata la ben diversa condotta di aver contribuito in modo determinante a favorire l'offerta pubblicitaria della soc. Zero9 (condotta, questa, ben compatibile con l'utilizzo contestuale e congiunto dei quattro loghi di impresa); *b)* che l'interesse immediato e diretto comune alle odierne appellanti era comunque quello di garantire la massimizzazione del traffico telefonico generato con l'offerta dei servizi a sovrapprezzo offerti dalla soc. Zero9 e che tale massimizzazione (pur 'pantografando' le quote di mercato possedute da ciascun operatore e lasciando inalterata la quota percentuale rispettivamente posseduta) avvantaggiava comunque ciascuno di essi attraverso un incremento pro quota del traffico generato e - in via mediata - attraverso una più congrua ritrazione della *revenue share* di rispettiva spettanza.

11.4. Concludendo anche su questo punto, si può affermare che il provvedimento sanzionatorio gravato nell'ambito dei primi ricorsi risulti esente dalle censure rubricate per la parte in cui ha ritenuto la sussistenza di un comportamento attivo da parte delle compagnie telefoniche (realizzato - *inter alia* - attraverso la volontaria compartecipazione alla riuscita economica dell'iniziativa e attraverso la messa a disposizione dei propri segni distintivi), tale da individuare le

imprese in questione quali soggetti co-autori della campagna pubblicitaria oggetto di contestazione.

11.5. Si osserva al riguardo che, una volta ascritta la condotta delle società appellanti ad un comportamento proprio di carattere commissivo, posto in essere nell'ambito della propria attività imprenditoriale e nel perseguimento dei relativi scopi, ne consegue l'infondatezza dei motivi di ricorso fondati sull'asserita violazione delle previsioni di cui all'art. 2 della direttiva 2005/29/CE (*'Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno'*).

E infatti, la richiamata condotta risulta pienamente compatibile con la definizione di "professionista" recata dalla richiamata direttiva comunitaria (*"qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto della presente direttiva, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisca in nome o per conto di un professionista"*), in modo tale da escludere qualunque errore nell'interpretazione ed applicazione del pertinente paradigma comunitario.

12. E' alla luce di tale impostazione che vanno quindi valutati gli ulteriori argomenti difensivi profusi dalle società appellanti.

12.1. In particolare, una volta dimostrata l'esistenza di un comportamento commissivo, idoneo a concretare la fattispecie illecita sotto il profilo oggettivo, occorre domandarsi se il medesimo comportamento possa considerarsi o meno esente da un giudizio di riprovevolezza sotto il profilo soggettivo.

12.2. Al riguardo è noto che un consolidato orientamento giurisprudenziale interpreta la previsione di cui al primo comma dell'art. 3, l. 689, cit. (secondo cui *"nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione o omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa"*) non già nel senso dell'indifferenza in ordine alla sussistenza o meno di un comportamento - quanto meno - colposo, bensì nel senso di porre una *praesumptio juris tantum* di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che l'abbia commesso, riservando poi a quest'ultimo l'onere di dimostrare di aver agito senza colpa (Cass. Civ., sez. lav., 26 agosto 2003, n. 12391).

12.3. Ebbene, ritiene il Collegio che le odierne appellanti non siano in condizione di vincere la richiamata presunzione, atteso:

- che esse hanno coscientemente e volontariamente collaborato alla realizzazione dell'illecito (cfr. infra, sub 11);
- che esse sono operatori professionali del settore delle comunicazioni elettroniche, che disponevano di strumenti (contrattuali e conoscitivi) idonei ad prendere cognizione ed apprezzare il carattere illecito dei messaggi diffusi attraverso i propri mezzi tecnologici e che, cionondimeno, hanno consentito che la condotta illecita si realizzasse in tutta la sua portata lesiva.

- che le giustificazioni addotte, tendenti a dimostrare che esse hanno messo in opera ogni accorgimento necessario e sufficiente per evitare il prodursi della fattispecie illecita, non appaiono convincenti.

12.4. L'esame delle pertinenti pattuizioni contrattuali intercorse con il *content provider* dimostra in primo luogo che ciascuna delle appellanti disponesse contrattualmente di strumenti idonei a consentire un'indagine sul contenuto dei messaggi diffusi e che ciascuna di esse, in quanto operatore professionale del settore delle comunicazioni elettroniche, disponesse di strumenti idonei ad apprezzare il carattere illecito dei messaggi diffusi attraverso i propri mezzi tecnologici.

Il medesimo esame dimostra in secondo luogo che la violazione di tali stringenti pattuizioni aveva quale unico effetto la responsabilizzazione della controparte contrattuale.

Tutto ciò è evidentemente inaccettabile.

12.5. Ora, per quanto concerne le richiamate pattuizioni contrattuali, si osserva che:

- nel contratto intercorso fra la soc. Wind Telecomunicazioni e la soc. Zero9 era previsto un espresso dovere di comunicazione preventiva, anche al fine di soddisfare le previsioni dello specifico Codice di condotta (CASP) predisposto fra i diversi operatori del settore;

- nel contratto intercorso fra la soc. Vodafone Omnitel e la soc. Zero9 - artt. 2 e 7 - erano previsti specifici meccanismi di comunicazione ed approvazione preventiva dei contenuti dei messaggi oggetto di diffusione

Anche in questo caso, l'appellante sottolinea che il contenuto delle clausole contrattuali non era tale da consentire un controllo di tipo editoriale sul contenuto delle campagne pubblicitarie (ad es., al fine di individuare possibili profili di abuso), limitandosi - piuttosto - ad una mera verifica preventiva circa profili coinvolgenti gli interessi aziendali della società *carrier*;

- nel contratto intercorso fra Telecom Italia e la soc. Zero9 - art. 8 - era espressamente prevista la previa sottoposizione dei messaggi oggetto di diffusione al *carrier*, anche se la soc. Telecom Italia osserva che la richiamata previsione contrattuale era finalizzata unicamente a consentire alla soc. Telecom Italia di salvaguardare la propria immagine commerciale al fine di tutelarsi preventivamente dalla diffusione di contenuti dei servizi ritenuti offensivi o comunque non adeguati all'utenza della società *carrier*.

12.5.1. L'esame delle richiamate pattuizioni rende palese che, laddove si avallasse in via applicativa il criterio distributivo proposto dalle società appellanti, si ammetterebbe la sostanziale disapplicazione in via pattizia dei criteri legali di determinazione della responsabilità da illecito (criteri certamente ascrivibili all'ambito delle clausole di ordine pubblico e in quanto tali sottratti al potere dispositivo dei soggetti privati). Ancora, laddove si consentisse il pieno dispiegarsi delle richiamate clausole di manleva, si ammetterebbe l'introduzione per via pattizia di nuove

ipotesi scriminanti destinate ad operare nell'ambito (evidentemente, indisponibile) della disciplina degli illeciti amministrativi;

- che le odierne appellanti non possano addurre a propria discolpa la circostanza per cui la controparte contrattuale (*i.e.*: il *content provider*), contravvenendo alla lettera e allo spirito delle richiamate pattuizioni, non avesse in concreto reso informazioni tempestive e puntuali in ordine al contenuto delle campagne pubblicitarie oggetto di diffusione, in tal modo precludendo la possibilità per il *carrier* di operare un controllo effettivo sui richiamati contenuti. Ciò, in quanto, l'iniziale previsione di un pervasivo sistema di comunicazioni e approvazioni preventive; il carattere di particolare qualificazione professionale degli stessi *carrier* (primari operatori del settore delle comunicazioni elettroniche e anch'essi attivi nel settore pubblicitario) nonché l'immediata co-intetessenza economica nei risultati delle campagne pubblicitarie in questione (attraverso il meccanismo di remunerazione c.d. di '*revenue sharing*'), erano tutti elementi tali da innestare in capo alle attuali appellanti un onere specifico di prevenire la realizzazione di condotte illecite attraverso gli strumenti tecnologici posti a disposizione delle proprie controparti negoziali;

- che, riguardando la condotta censurata sotto l'angolo visuale dell'illecito di tipo commissivo, la conoscenza (o la conoscibilità) del contenuto delle campagne pubblicitarie costituisce il presupposto sul quale si fonda la condivisione e la cointeressenza nei confronti della condotta illecita;

- che, conseguentemente, anche ad ammettere la violazione da parte del *content provider* degli obblighi di comunicazione preventiva assunti contrattualmente, ciò non potrebbe determinare un effetto scriminante nei confronti delle odierne appellanti, le quali avevano omesso in modo colpevole di predisporre un adeguato sistema di controlli preventivi (certamente esigibile alla luce delle circostanze del caso concreto) e - in ogni caso - avevano omesso di ricorrere in concreto anche gli stessi strumenti di controllo e prevenzione negozialmente stabiliti;

12.6. Il Collegio osserva, inoltre, che il meccanismo di distribuzione degli oneri di preventiva vigilanza dinanzi richiamato non determina (contrariamente a quanto affermato dalle appellanti con argomentazioni di analogo tenore) una sostanziale traslazione in capo a soggetti privati dei poteri di vigilanza e controllo sugli illeciti sanzionabili, tipicamente spettanti all'Autorità di settore. E' evidente al riguardo che la prospettazione delle appellanti sarebbe in astratto percorribile solo laddove si condividesse il relativo presupposto logico-fattuale (ossia, che l'attività di verifica e controllo imposta ai *carrier* si innestasse su un fatto altrui - lo svolgimento di un'attività pubblicitaria da parte del *content provider*, cui il *carrier* restava essenzialmente estraneo, senza che su di essi gravassero puntuali obblighi di *facere* -). Tuttavia, la prospettazione in parola risulta radicalmente da escludere se solo si osservi che l'omissione contestata alle appellanti non riguarda in alcun modo un controllo di tipo pubblicistico relativo a una condotta altrui cui

il soggetto onerato restava sostanzialmente estraneo, ma riguarda - al contrario - un fatto commissivo proprio, contrario alla condotta possibile ed alternativa, la quale era in concreto esigibile sulla base del concreto atteggiarsi del regolamento negoziale;

12.6.1. Si osserva, ancora, che non può trovare accoglimento la tesi delle appellanti secondo cui non sarebbe stato esigibile nei loro confronti un comportamento tale da prevenire ed impedire il verificarsi della condotta sanzionata attraverso un adeguato (ma onerosissimo) sistema di controlli preventivi sui contenuti e le modalità delle campagne pubblicitarie. Ed infatti, pur non potendosi sottacere l'indubbia complessità tecnico-organizzativa del sistema di controlli reso necessario dalla tipologia e dal numero delle attività pubblicitarie poste in essere, è altresì certo che non sussistesse nella specie alcun impedimento di carattere assoluto alla sua realizzazione. E' altresì certo che il *quantum* di esigibilità nell'attivazione di rimedi di tipo preventivo deve essere in concreto modulato tenendo in adeguata considerazione:

- a) la diretta co-interessenza economica delle odierne appellanti alla riuscita e diffusione dei messaggi pubblicitari oggetto di contestazione;
- b) la notevolissima dimensione organizzativa delle appellanti (primari operatori di mercato);
- c) la loro indubbia attitudine (in qualità di operatori del settore delle telecomunicazioni, a propria volta dotati di coacervata esperienza nel settore pubblicitario) ad apprezzare i profili di ingannevolezza contenuti nelle campagne oggetto di contestazione

13. Per le ragioni sin qui esaminate, non risulta determinante ai fini della presente decisione stabilire se uno specifico onere di verifica e controllo spettasse in capo alle odierne appellanti anche in applicazione dell'art. 18 del d.m. 2 marzo 2006, n. 145 (*Regolamento recante la disciplina dei servizi a sovrapprezzo*).

14. Tracciando alcune conclusioni sui punti sin qui esaminati, è possibile affermare:

- a) che le odierne appellanti avessero apportato un contributo efficiente certamente determinante sotto il profilo eziologico al fine di rendere possibile il realizzarsi della condotta illecita oggetto dell'attività sanzionatoria da parte dell'Autorità;
- b) che l'apporto concausale riferibile alle odierne appellanti era riconducibile ad un'ipotesi di illecito di tipo commissivo, e quindi alla previsione di cui all'art. 5, l. 689 del 1981 (in tema di concorso di soggetti nell'illecito amministrativo), per avere le appellanti contribuito con un apporto cosciente e volontario alla realizzazione delle campagne informative, condividendone in ultima analisi il contenuto e le stesse finalità imprenditoriali;
- c) che, sotto tale aspetto, nessun errore qualificatorio è stato commesso dall'Autorità o dai primi Giudici in relazione alla nozione di "professionista" recata dall'art. 2 della direttiva 2005/29/CE;
- d) che, inoltre, il comportamento posto in essere dalle società appellanti era altresì riconducibile a un'ipotesi di responsabilità per comportamento omissivo colpevole, per non aver posto in essere un

adeguato *setting* di strumenti di verifica e controllo (che, pure, rientrava nella loro disponibilità ed era in capo a loro concretamente esigibile) tale da impedire il verificarsi dell'illecito amministrativamente sanzionato;

e) che la fattispecie di responsabilità in tal modo posta in essere non assumeva i caratteri tipici di una responsabilità di tipo oggettivo (o per fatto altrui), ma si connotava dei caratteri tipici di una responsabilità per fatto proprio e colpevole, sì da giustificare l'adozione delle determinazioni sanzionatorie impugnate nell'ambito del primo grado di giudizio.

15. In base a quanto sin qui esposto, i ricorsi numm. 10588/2009 (Wind Telecomunicazioni), 130/2010 (Vodafone Omnitel) e 405/2010 (Telecom Italia) devono essere respinti.

16.1. Tutti gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

16. Devono, a questo punto, essere esaminati: a) l'appello incidentale proposto dall'AGCM nell'ambito del ricorso n. 10588/09; b) il ricorso num. 40/2010; c) il ricorso n. 41/2010 con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha chiesto la riforma delle pronunce in epigrafe per la parte in cui hanno disposto l'annullamento dei provvedimenti sanzionatori per ciò che attiene la quantificazione delle sanzioni.

Come si è esposto in narrativa, il provvedimento dell'Autorità n. 18779/08, tenuto conto della specifica gravità della condotta posta in essere dalla soc. Zero9, la capacità diffusiva del mezzo tecnico utilizzato, la durata della condotta e l'importanza economica della società in questione, l'aveva condannata a una sanzione pecuniaria pari ad euro 155.000.

Per quanto riguarda le società. Wind Telecomunicazioni, Vodafone Omnitel e Telecom Italia, tenuto conto della gravità e durata della violazione, nonché delle specifiche circostanze aggravanti a ciascuna di esse riferibili, le aveva condannate a una sanzione pecuniaria pari - rispettivamente - ad euro 265.000, ad euro 285.000 e ad euro 315.000

Le pronunce in epigrafe hanno annullato *in parte quā* le richiamate determinazioni sanzionatorie, censurando in particolare l'assenza di congruità nella ponderazione dei ruoli rivestiti da ciascuna delle società sanzionate ai fini della quantificazione della sanzione.

In particolare, i primi Giudici hanno osservato che apparisse illogico aver assoggettato gli operatori telefonici (nella loro veste di soggetti *carrier* e meri 'co-autori' della condotta sanzionata) a un ammontare sanzionatorio addirittura superiore rispetto a quello disposto nei confronti del *content provider* Zero9, di cui non poteva comunque essere disconosciuto il ruolo di principale artefice dell'illecito sanzionato.

17. Il richiamato capo delle pronunce in epigrafe è stato gravato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale ha osservato:

- che l'apporto concausale fornito dagli operatori telefonici alla realizzazione dell'illecito, pur se ontologicamente diverso rispetto a quello realizzato dalla soc. Zero9, non poteva *sic et simpliciter* giustificare un giudizio di minore gravità dell'apporto fornito dai primi rispetto a quello fornito dall'autore principale dei messaggi;
- che il ruolo di meri 'co-autori' accertato in capo agli operatori telefonici non poteva giustificare un apodittico giudizio di minore gravità della condotta da questi posta in essere;
- che, in definitiva, il provvedimento sanzionatorio dovesse essere considerato congruo e motivato per la parte in cui aveva attribuito rilievo, ai fini della quantificazione della sanzione: *a)* al carattere determinante dell'apporto concausale fornito da ciascun partecipante; *b)* alla diretta riferibilità della condotta sanzionata anche agli operatori telefonici in considerazione degli elementi di responsabilità editoriale e di cointeressenza economica; *c)* alla valutazione della determinazione economica di ciascun partecipante.

17.1. I motivi dinanzi sinteticamente richiamati sono meritevoli di accoglimento.

17.2. Dal punto di vista sistematico occorre premettere che i criteri generali di cui fare applicazione in sede di commisurazione delle sanzioni pecuniarie nelle materie di cui al d.lgs. 206 del 2005 sono rinvenibili nell'ambito dell'art. 11 della l. 689 del 1981, a tenore del quale *"nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche"*.

La disposizione in questione, per le ragioni già richiamate, risulta idonea a governare la vicenda di causa per ciò che attiene alla determinazione del quantum risarcitorio (ed infatti, ai sensi del comma 13 dell'art. 27, d.lgs. 206, cit. - nella formulazione *ratione temporis* rilevante - per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alle violazioni in tema di tutela dei consumatori, si osservano *-inter alia-* le disposizioni di cui agli articoli da 1 a 12, l. 689, cit.).

Ancora dal punto di vista generale, deve essere nel caso di specie richiamato il consolidato - e qui condiviso - orientamento secondo cui l'attività determinativa del quantum della sanzione irrogata (nonché, più a monte, il giudizio di sussunzione delle peculiarità del caso di specie entro i criteri determinativi normativamente indicati) costituisce esplicitazione di una lata discrezionalità, con la conseguenza che l'operazione valutativa in tal modo posta in essere non possa essere sindacata in sede di giudizio di legittimità, laddove risulti congruamente motivata e scevra da vizi logici (Cass. Civ., I, 16 aprile 2003, n. 6020).

Impostati in tal modo i termini sistematici della questione, il Collegio ritiene che l'attività determinativa posta in essere dall'Autorità risulti esente dai vizi rilevati dai primi Giudici, se solo si osservi:

- che l'Autorità ha puntualmente tenuto conto, ai fini determinativi, di un complesso di circostanze certamente compatibili con la *litera* e la *ratio* dell'art. 11, cit. (ruolo ricoperto da ciascun coautore nell'ambito della fattispecie illecita, specifica gravità dei singoli apporti, rilevanza economica del singolo coautore, sussistenza di specifiche circostanze aggravanti);
- che, in particolare, la motivazione del provvedimento sanzionatorio appare conforme al paradigma di riferimento laddove ha affermato che, a parità di ulteriori condizioni, si sarebbe tenuto conto ai fini determinativi, della consistenza economica di ciascun partecipante (si tratta di un criterio espressamente richiamato dall'art. 11, cit.);
- che le sentenze in epigrafe non risultano persuasive laddove hanno enfatizzato il dato relativo alla diversa qualità dell'apporto di ciascuno dei coautori del fatto illecito, ritenendo irragionevole la scelta conclusiva di assoggettare a una sanzione di importo maggiore l'autore principale della condotta e a una sanzione di importo inferiore i meri soggetti coautori;
- che le decisioni in questione non tengono in adeguata considerazione la circostanza per cui (per le ragioni dinanzi richiamate sub 11, 12) ciascuno dei partecipanti alla condotta oggetto di sanzione avesse apportato un contributo concausale indefettibile ai fini della realizzazione della condotta decettiva, senza che l'apporto fornito dalla soc. Zero9 potesse essere ritenuto per definizione di maggiore gravità, laddove posto in comparazione con quello fornito dagli operatori telefonici. Al contrario, per le ragioni dinanzi richiamate, detti operatori avevano apportato alla fattispecie un contributo determinante sotto il profilo concausale, avevano agito con azioni e omissioni colpevoli e avevano ritratto dalla complessiva condotta illecita un diretto vantaggio economico di ammontare tanto maggiore, quanto maggiore era la dimensione economica e la quota di mercato detenuta;
- che la maggiore dimensione economica degli operatori di telefonia mobile rispetto a quella del *content provider* non aveva assunto un rilievo esclusivo e determinante ai fini della quantificazione della sanzione, costituendo - piuttosto - solo uno degli elementi a tal fine tenuti in considerazione (nell'ambito di un giudizio di ponderazione nel suo complesso congruo e motivato). Di ciò è riprova diretta dalla comparazione stessa degli importi delle sanzioni, la quale palesa che a fronte di un peso economico (quello del *content provider*) certamente inferiore, l'importo finale delle sanzioni irrogate è stato di entità comparabile (attestandosi in un *range* compreso fra 155.000 e 315.000 euro). Il che dimostra che, comunque, l'Autorità ha considerato comparativamente più grave la condotta realizzata dall'autore in via principale della campagna pubblicitaria contestata.

18. Per le ragioni sin qui esposte, i ricorsi in epigrafe devono essere così definiti:

- quanto al ricorso n. 10588/09, il ricorso principale deve essere respinto, mentre deve essere accolto il ricorso incidentale proposto dall'A.G.C.M. e per l'effetto, in riforma della pronuncia gravata, deve essere disposta l'integrale reiezione del ricorso proposto in primo grado;
- quanto al ricorso n. 40/2010, esso deve essere accolto e per l'effetto, in riforma della pronuncia gravata, deve essere disposta l'integrale reiezione del ricorso proposto in primo grado;
- quanto al ricorso n. 41/2010, esso deve essere accolto e per l'effetto, in riforma della pronuncia gravata, deve essere disposta l'integrale reiezione del ricorso proposto in primo grado;
- quanto al ricorso n. 130/2010, esso deve essere respinto;
- quanto al ricorso n. 405/2010, esso deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

#### P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe, così decide:

- quanto al ricorso n. 10588/09, respinge il ricorso principale e accoglie il ricorso incidentale e per l'effetto, in riforma della pronuncia gravata, dispone l'integrale reiezione del ricorso proposto in primo grado;
- quanto al ricorso n. 40/2010, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della pronuncia gravata, dispone l'integrale reiezione del ricorso proposto in primo grado;
- quanto al ricorso n. 41/2010, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della pronuncia gravata, dispone l'integrale reiezione del ricorso proposto in primo grado;
- quanto al ricorso n. 130/2010, lo respinge;
- quanto al ricorso n. 405/2010, lo respinge..

Condanna la soc. Vodafone Omnitel NV, la soc. Wind Telecomunicazioni s.p.a. e la soc. Telecom Italia s.p.a. alla rifusione delle spese di lite, che liquida in complessivi euro 10.000 (diecimila) a carico di ciascuna di esse, oltre gli accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Coraggio, Presidente  
Maurizio Meschino, Consigliere  
Bruno Rosario Polito, Consigliere  
Claudio Contessa, Consigliere, Estensore  
Fabio Taormina, Consigliere

## IL COMMENTO

Con una serie di sentenze adottate tra marzo e aprile 2011 e dal contenuto sostanzialmente analogo [1], il Consiglio di Stato si è pronunciato su una serie di ricorsi relativi ad alcuni provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) in materia di pratiche commerciali scorrette nel settore della fornitura di *mobile content* (ad esempio loghi e suonerie) attraverso numerazioni mobili in decade "4" [2]. Tali pronunce assumono un interesse peculiare in quanto non si sono limitate – in parziale riforma delle pronunce di primo grado del Tar Lazio [3] – a confermare la correttezza delle conclusioni a cui era giunta l'AGCM nelle decisioni impugnate, ma ha svolto altresì un esame approfondito (fornendo importanti chiarimenti in merito) delle relazioni contrattuali tra gli operatori di rete mobile (cd. *mobile network operator*, MNO) ed i cd. *content provider* (ossia le imprese che, tra l'altro, realizzano i contenuti forniti al cliente e le campagne promozionali) in un settore – quello dei *mobile content* – che si caratterizza per un rilevante squilibrio nel peso economico e di mercato dei diversi attori coinvolti [4].

Vale appena la pena di ricordare che, nella propria prassi decisionale in materia di pratiche commerciali scorrette nella fornitura al pubblico di *mobile content*, l'Autorità ha costantemente ritenuto responsabili (e, conseguentemente, sanzionato) sia i *content provider* (in quanto soggetti che realizzano concretamente i contenuti ed effettuano le campagne promozionali), sia i MNO in qualità di co-autori, questi ultimi in quanto esercitano un ampio potere di controllo sul contenuto dei messaggi promozionali, forniscono il consenso all'utilizzo dei propri segni distintivi nell'ambito delle campagne pubblicitarie, traggono un significativo vantaggio economico dal particolare meccanismo di remunerazione di cd. *revenue sharing* [5].

Proprio con riferimento a tale aspetto, il Tar Lazio aveva annullato le sanzioni irrogate dall'AGCM ai MNO a causa dell'errata ponderazione dei ruoli svolti dalle diverse imprese. In particolare, i giudici di primo grado avevano ritenuto sproporzionato e irragionevole il fatto che tali imprese fossero state assoggettate ad una sanzione superiore rispetto a quella imposta all'autore principale dell'illecito (ossia al *content provider*), pur essendo qualificabili come "co-autori" della pratica commerciale scorretta ed avendo agito con un livello di gravità attenuata [6].

Il Consiglio di Stato, invece, giunge a conclusioni parzialmente difformi. In primo luogo, è significativo il fatto che il Collegio individui la chiave di volta per inquadrare il ruolo dei MNO nel meccanismo di *revenue sharing*, affermando che esso determina "una diretta cointeressenza degli operatori telefonici carrier nella diffusione di messaggi e, in ultima analisi, nella migliore riuscita della campagna pubblicitaria in termini di diffusione e remuneratività". In sostanza, la diretta compartecipazione

dei MNO ai ricavi derivanti dalla fornitura del contenuto al cliente finale attribuisce a tali operatori un interesse diretto a massimizzare la diffusione dei messaggi promozionali ritenuti ingannevoli, con un conseguente incremento del traffico telefonico (intermini di numero di SMS) generato.

Le sentenze in esame hanno inoltre sottolineato che il controllo preventivo effettuato dai MNO sul contenuto dei messaggi promozionali ed il consenso all'utilizzo dei propri segni distintivi nell'ambito delle campagne pubblicitarie determinano il sorgere in capo agli stessi MNO di una vera e propria "*responsabilità editoriale*" e, in ultima istanza, la condivisione del contenuto delle campagne promozionali e delle stesse finalità imprenditoriali dei *content provider*. In definitiva gli operatori di telefonia, lungi dal limitarsi a cedere a condizioni di mercato le proprie risorse di rete per la trasmissione dei *mobile content* agli utenti finali, sono stati considerati "*a pieno titolo partecipi dell'iniziativa economica nel suo complesso*".

Alla luce dell'apporto causale nei termini sopra inquadrati e dell'interesse diretto alla realizzazione della condotta commerciale, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la quantificazione della sanzione effettuata dall'AGCM [7] fosse stata "*congruamente motivata e scevra di vizi logici*" [8] e, per l'effetto, ha annullato le diverse sentenze del Tar Lazio che, invece, avevano annullato le sanzioni imposte ai MNO censurando il fatto che esse non riflettessero la minor gravità della condotta dei MNO rispetto a quella dei *content provider*.

Infine, va evidenziato che i giudici del Consiglio di Stato hanno inquadrato, in maniera sostanzialmente inedita, gli effetti delle clausole di manleva contenute negli accordi bilaterali tra MNO e *content provider* (caratterizzati il più delle volte da un significativo squilibrio nel potere contrattuale delle parti), con le quali i *content provider* si impegnano a tenere indenne il MNP da qualsiasi pregiudizio derivante dalla violazione, *inter alia*, della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette. Tale clausola è stata utilizzata in molti casi dagli operatori di telefonia per porre interamente in capo al *content provider* il pagamento delle sanzioni irrogate dall'AGCM. Con le sentenze in questione, invece, il Consiglio di Stato sembra porre alcuni vincoli all'utilizzo di tali clausole di manleva, evidenziando cioè che esse non possono andare ad incidere su materie indisponibili per le parti, tra cui la responsabilità per aver commesso un illecito amministrativo. In particolare, il Collegio sottolinea che "*laddove si consentisse il pieno dispiegarsi delle richiamate clausole di manleva, si ammetterebbe l'introduzione per via pattizia di nuove ipotesi scriminanti destinate ad operare nell'ambito (evidentemente, indisponibile) della disciplina degli illeciti amministrativi*".

Pur se tale formulazione lascia spazio a residue ambiguità, sembrerebbe che il Collegio voglia indicare che una clausola di manleva non può essere utilizzata per ribaltare su un unico soggetto l'intero pregiudizio economico negativo derivante da violazioni normative o condotte illecite

a cui abbia contribuito anche l'altra parte, a prescindere cioè da una concreta verifica delle effettive responsabilità e condotte. Anche sotto questo profilo, dunque, l'intervento del Consiglio di Stato incide indirettamente sui rapporti contrattuali tra MNO e *content provider*, contribuendo ad identificarne i rispettivi ruoli.

-----  
 Note:

[1] Sent. Cons. St n. 1810/2011 (appello contro la sent. Tar Lazio n. 646/2010 relativa al procedimento *PS1469 - SUONERIE.IT-SUONERIE PER CELLULARI*); Sent. Cons. St. n. 1811/2011 (appello contro la sent. Tar Lazio n. 648/2010 relativa al procedimento *PS1325 - ZENG-LOGHI E SUONERIE*); Sent. Cons. St. n. 1812/2011 (appello contro la sent. Tar Lazio n. 645/2010 relativa al procedimento *PS1551 - DADA-LOGHI E SUONERIE*); Sent. Cons. St. n. 1813/2011 (appello contro la sent. Tar Lazio n. 647/2010 relativa al procedimento *PS1451 - ZED-SMS NON RICHIESTI*); Sent. Cons. St. n. 2242/2011 (appello contro la sent. Tar Lazio n. 10645/2008 relativa al procedimento *PI5723 - COSTI SMS PER IL SERVIZIO 48469*); Sent. Cons. St. n. 2251/2011 (appello contro le sentt. Tar Lazio nn. 10466-10467-10468/2008 relative al procedimento *PI6254 - MOBY.DADA.NET-BRANI MUSICALI GRATIS SUL CELLULARE*); Sent. Cons. St. n. 2256/2011 (appello contro le sentt. Tar Lazio nn. 7122-7123-7558/2009, relative al procedimento *PS457 - 10 SMS GRATIS*).

[2] I procedimenti svolti dall'Autorità hanno accertato l'ingannevolezza delle promozioni relative alla fornitura di *mobile content* e, in particolare, l'omissiva e fuorviante indicazione delle caratteristiche e dei costi del servizio.

[3] Cfr. nota n. 1.

[4] Le sentenze qui in esame riguardano esclusivamente la posizione dei MNO mentre i ricorsi dei *content provider* saranno oggetto di distinte pronunce da parte del Consiglio di Stato.

[5] In maniera molto semplificata, attraverso il meccanismo del *revenue sharing* il corrispettivo pagato dal cliente finale per l'acquisto del contenuto viene addebitato sul conto prepagato o sull'abbonamento da parte del MNO, che trattiene una quota (che ad oggi è pari all'incirca al 50-55%) e retrocede la restante parte al *content provider*.

[6] Va osservato che l'AGCM, a seguito delle pronunce del Tar Lazio, ha proceduto, attraverso nuove decisioni che hanno accolto le indicazioni fornite dai giudici amministrativi, a riadottare le sanzioni nei confronti dei MNO "salvo conguaglio ad esito del giudizio di appello".

[7] L'art. 11 della Legge 689/1981 stabilisce che "nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle

*conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche”.*

[8] In particolare, secondo il Collegio, *“se è vero che la responsabilità del provider è superiore, secondo il codice del consumo va considerata anche la maggiore rilevanza economica delle tre società, ciò che giustifica sanzioni di importo sostanzialmente analogo”.*

## ***Il “Caso Eminem”: quando la distribuzione digitale e la definizione di masters entrano in contatto***

di  
**Giulio Pascali**

### *La vicenda processuale:*

Nel 1995, l’etichetta discografica F.B.T. Productions stipulava un contratto con il rapper Eminem, ottenendo l’esclusiva sulla gestione delle sue incisioni musicali.

Nel 1998, tale etichetta concludeva un accordo di licenza di tali diritti esclusivi a beneficio della Aftermath Records: in base a tale *agreement*, sarebbe spettata alla F.B.T. una percentuale tra il 12% ed il 20% sul prezzo di tutte le incisioni vendute negli Stati Uniti attraverso canali di distribuzione ordinari (c.d. “*Records Sold provision clause*”). Altra clausola prevedeva invece che, in ogni caso, alla F.B.T. sarebbe spettata una percentuale di royalties del 50% sui *masters* concessi in licenza dalla Aftermath a terzi, per la realizzazione e vendita delle incisioni o per altri usi (c.d. “*Masters Licenced provision clause*”).

Nell’anno 2002, la Universal Music Group Recordings Inc., società madre della Aftermath Records, stipulava un separato accordo con la Apple Computer Inc., per garantire la distribuzione digitale dei brani del rapper statunitense sulla piattaforma Apple iTunes, in modalità c.d. “*permanent download*”. La UMG Recordings concludeva, negli anni successivi, ulteriori contratti con altre società, per la distribuzione di suonerie basate su brani di Eminem.

Nel 2003, F.B.T. ed Aftermath stipulavano un nuovo accordo, che terminava espressamente il precedente: per quanto riguarda le incisioni ed i *masters*, il nuovo contratto riproduceva in buona sostanza il contenuto del precedente accordo del 1998. Una modifica del 2004 introduceva nel nuovo accordo una clausola di incremento automatico delle Records Sold royalties, al raggiungimento di specifiche soglie numeriche di download digitali, senza tuttavia specificare nulla riguardo tale canale di distribuzione, nemmeno a livello di definizioni contrattuali.

F.B.T. agiva dunque nel 2006 contro la Aftermath, sostenendo che spettassero ad Eminem soglie ben più alte di royalties di quelle contenute nella Records Sold provision, e corrisposte fino ad allora dalla Aftermath; tale pretesa veniva argomentata soprattutto in relazione all’accordo tra UMG Recordings ed Apple Computer circa la distribuzione digitale di brani in formato MP3 sulla piattaforma iTunes, che, sostenevano i legali della F.B.T., in assenza di definizioni contrattuali dedicate, aveva ad oggetto qualcosa di assimilabile ai *masters* delle canzoni del rapper.

L’etichetta sosteneva spettassero al celeberrimo rapper, in sostanza, il 50% dei ricavi di Aftermath su tali forme di distribuzione, invece del “mero” 12-20% della Records Sold provision clause.

In primo grado, la Corte distrettuale della California non accoglieva i rilievi di F.B.T., sostenendo che le clausole del contratto tra le case discografiche fossero confuse e potessero dunque essere plausibilmente interpretate secondo entrambe le tesi proposte dalle due etichette discografiche; respingendo dunque le richieste di giudizio sommario presentate da entrambe le parti, condannava F.B.T., in quanto *plaintiff* della causa, al pagamento delle spese processuali.

Il 12 luglio 2010, dopo ampia discussione sull’appello proposto da F.B.T. avverso la sfavorevole sentenza di primo grado, la Corte d’Appello del Distretto Centrale

della California, presieduta dal giudice Philip S. Gutierrez, esaminava nuovamente la questione, sostenendo, in particolare:

1. Che la clausola sulla cessione dei *masters* ben potesse trovare applicazione anche riguardo ai *permanent downloads* ed ai *mastertones* (gli MP3 distribuiti tramite iTunes e le suonerie polifoniche): ciò poiché tali file ben possono essere incisi, ad intera discrezione degli utenti che li acquistano, su supporti digitali come CD, al pari di quanto farebbe un qualsiasi licenziatario dei diritti di incisione, con i *masters* delle canzoni stesse.
2. Che nel primo *agreement* del 1998 tra F.B.T. ed Aftermath, e nella successiva novazione del 2003, la previsione circa la royalty del 50% sulla cessione dei *masters* fosse tutt'altro che ambigua, come aveva invece sostenuto la corte distrettuale, e che potesse essere interpretata unicamente nel senso di considerare come *masters* anche MP3 e suonerie polifoniche. A sostegno di tale motivazione la stessa definizione di *masters*, fornita nel contratto: "*recording of sound...which is used or useful in the recording, production or manufacture of records*". Secondo la Corte d'Appello, inoltre, nemmeno la clausola di incremento delle royalties da Records Sold, introdotta con la novazione del 2004 del contratto tra F.B.T. ed Aftermath, poteva trovare applicazione a beneficio della resistente, poiché tale aggiunta contrattuale faceva espressamente salva ogni clausola preesistente non espressamente oggetto di modifica.

Alla luce di tali argomentazioni, dunque, la pronuncia di primo grado veniva interamente capovolta, ed il giudice accoglieva in pieno le tesi della F.B.T. Records, stabilendo che al rapper Eminem spettassero royalties nella misura del 50% sugli MP3 concessi da Aftermath Records ad Apple Computer Inc. per la distribuzione su iTunes.

Aftermath Records presentava immediatamente ricorso presso la Corte Suprema degli Stati Uniti, ma la stessa, con provvedimento del 21 maggio 2011, negava il *certiorary* per questioni procedurali, rifiutando l'audizione del caso e confermando quindi il tenore della decisione resa dalla Corte d'Appello.

*Nota conclusiva:* Al di là del considerevole rilievo economico, dalla vicenda emergono alcune importanti criticità, in tema di predisposizione di contratti di gestione dei diritti radiofonici, siano essi esclusivi o meno.

In primo luogo, l'aspetto definitorio. E' infatti indubbiamente essenziale, nel predisporre un contratto di gestione esclusiva di diritti musicali, curare definizioni adeguate al contenuto dello stesso. Nel caso in oggetto, tra le argomentazioni principali della Corte Distrettuale d'Appello figurava proprio il dato *letterale* delle previsioni contrattuali. Definire i *masters*, in entrambe le versioni dei contratti, come "*registrazioni di suoni [...] utilizzabili per la riproduzione, produzione e manifattura di incisioni*" ha infatti gravemente pregiudicato la posizione della Aftermath Records, che ha visto equiparare in sede giudiziale, come si è detto, i poteri dell'*end-user* a quelli del produttore fonografico.

In secondo luogo, l'inadeguatezza degli schemi contrattuali classici alla realtà digitale. Anche alla luce di quanto dedotto circa l'incertezza definitoria, l'applicazione di contratti concepiti per la gestione "tradizionale" del diritto d'autore musicale si rivela altamente controproducente, in un campo come quello della distribuzione digitale. Replicare uno schema contrattuale già adottato, senza introdurre opportune clausole per regolamentare la distribuzione digitale, evita sì i costi ed i tempi di una rinegoziazione tra le parti, ma porta con se tutti i problemi legali di una incompatibilità manifesta tra regimi giuridici. Di qui la

necessità, non solo per chi realizza i contratti ma anche per lo stesso legislatore, di predisporre *nuovi schemi e tipologie* per una più efficace gestione dei diritti, introducendo ogni più opportuno criterio di modulazione per andare oltre le classiche attribuzioni esclusive, e per dettagliare nella maniera più specifica e precisa possibile tutti quei diritti di nuova matrice, originati dal sempre più massiccio utilizzo della distribuzione digitale; tutto ciò non solo per i titolari dei diritti di sfruttamento economico, ma anche i diritti degli autori stessi.

***Diritto di autore e accesso alla Rete. Posizioni a confronto: la pronuncia del Consiglio per i Diritti Umani delle Nazioni Unite e la campagne europee contro la pirateria online.***

di  
**Elena Maggio**

Per il Consiglio delle Nazioni Unite l'accesso ad internet è un diritto fondamentale ed inalienabile e, come tale, prevale rispetto al diritto di sfruttamento economico delle opere coperte da copyright.

Questo è quanto emerge dalla lettura del documento presentato, in tema di promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development, lo scorso maggio, dal relatore speciale della Commissione per i Diritti Umani delle Nazioni Unite Frank La Rue e, successivamente, approvato dallo stesso Consiglio delle Nazioni Unite.

Il Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, ha analizzato le tendenze e le sfide che il diritto di tutti gli individui a cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee di ogni genere attraverso Internet incontra, sottolineando il carattere unico di Internet nel consentire agli individui di esercitare non solo il loro diritto alla libertà di opinione e di espressione, ma anche una serie di altri diritti umani, e la capacità della Rete di promuovere il progresso della società nel suo complesso.

Il Capitolo III della relazione sottolinea l'applicabilità al mezzo telematico delle norme internazionali sui diritti umani e degli standard sul diritto alla libertà di opinione e di espressione e precisa le circostanze eccezionali in cui la diffusione di alcune tipologie di informazioni possa venire limitata. Il rapporto si concentra, altresì, sull'analisi delle due dimensioni dell'accesso ad Internet, rispettivamente, da intendersi come accesso al contenuto e come accesso all'infrastruttura tecnica necessaria per accedere alla Rete.

In particolare, il Capitolo IV descrive alcuni dei modi attraverso cui alcuni Stati tentano, sempre più, di censurare le informazioni che la Rete può fornire, per mezzo, ad esempio, di un blocco arbitrario o del filtraggio dei contenuti; o, ancora per mezzo dell'istituzione delle responsabilità degli intermediari o scollegando gli utenti dall'accesso ad Internet, nella volontà di tutelare il diritto d'autore e far rispettare i dettami della normativa in materia di diritti di proprietà intellettuale, prevenire eventuali attacchi informatici, tutelare il diritto alla privacy e alla protezione dei dati.

Seramente affrontata, dunque, la questione dell'accesso universale ad Internet. Infatti, in base a quanto riportato nel documento, il tenore delle misure adottate da paesi come la Francia e il Regno Unito a tutela del diritto d'autore su Internet, realizzerebbe una violazione dei diritti fondamentali dei cittadini della Rete.

Appare, dunque, chiara, dalla lettura del documento cui ci si riferisce, la condanna delle politiche di disconnessione varate dai governi dei due paesi europei. L'emanazione di norme che impongano la disconnessione di quanti scaricano illegalmente contenuti protetti dal diritto d'autore per mezzo del peer-to-peer costituirebbe una violazione dei diritti umani. La sospensione temporanea di una connessione rappresenta, infatti, una inosservanza dell'articolo 19 della Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici redatto con la lungimiranza

di comprendere e di accogliere i futuri sviluppi tecnologici attraverso cui gli individui possono esercitare il loro diritto alla libertà di espressione.

Per vero, secondo il rapporto, le previsioni di legge proposte dal Digital Economy Act britannico e dalla legge Hadopi in Francia, che contemplano la possibilità di disconnettere gli utenti dalla Rete, ispirate dalla volontà di tutelare gli interessi dell'industria della proprietà intellettuale, sarebbero andate ben oltre le ipotesi del semplice blocco e del filtraggio dei singoli contenuti del web.

Il rapporto raccomanda, in conclusione, agli Stati di porre attenzione agli strumenti di inibizione utilizzati a protezione del settore del copyright.

Tra gli argomenti affrontati dal rapporto vi è, poi, l'analisi del principio del notice and take down, ossia l'avvertimento ad interrompere determinati comportamenti di violazione del copyright in internet.

Il Consiglio ha dimostrato di vedere con estremo sospetto il principio introdotto per la prima volta negli Stati Uniti dal Digital Millennium Copyright Act, sistema di avvertimento per colui che starebbe violando il diritto d'autore e all'ingiunzione di interrompere i comportamenti illeciti.

Nel documento, si sostiene, infatti, che l'utilizzo del sistema di notice and take down è un modo per impedire agli intermediari di impegnarsi attivamente nello scoraggiare comportamenti illeciti degli utenti, e che tale strumento può essere soggetto ad abusi da parte sia dello Stato che se ne serve che di soggetti privati.

Gli utenti che ricevono, dal fornitore del servizio, l'avvertimento che il loro contenuto è stato segnalato, da un terzo o dalle autorità, come illegale e che, quindi, sarà rimosso, spesso ricorrono poco o hanno poche risorse per contestare la rimozione. Inoltre, dato che gli intermediari vengono considerati responsabili, ed, in alcuni casi, penalmente responsabili, se non rimuovono il contenuto al momento del ricevimento della notifica, ove si tratti di contenuti illegali, sembrano propensi ad eliminare anche i contenuti solo potenzialmente illegali.

Il documento sembra porsi come un chiaro invito, rivolto in particolare ad alcuni paesi europei, ad abrogare o modificare le leggi che permettono di disconnettere gli utenti da internet o, comunque, ad astenersi dall'introdurre simili normative, intendendo, altresì, sollecitare la predisposizione di opportune modifiche alle leggi sul copyright, in un'ottica di tutela del diritto alla libertà di opinione e di espressione dei cittadini della Rete, e, parrebbe di privilegio degli stessi rispetto al diritto d'autore.

A seguito della posizione assunta, qualche tempo fa, dalla Corte Costituzionale Francese, secondo la quale Internet è un diritto fondamentale e dopo la proposta, formulata dal Prof. Stefano Rodotà, di modificare la nostra carta costituzionale introducendo l'accesso alla Rete tra i diritti costituzionali, il recente rapporto del Consiglio delle Nazioni Unite si pone come ulteriore tessera nel contrastato rapporto tra tutela dell'accesso alla Rete e tutela della proprietà intellettuale, in quell'ormai instancabile susseguirsi di opinioni sul tema.

Mentre il Consiglio per i Diritti Umani delle Nazioni Unite lavorava alla redazione del rapporto in commento, crescevano, infatti, in Europa, le campagne contro la pirateria online.

È, invero, recente il comunicato stampa diramato dai vertici di Eco, associazione tedesca che tutela gli interessi dei principali Internet Service Provider locali, con cui è stato rivelato che i fornitori di connettività avrebbero dato avvio ad una massiva campagna di rastrellamento sui loro stessi abbonati, alla ricerca di tutti quegli utenti sorpresi a violare il copyright a mezzo peer-to-peer.

I principali provider tedeschi avrebbero, si legge, iniziato a raccogliere, con cadenza mensile, i dati di circa trecentomila abbonati, ossia i relativi indirizzi IP, i nomi completi, gli indirizzi fisici e di posta elettronica. Tale materiale verrebbe messo, successivamente, a disposizione dei titolari dei diritti, pronti alle reazioni legali del caso. Tale condotta si presterà, facilmente, a rilevanti discussioni sul tema della violazione della privacy degli utenti e, più ampiamente, delle responsabilità cui incorrono gli intermediari dei servizi informatici.

In Francia, invece, preme registrare un recente arresto della corte d'appello d'Aix-en-Provence che potrebbe divenire un leading case. Lo scorso 12 aprile, infatti, la suddetta corte ha condannato l'amministratore del forum TorrentNews a quattro mesi di carcere, oltre alla corresponsione di ventimila euro di danni ed interessi di mora, confermando la condanna di primo grado, sull'assunto per il quale la sola denominazione del sito chiamato in causa denoterebbe già lo svolgimento di un'attività illecita.

Il Torrent, si legge scorrendo le motivazioni della sentenza, "sono conosciuti dagli internauti soprattutto come mezzo per impiegare il protocollo BitTorrent il cui obiettivo principale, se non unico, è lo scaricare opere protette dalla proprietà intellettuale".

Il mero uso del termine, secondo il giudice, connoterebbe, da solo, l'ipotesi di reato.

È stato, inoltre, negato il principio della non responsabilità degli intermediari valido a livello europeo. L'amministratore del sito deve, secondo la sentenza, vigilare e rimuovere i contenuti protetti da copyright e impedire ai suoi utenti di attingere a certi tracker torrent su cui si intessono traffici illegali di materiale protetto da diritto d'autore.

In Italia, in ultimo, si è da poco conclusa la consultazione pubblica sulla delibera n. 668/2010CONS dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, e si discute, sulla possibilità di introdurre, anche nel nostro ordinamento, il sistema del notice and take down; ciò proprio quando tale sistema viene dichiarato dal Consiglio delle Nazioni Unite potenzialmente pericoloso per le libertà individuali.

***Caso Lega Calcio: il Consiglio di Stato conferma annullamento della delibera AGCM di accettazione degli impegni dalla Lega.***

**di  
Eleonora Sbarbaro**

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 3230/2011 del 30 maggio 2011, ha confermato l'annullamento della delibera del 18 gennaio 2010 con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato aveva accettato gli impegni proposti dalla Lega Nazionale Professionisti (Lega Calcio) ai sensi dell'art. 14ter della Legge 287/90 e chiuso l'istruttoria concernente le procedure selettive per i diritti audiovisivi relativi alle stagioni sportive 2010-2011 e 2011-2012, avviata per l'accertamento dell'esistenza di violazioni dell'art. 82 del Trattato CE (art. 102 TFUE).

La Lega Calcio, che peraltro nel luglio 2010 si è scissa in Lega Nazionale Professionisti di Serie A e Lega Nazionale Professionisti di Serie B, deteneva una posizione dominante nel mercato dei diritti di trasmissione televisiva in Italia degli eventi calcistici disputati regolarmente ogni anno e per tutto il corso dell'anno avendo la titolarità esclusiva, in base al d.lgs. n. 9 del 2008, del diritto di commercializzazione in via centralizzata dei diritti relativi a tutte le competizioni dalla stessa organizzate (tra queste, i campionati di calcio di serie A e di serie B, la Coppa Italia e la Supercoppa).

In particolare, l'istruttoria dell'Autorità Garante era stata aperta in relazione all'invito ad offrire pubblicato dalla Lega nel luglio del 2009, in cui, a giudizio dell'Autorità, le modalità di formazione dei pacchetti erano «inidonee a garantire lo svolgimento di una procedura effettivamente competitiva e suscettibili di condizionare l'allocazione dei diritti ai principali operatori, ostacolando l'ingresso e la crescita di altri soggetti».

Il T.a.r. del Lazio, nella sentenza n. 10571/2010 del 10 maggio 2010, conseguente al ricorso dell'Adiconsum (Associazione Italiana Difesa Consumatori e Ambiente), riguardo all'impugnata delibera di accettazione degli impegni, aveva ritenuto fondate due censure:

1) quella con cui si negava l'idoneità degli impegni proposti dalla Lega a rimuovere i profili anticoncorrenziali delineati con la delibera di avvio del procedimento del 22 luglio 2009;

2) quella con cui si denunciava che l'Autorità avesse violato le regole del contraddittorio procedimentale non avendo pubblicato e sottoposto al c.d. market test gli impegni aggiuntivi – ritenuti poi dall'Autorità determinanti ai fini dell'accettazione – presentati dalla Lega ad integrazione dell'iniziale proposta.

Il Consiglio di Stato ha considerato decisivo, ai fini della conferma della sentenza impugnata, quanto nella stessa sostenuto riguardo alla violazione delle garanzie di partecipazione procedimentale, dichiarando l'assorbimento di ogni ulteriore valutazione in merito all'effettiva idoneità degli impegni accolti a rimuovere i profili anticoncorrenziali rilevati inizialmente dall'Autorità.

L'Autorità, infatti, conformemente alla normativa comunitaria (art. 27 del Regolamento CE n. 1/2003), si è autovincolata, con propria Comunicazione adottata con la delibera n. 16015 del 12 ottobre 2006 ("Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14ter della Legge 10 ottobre 1990 n.

287”), ad assicurare tale partecipazione procedimentale. In particolare la comunicazione prevede che, qualora l’Autorità non deliberi il rigetto per manifesta infondatezza degli impegni proposti, disponga con delibera la pubblicazione sul proprio sito internet (e sul Bollettino di cui all’art. 26 della Legge n. 287 del 1990) dei medesimi impegni. In base a tale procedura i terzi interessati possono presentare le proprie osservazioni scritte in merito agli impegni proposti entro un termine di trenta giorni decorrenti dalla data di pubblicazione degli stessi sul sito internet. Alla scadenza di detto termine le parti interessate possono rappresentare all’Autorità la propria posizione in merito alle osservazioni dei terzi ed introdurre modifiche accessorie agli impegni.

Il Consiglio di Stato, confermata la piena cogenza del principio (d’ispirazione comunitaria e comunque espressamente richiamato nella Comunicazione di cui si è detto) secondo cui l’accettazione degli impegni deve essere preceduta da una fase di pubblicità e contraddittorio procedimentale con possibilità per gli interessati di presentare le proprie osservazioni, ha dunque ritenuto che la violazione di tale forma di pubblicità dia luogo ad «un vizio procedimentale in grado ex se di inficiare la validità del provvedimento di accettazione degli impegni».

Mentre i primi impegni presentati dalla Lega Calcio erano stati regolarmente sottoposti a pubblicità e market test, lo stesso non era avvenuto per gli impegni proposti successivamente, in data 28 dicembre 2009, i quali, invece di apportare modifiche accessorie ai primi impegni, avevano costituito l’elemento centrale della valutazione compiuta dall’Autorità per stabilire di rendere gli stessi obbligatori e chiudere il procedimento senza l’accertamento dell’infrazione.

La non accessorialità dell’integrazione sarebbe ben evidente, secondo entrambi i giudici amministrativi, dal fatto che i primi impegni, presentati in data 17 novembre 2009, riguardavano i soli diritti relativi ai campionati di serie B – ai quali l’istruttoria era stata estesa con delibera del 1° ottobre 2009 – ma non anche i diritti relativi ai campionati di serie A – in relazione ai quali l’istruttoria era stata inizialmente avviata con delibera del 22 luglio 2009.

La sentenza del T.a.r. aveva affrontato anche il tema del potere di sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell’AGCM.

Nel ritenere fondato il primo motivo d’impugnativa, con cui, in particolare, l’Adiconsum aveva sostenuto che il provvedimento di accettazione degli impegni sarebbe stato immotivato, irragionevole e contraddittorio, il T.a.r. aveva evidenziato che le determinazioni dell’Autorità Garante in merito all’accettazione di impegni ex art. 14ter L. 287/1990 costituiscono esercizio di potere discrezionale e «se è vero che la scelta dell’Autorità amministrativa costituisce una valutazione di opportunità alla quale il giudice amministrativo non può sovrapporre una propria autonoma valutazione, è altrettanto vero che l’azione amministrativa discrezionale è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità, oltre che per violazione di legge, anche per illogicità, irragionevolezza o travisamento dei fatti nonché per carenza di motivazione o di istruttoria».

Il giudice amministrativo aveva pertanto ribadito il proprio orientamento secondo cui il sindacato giurisdizionale sulle delibere dell’Autorità Garante può estendersi all’esame dei presupposti di fatto e della congruità e ragionevolezza della motivazione a base della decisione, oltre all’accertamento del nesso logico di consequenzialità tra presupposti e conclusioni, concludendo che «le censure volte ad evidenziare la presenza di figure sintomatiche dell’eccesso di potere nell’azione amministrativa sono in questo contesto senz’altro ammissibili».

Il T.a.r. aveva dunque affermato che, a prescindere dalla effettiva esistenza di una fattispecie di abuso di posizione dominante da parte della Lega Nazionale Professionisti, accertamento che certamente esulava dal thema decidendum, costituito solo (ed esclusivamente) dalla verifica di legittimità della delibera adottata dall'Autorità in data 18 gennaio 2010 - l'azione amministrativa era stata complessivamente contraddittoria e, per tale motivo, illogica (manifestamente illogica si legge anche nella pronuncia). L'Autorità aveva infatti chiuso il procedimento rendendo obbligatori impegni che «ictu oculi» non apparivano idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria.

Infine, merita un cenno l'eccezione pregiudiziale di carenza d'interesse ad agire mossa dell'Avvocatura Generale dello Stato, la quale aveva evidenziato che, in caso di accoglimento del ricorso, la riapertura del procedimento da parte dell'Autorità e l'eventuale accertamento dell'infrazione con conseguente diffida non avrebbero potuto incidere sulla sorte del pacchetto già aggiudicato a favore di Sky (il pacchetto "Platinum Live"), non potendo l'Autorità interferire nell'esecuzione di contratti pienamente efficaci tra le parti. Su tale questione, il T.a.r. si era pronunciato affermando che l'interesse all'accertamento di una situazione anticoncorrenziale, e dunque di una condotta illecita, da parte dell'AGCM, a prescindere dagli effetti che il provvedimento potrebbe determinare sui rapporti contrattuali già sorti, non può escludersi, ed in particolare potrebbe in ogni caso rilevare ai fini risarcitori.

## ***Hadopi perde i dati di navigazione degli utenti***

**di  
Michele Contartese**

È di pochi giorni fa la notizia che Hadopi, l'ente francese che ha la funzione di monitorare la Rete per tracciare i download illegali da parte degli utenti del web, ha subito la perdita di dati sensibili dovuta all'incuria dei server e dei sistemi di sicurezza adottati. La conseguenza di tale azione è stata quella di una sospensione coatta delle attività di monitoraggio per consentire il ripristino delle attività con procedure che garantissero la privacy degli utenti e della sicurezza dei dati trattati.

La vicenda ha origine con la scoperta di un problema sui server Trident Media Guard (TMG), l'azienda privata che ha il compito di svolgere il monitoraggio per conto dell'agenzia anti-pirateria Hadopi. Il sistema su cui si basa tale monitoraggio è quello dei "tre strikes", per cui prima viene inviato un avvertimento via mail, poi un'ammonizione via posta ed in caso di recidiva l'espulsione dalla Rete, ovviamente con la collaborazione dell'ISP di riferimento, oltre ad una sanzione pecuniaria.

Ma Cosa è accaduto? L'Hadopi ha avuto un problema di sicurezza perché alcuni files sono stati estratti dai server TMG ed hanno portato alla luce indirizzi IP coinvolti nel monitoraggio effettuato dall'azienda, inoltre, parte delle informazioni raccolte da TMG risultavano liberamente accessibili su uno dei server dell'azienda. I server, dunque non sono stati attaccati da hackers, ma l'azienda stessa ha commesso la leggerezza di non predisporre un adeguato sistema di sicurezza e così ha permesso a qualunque utente, anche all'utente che non dispone di approfondite conoscenze informatiche, di poter accedere a dati ed informazioni che dovevano essere protette.

Gli utenti che hanno avuto possibilità di accedere a tali informazioni le hanno immediatamente diffuse in rete. Tali informazioni rese accessibili da questa non messa in sicurezza di uno dei server consistevano nei rilevamenti fatti da TMG che permettono di collegare un indirizzo IP con i files illegalmente scaricati tramite reti p2p; era, dunque, possibile per qualunque utente sapere quale indirizzo IP, quindi quale pc stesse scaricando cosa e in che momento. Questa fuga di dati ha sollevato preoccupazione da parte sia di Hadopi che della CNIL - Commission Nationale Informatique et Liberté - che ha autorizzato TMG a procedere alla raccolta dei dati degli internauti, nonché numerose critiche da tutti quei settori che si oppongono ad Hadopi.

Sia l'Autorità che la CNIL hanno subito preso le proprie contromisure; la prima convocando i vertici di TMG per ottenere dei chiarimenti in ordine al funzionamento delle loro procedure e sospendendo l'interconnessione dei suoi servizi con TMG, la seconda avviando un'inchiesta sull'attività dell'azienda. TMG si è, comunque, difesa affermando che i dati pubblicati su internet sono stati presi da un server di prova, privo quindi di legame con le informazioni trasmesse ad Hadopi, e aggiungendo che nessun dato personale è stato rivelato. Tuttavia la debole difesa dell'azienda e la superficialità che ha caratterizzato il suo lavoro pongono seri dubbi sull'attività dell'Autorità nel prossimo futuro e con essa sulla efficacia della lotta alla pirateria digitale. Al momento, infatti, la sospensione della connessione informatica tra Hadopi e TMG è di quindici giorni (termine massimo

per la conservazione dei dati da parte TMG), ma se essa dovesse protrarsi l'intero sistema sarà paralizzato.

Va detto anche che sul server di prova della TMG non vi erano contenuti solo i rilevamenti dell'azienda, ma anche una copia del software da essa utilizzato per sorvegliare le reti p2p e per tracciare l'attività degli indirizzi IP, nel quale erano codificati dei falsi profili impiegati dall'azienda su queste reti. La diffusione di questo software in rete permette l'elaborazione di programmi in grado di aggirarne il funzionamento, minando così l'efficacia dello stesso nonché di tutta la strategia della risposta graduata (uno dei vanti della politica del Presidente Sarkozy).

A seguito di questo imbarazzante evento il Segretario Generale Hadopi, Eric Walter ha deciso che fosse opportuno interrompere ogni attività, così ha deciso di arrestare il monitoraggio degli IP in attesa dei necessari chiarimenti. Tuttavia, la situazione non è ancora del tutto chiara poiché non si conosce la natura degli IP trafugati, né si conosce il livello di sicurezza con cui la Trident Media Guard opera ed archivia il risultato del proprio lavoro. Opportuna è stata, invece, la scelta di interrompere momentaneamente le attività di controllo al fine di rivalutare la situazione e rimettere in piedi il sistema in modo più sicuro. Anche perché l'Hadopi veniva vista dagli altri paesi come un sistema da riprodurre.

Il Président-directeur général di TMG a tutela dell'immagine della propria azienda ha sporto denuncia contro i presunti autori del "furto" dei dati dal server di prova dell'azienda. Il problema, infatti, è il trattamento delle falle di sicurezza e, in particolare, il se e il come esse devono essere rivelate alle aziende stesse ed eventualmente rese note al grande pubblico. La comunità informatica è divisa al suo interno e due sono gli orientamenti che si contrappongono: l'uno sostiene la pubblicazione integrale dei meccanismi della falla di sicurezza, mentre l'altro una pubblicazione parziale, in attesa della correzione del problema. TMG, invece, ritiene che la scoperta della falla e la seguente pubblicazione dei dati dell'azienda sia da considerarsi come una vera propria intrusione informatica e, dunque, un atto di pirateria digitale.

Questa vicenda solleva numerosi problemi sotto il profilo giuridico. In primo luogo si deve valutare la tutela della privacy degli utenti, in quanto TMG non è autorizzata a conservare gli indirizzi IP degli utenti, poiché CNIL ha autorizzato TMG a raccogliere gli indirizzi IP e a trasmetterli ad Hadopi, non a conservarli a tempo indeterminato. Infatti, alla luce delle disposizioni di legge francesi, TMG può conservare i dati raccolti per un tempo massimo di quindici giorni.

In secondo luogo, TMG dovrebbe essere controllata ogni tre mesi, in realtà a distanza di 9 mesi dall'entrata in funzione di Hadopi, non è stato ancora fatto alcun controllo sull'attività dell'azienda.

Infine, c'è il problema del trattamento per i soggetti che segnalano la presenza di falle informatiche. Su questo punto la giurisprudenza francese non ha trovato una soluzione condivisa.

Il problema che si è immediatamente posto è che Hadopi non ha funzionato come si aspettava, ed avendo l'attuale Presidente investito moltissimo su tale ente, trapelano volontà di provvedere a sostanziali modifiche alla Loi création et internet.

Vi è anche da dire che il Report delle Nazioni Unite del 2011 è intervenuto in maniera estremamente critica nei confronti di Hadopi. Tale rapporto fonda le proprie ragioni sulla Convenzione ONU sui diritti civili e politici del 1966 con particolare riferimento alla rete Internet, e ha raccomandato che gli Stati pongano

attenzione agli strumenti di inibizione dei cittadini dai contenuti presenti sulla rete per motivi politici e di libertà, ma anche, e il rapporto lo dice espressamente, nel settore del copyright. La critica è rivolta ad Hadopi in ordine ai sistemi di disconnessione dei cittadini da Internet per violazioni legate alla proprietà intellettuale e poi contro il sistema del Digital Economy Act del Regno Unito. Per le Nazioni Unite il diritto di connessione rientra nella categoria dei diritti inalienabili. Dunque, l'Onu condanna la legge francese Hadopi e l'analogica normativa inglese (Digital Economy Act) che sottopongono la connessione Internet all'arbitrio della tutela del copyright. Il Rapporto delle Nazioni Unite chiede, infatti, ai paesi di cancellare o cambiare "le leggi a protezione del copyright che permettano di disconnettere gli utenti dall'accesso internet".

**Diritto Mercato Tecnologia**  
**Numero 1 - 2011**  
**Anno I**  
**[www.dimt.it](http://www.dimt.it)**  
**ISSN (Online edition): 2239-7442**